

LA PROHIBICIÓN DE ARBITRARIEDAD Y EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA POR EL PODER JUDICIAL

por Juan Carlos Cassagne*

Sumario:

I. El poder discrecional y la arbitrariedad. 1. Discrecionalidad y arbitrariedad. La irrazonabilidad. 2. La prohibición de arbitrariedad de la Administración en el derecho argentino posee base constitucional. 3. Continuación. El principio constitucional de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa. 4. La tutela judicial efectiva y la discrecionalidad. II. El control judicial de la discrecionalidad. 1. La motivación del acto administrativo en las decisiones discrecionales. 2. El alcance del control judicial de la discrecionalidad y la posibilidad de que el juez sustituya la actividad administrativa. a) El control de la causa del acto administrativo (antecedentes de hecho y de derecho). b) El control judicial de las cuestiones técnicas. c) El control de los aspectos vinculados a la oportunidad o mérito de la decisión administrativa. d) La posibilidad de sustitución judicial de la decisión administrativa. III. A modo de síntesis.

I. EL PODER DISCRECIONAL Y LA ARBITRARIEDAD

1. Discrecionalidad y arbitrariedad. La irrazonabilidad

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.

El concepto de “arbitrariedad” (tal como lo define el Diccionario de la Real Academia) corresponde al de “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho”. En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad¹, antaño conocida en España

* El autor de este trabajo agradece, muy especialmente, la ayuda que para la búsqueda del material bibliográfico y jurisprudencial, le prestaron los Dres. Víctor Hugo Soderó Nievas, Oscar Aguilar Valdéz, Pablo Esteban Perrino y Juan Pablo Martini.

¹ Aunque el proceder discrecional pueda ser arbitrario.

como “ley del encaje”², cuya traducción figura en antiguos diccionarios franceses³, como “la resolución que el juez toma por lo que a él se le ha encajado en la cabeza”⁴.

En suma, el concepto de arbitrariedad es amplio y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario⁵, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad⁶.

Una situación similar se plantea acerca de lo que se entiende por irrazonabilidad⁷ 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 sinónimos.

2. La prohibición de arbitrariedad de la Administración en el derecho argentino posee base constitucional

Una vez perfilado el concepto de arbitrariedad que, en el caso de la Administración, comprende toda actuación administrativa contraria a la justicia, la

² En España, la referencia más antigua que sepamos, se remonta al *Quijote* de Cervantes. Al respecto, en la edición que conmemoró el IV Centenario de *Don Quijote de la Mancha* de la Real Academia Española (Madrid, 2004) se alude dos veces a la expresión « ley del encaje » (Primera Parte, Cap. XI y Segunda Parte, Cap. XLII) como equivalente a la sentencia arbitraria (p. 98, nota 17) o al hecho de juzgar con arbitrariedad (p. 869, nota 29). A su vez, en el *Diccionario de la Lengua Española*, la ley del encaje se describe como una forma coloquial apareciendo referida al « dictamen o juicio que discrecionalmente forma el juez, sin atender a lo que las leyes disponen ».

³ En el *Nouveau Dictionnaire* de Sobrino, *Français, Espagnol et Latin*, por François CORMON, T° II, A Anvers, Aux Défens de Piestre & Delamolliere, París, 1789, p. 512, se define “la ley del encaje”, como la “ley que un juez interpreta según su capricho, la resolución que toma él mismo, sin tener en cuenta lo que las leyes ordenan” indicando que su equivalente en latín era “lex ad arbitrium excogitato”, es decir, algo así como la ley imaginada u originada en la voluntad de uno mismo.

⁴ Cfr. CEJADOR Y FRANCA, Julio S. J., *La lengua de Cervantes: Gramática y Diccionario de la Lengua Castellana en el Ingenioso Hidalgo D. Quijote de la Mancha*, obra premiada en el certamen público abierto por el Ateneo de Madrid con ocasión del III Centenario de la publicación del “Quijote”, T° 2, J. Rates, Madrid, 1906, p. 441.

⁵ Hay autores que consideran que la esencia de la arbitrariedad radica “en sustituir la voluntad de la ley por la personal del funcionario” (Cfr. LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, T° I, Astrea, Buenos Aires, 2005).

⁶ Véase: BREWER-CARÍAS, Allan R., “Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Mariano R. Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 622 y ss., con otra terminología pero en la misma orientación doctrinaria que desarrollamos señala como límites a la discrecionalidad a los principios de proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad y justicia.

⁷ El *Diccionario de la Real Academia Española* no recoge los términos “razonabilidad” e “irrazonabilidad”, aunque sí define la racionalidad e irracionalidad. Los primeros son valores convencionales entendidos que utilizan comúnmente los juristas, como en otros casos (v.g. el término “ejecutoriedad”).

razón o la ley, veamos cuál es el fundamento de la regla que la prohíbe, concebida como un principio general derivado de los textos constitucionales.

Una primera observación, que cuenta con aceptación general en la doctrina y jurisprudencia, enseña que las prescripciones constitucionales no deben interpretarse en forma literal sino, fundamentalmente, en atención a los fines que persiguen, máxime cuando se trata de principios generales o de 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 Administración⁸ y lo mismo ocurre con el principio de la tutela judicial efectiva⁹, cuya proyección, en sede administrativa, ha sido destacada por la doctrina¹⁰.

Si bien no hay en la nuestra un texto tan preciso como el que se encuentra en la Constitución española (art. 103.1 que prescribe que la Administración debe actuar “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”) existe en el ordenamiento constitucional un conjunto de preceptos que permiten afirmar que el principio de prohibición o interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional.

Por de pronto, el principio contenido en el art. 19 de la CN contiene dos mandatos trascendentes. Mientras 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”, el segundo dispone que “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”.

La génesis de la primera parte del precepto reconoce antecedentes preconstitucionales, entre los que se destaca el Estatuto Provisional de 1815 (Sección Séptima, Cap. I, arts. 1 y 2)¹¹, cuyo principal redactor habría sido el presbítero y doctor Antonio Sáenz¹², formado en la Universidad de Charcas, de cuya obra se desprende la influencia de Santo Tomás y de Suárez, lo cual permite desentrañar el sentido filosófico de ambos preceptos.

⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 673 y ss.

⁹ SESÍN, Domingo, *Administración pública, actividad reglada...*, cit., ps. 34-37, ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 37 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, « Perspectivas de la justicia contencioso-administrativa argentina en el siglo XXI » en *Estudios de Derecho Administrativo*, T° X, Diké, Mendoza, 2004, ps. 39-42.

¹⁰ 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, p. 257 y ss.; CANOSA, Armando N., « El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo », en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, ps. 50-51.

¹¹ Cfr. SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, 3° ed., Kapelusz, Buenos Aires, 1958, p. 39.

¹² SAMPAY, Antonio E., *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, ps. 11-12, con cita de RAVIGNANI, Emilio, *Antonio Sáenz. Fundador y organizador de la Universidad de Buenos Aires*, 1925, p. 5.

Al respecto, se ha sostenido que la filosofía del art. 19 CN no es otra que la de la justicia anclada en el derecho natural¹³, 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”¹⁴. Por otra parte, la Corte Suprema tiene dicho que el art. 19 de la CN establece el principio general que prohíbe perjudicar los derechos de terceros (*alterum non laedere*) y que la norma condensa un principio general aplicable a todo el derecho¹⁵ y no sólo al derecho privado.

A su vez, la segunda parte del art. 19 de la CN, destinada a la esfera pública de las personas (en el sentido de acciones exteriores), al prescribir que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe” contiene un mandato dirigido tanto a la Administración como al juez. 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 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 Constitución (el que también se extiende a la arbitrariedad judicial).

La fuente histórica mediata y positiva de esta segunda parte del art. 19 de la CN se encuentra en el art. 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que establece: “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”.

¿Cuál es el concepto de ley a que alude la segunda parte del art. 19 de la CN? ¿Es la legalidad positiva? ¿Acoge acaso la concepción de ROUSSEAU acerca de la norma legislativa como producto de la voluntad general soberana? ¿Qué principio consagra?

Por de pronto, cabe advertir que la filiación filosófica del precepto no constituye una creación original de los convencionales de la Francia revolucionaria ni del ginebrino sino que tiene su fuente doctrinaria en la obra de MONTESQUIEU, a través de las concepciones que expuso en *El espíritu de las leyes*, como lo reconocieron, en su

¹³ SAMPAY, Antonio E., *La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional*, cit., ps. 13-17.

¹⁴ Vid: GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Anotada y comentada*, 2º ed., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 183 y ss. destaca las diferencias con las cláusulas de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789 (arts. 4 y 5) y afirma que “el desarrollo doctrinario jurisprudencial del art. 19 de la Constitución Argentina amplió los horizontes de la libertad y del respeto a las opciones de las personas en la sociedad democrática” (op. cit., p. 184).

¹⁵ « Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales s/ accidentes ley 9688 », Fallos 327:3753 (2004); ver también: Fallos 308:118 (1986); “Díaz, Timoteo Filiberto c/ Vaspia SA”, Fallos 329:473 (2006); “Ramírez, Juan Carlos c/ E. B. Y. s/ daños y perjuicios”, Fallos 330:2548 (2007).

momento, autores franceses que defendían ideas tan opuestas como HAURIUO y DUGUIT¹⁶ (en Argentina nadie, que sepamos, ha reparado en dicha fuente).

Aquí cabe formular una digresión. Suele afirmarse que el art. 19 de la CN encarna el principio de legalidad¹⁷ lo cual si bien es cierto (con la debida interpretación en punto a sus alcances) no impide tener en cuenta, también, el pensamiento de MONTESQUIEU se encontraba más orientado a la protección de la libertad¹⁸ que al imperio de la ley positiva.

Para el gran bordelés, la libertad no radica en la voluntad del hombre (como lo sostuvo ROUSSEAU) pues no consiste en hacer lo que uno quiere sino “en poder hacer lo que se debe querer y no estar obligado a hacer lo que no se debe querer...La libertad – continúa- es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten”¹⁹.

En la concepción de MONTESQUIEU, la preservación de la libertad se presenta como el principio fundamental del sistema político que hace al equilibrio del poder y a la necesidad de evitar el abuso de de éste último. Por eso sostiene que una Constitución sólo “puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley y a no hacer las permitidas”²⁰.

Al recibir la Declaración de Derechos de 1789 también la influencia de ROUSSEAU, su concepción política, como la de la Constitución de 1791 se torna muchas veces contradictoria. Puede decirse que la teoría *rousseauuniana* fue la causa, en el plano histórico-filosófico, de los excesos en que incurrieron los revolucionarios al apartarse del modelo de la separación de poderes de MONTESQUIEU y basarse en la primacía absoluta de la ley positiva emanada de la Asamblea y en la radicación de la soberanía en la Nación, (la cual, según SIÈYES, sólo encarnaba el Tercer Estado).

Pero, en el aspecto relativo a la protección de la libertad, prevaleció, en la dogmática constitucional francesa, la tesis de MONTESQUIEU quien, por lo demás, tenía un concepto de ley que rechazaba tanto la idea de que ésta fuera el producto de una voluntad general soberana e infalible como las concepciones absolutistas fundadas en el origen divino del poder. Estas teorías contradecían la filosofía política de la neoescolástica, particularmente la obra de SUÁREZ, quien basaba la legitimidad del gobernante no en la soberanía de la Nación sino en el consentimiento del pueblo, origen del principio de la soberanía del pueblo que más tarde adoptaron la Constitución norteamericana y la nuestra (expresamente en su art. 33).

En efecto, en la primera parte de su obra, luego de afirmar que “las leyes, en su más amplia significación, son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas” (Libro I, Cap. I), se refiere tanto a la ley natural (puntualizando algunos

¹⁶ HAURIUO, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, París, 1923, p. 91 y DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Boccard, París, 1923, p. 373.

¹⁷ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., ps. 183 y 208.

¹⁸ DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Boccard, París, 1923, p. 373.

¹⁹ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Libro XI, Cap. III.

²⁰ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, cit., Libro XI, Cap. IV.

principios que hoy día son considerados principios de justicia o de derecho natural, según la concepción que se adopte) como a la ley positiva, en varios pasajes de su obra. Puntualiza precisamente que, “decir que sólo lo que ordenan o prohíben las leyes positivas es como decir que antes de que se trazara círculo alguno no era iguales todos sus radios”²¹ y tal fue, en líneas generales, la filosofía en que se basó ALBERDI al redactar el Proyecto que sirvió de base para la Constitución de 1853²².

Esos antecedentes tienen, pues, 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. Al respecto, cabe advertir que el Preámbulo de nuestra Constitución, casi similar al de la Constitución norteamericana, difiere en el objetivo de afianzar la justicia, “como valor, la justicia como fin” como apunta certeramente VANOSI²³, con un sentido que coadyuva y 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.

Conforme a la hermenéutica histórico-filosófica descrita, para que la norma cobre sentido razonable dentro del contexto constitucional, resulta evidente que si nadie está obligado a hacer lo que la ley o el derecho no mandan, la Administración no puede ordenar conductas contrarias a la ley ni al derecho ni privar de lo que la ley (en sentido amplio) no prohíbe. En otros términos, al estar la Administración sujeta a la ley y al derecho, el precepto contiene la regla de la prohibición de arbitrariedad que se configura así como un principio general de derecho público que, como se verá seguidamente, tiene fundamento en otras normas constitucionales que completan la regla contenida en el art. 19 de la CN.

3. Continuación. El principio constitucional de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa

En la doctrina se ha sostenido, en forma pacífica, que el principio de razonabilidad se funda en el precepto contenido en el art. 28 de la CN, fórmula original de la Constitución argentina²⁴, que estatuye que: “Los principios, garantías y derechos

²¹ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, cit., Libro XI, Cap. II.

²² ALBERDI recibió la influencia de MONTESQUIEU al redactar las *Bases* y el Proyecto que sirvió de fuente a la Constitución de 1853. Sostiene Alberdi que « es una especie de sacrilegio definir la ley, la voluntad general de un pueblo... » y se pregunta si « sería ley la voluntad general expresada por un Congreso Constituyente que obligase a todos los argentinos a pensar con sus rodillas y no con su cabeza? » para concluir citando una frase de Rivadavia que alude a la falsa ilusión que padece el legislador cuando pretende que por obra de su voluntad pueda cambiar « la naturaleza de las cosas » (ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, 4º ed., Plus Ultra, San Pablo, 1984, Cap. XVII). Más adelante, habla de las leyes naturales que debe observar el constituyente.

²³ VANOSI, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, cit., Tº II, p. 80. Después de recordar que mientras el preámbulo de la Constitución de Filadelfia habla de “constituir la justicia” anota que “En cambio, nosotros decimos “afianzar la justicia” porque utilizamos en nuestro preámbulo la palabra “justicia” con un sentido totalmente distinto: no es la justicia como tribunal o como simple administración de justicia, tal como está en el preámbulo norteamericano, sino la justicia como valor, la justicia como fin” (op. cit., ps. 79-80).

²⁴ LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, 2º ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1970, ps. 165-166.

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

Esta prescripción constitucional, que también fundamenta la prohibición de arbitrariedad, si bien aparece circunscripta a normas que dicta el legislativo, se ha juzgado extensiva a los actos de los órganos Ejecutivo y Judicial²⁵. Precisamente, LINARES apunta que en la ciencia del derecho el tema de la razonabilidad aparece conectado a la búsqueda de la razón suficiente de la conducta estatal. “Esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica, de existencia, cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da; y de verdad cuando tiene fundamentos de justicia²⁶”.

Si se proyecta el principio del art. 28 de la CN a la actividad del Ejecutivo, la cláusula 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 otros.

Tal era el pensamiento de ALBERDI²⁷, inspirador de la cláusula constitucional, que no tiene antecedentes en el modelo norteamericano, parcialmente seguido, en otros trascendentes aspectos, por nuestra Ley Suprema²⁸, lo que prueba una vez más que la arquitectura de la Constitución ha sido diseñada sobre la base de una mixtura de fuentes (norteamericanas, europeas e hispanoamericanas)²⁹.

Cabe advertir, por otra parte, que la alteración de la Constitución 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 garantías constitucionales, lo mismo acontece cuando el acto administrativo exhibe una desproporción entre las medidas que involucra y la finalidad que persigue³⁰. En definitiva, la proporcionalidad integra el concepto de razonabilidad que, como se ha

²⁵ BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, T° I, 2° ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 121; LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, cit., ps. 224-225 y GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., p. 248.

²⁶ LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 108.

²⁷ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, cit., p. 247, escribió que « No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías reconocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias (Cap. XXXIII).

²⁸ LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 160.

²⁹ Cfr. DALLA VÍA, Ricardo, “La Constitución de Cádiz y los antecedentes de la Constitución de la Nación Argentina”, ED del 18/07/2008, p. 2 y ss., realiza un profundo trabajo de investigación y análisis sobre las fuentes hispánicas de nuestra Constitución.

³⁰ LNPA, art. 7° inc. f), primera parte, *in fine*. Sobre el principio de proporcionalidad véase el lúcido trabajo de GRECCO, Carlos Manuel – GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, “El principio de proporcionalidad en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina (glosas preliminares)”, *Documentación Administrativa*, nro. 267-268, INAP, Madrid, 2004, p. 121 y ss.

visto, es más amplio³¹. 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), siendo pasible de la tacha de inconstitucionalidad.

Ahora bien, la razonabilidad puede darse en forma parcial (en sus aspectos de existencia, esencia y verdad o justicia) o total. Sin embargo, por razonabilidad, tanto la doctrina³² como los fallos de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y la de los Estados Unidos aluden a las leyes, actos o sentencias que no cuentan con un fundamento de justicia³³. Otros autores entienden por “razonable” aquello que resulta aceptable por la comunidad³⁴.

En el plano de los hechos o conductas, la Corte se maneja con los tres sentidos de irrazonabilidad que se han señalado para fundamentar la causal de apertura del recurso extraordinario fundado en la causal de arbitrariedad de las sentencias³⁵.

En los Estados Unidos, como anota BIANCHI, se aplica la regla de la deferencia que, en principio, conduce a respetar el criterio de la Administración, en tanto sus decisiones sean razonables o no sean manifiestamente arbitrarias³⁶, lo que implica un control judicial limitado y, por tanto, no pleno, de la razonabilidad, particularmente en materia de reglamentos delegados, en una línea similar a la adoptada por algunos fallos de nuestra Corte Suprema que más adelante serán objeto de crítica, en cuanto conculcan el principio general del control judicial suficiente, que exige amplitud de debate y prueba.

4. La tutela judicial efectiva y la discrecionalidad

El reconocimiento de los principios constitucionales antedichos (razonabilidad y prohibición de arbitrariedad) en conexión con el postulado de la división de poderes

³¹ Véase: BRITO, Mariano, “De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su contralor jurisdiccional anulatorio”, en *Derecho Administrativo. Supremacía-contemporaneidad-prospectiva*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2004, p. 457 y ss.

³² LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, T° I, cit., ps. 221-224; LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 108; también nosotros hemos identificado la razonabilidad con la justicia en nuestro *Derecho Administrativo*, T° II, 8° ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 28-29. Hay que reconocer, empero, que se trata de un concepto susceptible de ser empleado en diversos sentidos no necesariamente opuestos, aun cuando la “razón suficiente” constituye el núcleo más fuerte del concepto.

³³ LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 109.

³⁴ HUTCHINSON, Tomás, cit., p. 312, adopta la moción de STAMMLER que, en su momento recogió IMAZ Esteban en “*Arbitrariedad y Recurso Extraordinario*”, Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 93.

³⁵ Véanse, por ejemplo, las causales de arbitrariedad en la jurisprudencia de la Corte que sistematiza la doctrina en: MORELLO, Augusto M., *Recurso extraordinario*, Abeledo Perrot y Librería Editora Platense, Buenos Aires, 1987, p. 187 y ss.

³⁶ BIANCHI, Alberto B., “Las potestades administrativas del Presidente de la Nación” en *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Rap, Buenos Aires, 2005, p. 55 y ss., especialmente p. 70. Este trabajo de Bianchi constituye un ejemplo de investigación y reflexión sobre el tema, hecho con seriedad y equilibrio.

(aún en su interpretación flexible) conduce a que en el derecho argentino no existan actos discrecionales inmunes al control de los jueces.

Ello es una obligada consecuencia del principio de la tutela judicial efectiva, establecido en los pactos internacionales³⁷ y en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires³⁸, que ha venido a ampliar el ámbito tradicional de la garantía de la defensa establecida en el artículo 18 de la CN, en lo que atañe a: a) el acceso a la jurisdicción³⁹ y la inexigibilidad o relativización del reclamo administrativo previo⁴⁰, b) la quiebra del principio revisor⁴¹, c) el control judicial de los actos discrecionales así como d) el reconocimiento de la responsabilidad del Estado⁴² y e) la ejecución de las sentencias dictadas en su contra⁴³.

En punto a la discrecionalidad, si se reconoce que alguna zona de la actividad del Estado, particularmente, los juicios técnicos o de oportunidad que lleva a cabo la Administración, se considera exenta del control jurisdiccional no habría tutela judicial pues ésta sería sólo formal y carente de efectividad.

Hay que tener en cuenta que en la conformación política actual de la separación de poderes en los Estados modernos (en las que las mayorías legislativas gobernantes han diluido, en gran parte, la independencia del Poder Legislativo) el Poder Judicial se afirma como el principal custodio de las libertades y demás derechos e intereses individuales y colectivos.

II. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD

1. La motivación del acto administrativo en las decisiones discrecionales

³⁷ 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; véase: SESÍN, Domingo, *Administración pública, actividad reglada,...*, cit., p. 34, considera –en postura que compartimos– que la garantía de defensa prevista en el art. 18 de la CN se integra con el principio de la tutela judicial efectiva.

³⁸ Art. 15, Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

³⁹ Cfr. ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 51.

⁴⁰ SORIA, Daniel Fernando, «Las vías administrativas previas en el contencioso federal contra la Administración», en CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.), *Derecho Procesal Administrativo, Homenaje a Jesús González Pérez*, T° I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 809.

⁴¹ Ver : PERRINO, Pablo E., «La inactividad administrativa y su control judicial», RAP, nro. 269, Buenos Aires, 2001, ps. 9-11, relaciona el quiebre del principio revisor con la posibilidad de juzgar la inactividad administrativa.

⁴² Cfr. DELPIAZZO, Carlos E., «Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Mariano R. Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 981 y ss.

⁴³ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Carlos, «Incumplimiento de sentencias y responsabilidad estatal», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Mariano R. Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 934 y ss.

Como es sabido, la motivación –en cuanto expresión de las razones y fines que llevan a la Administración a emitir el acto administrativo- (que además debe consignar los antecedentes de hecho y de derecho)⁴⁴ constituye un requisito de forma esencial para la validez del acto administrativo en la medida que traduce su justificación racional al plano exterior.

En las decisiones o elementos discrecionales de los actos que dicta la Administración la obligatoriedad de la motivación obedece a dos razones fundamentales. La primera, como señala FERNÁNDEZ, permite deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, ya que al no haber motivación el acto administrativo aparece, en el mundo jurídico, “como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el Estado de Derecho”⁴⁵, que es gobierno del derecho y no de los hombres. La segunda razón, tiene que ver con la tutela judicial efectiva y, más precisamente, con la garantía de la defensa (art. 18 CN), pues si el acto no se encuentra motivado, el particular se halla impedido de ejercer las facultades que integran el llamado debido proceso adjetivo (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada)⁴⁶.

En tal sentido, la Administración se encuentra obligada, bajo sanción de nulidad absoluta⁴⁷, a proporcionar las razones por las cuales optó por una decisión entre dos o más posibles. En rigor, la motivación de las decisiones discrecionales es una garantía que hace al cumplimiento de los fines de interés público⁴⁸ que persigue la Administración que deben exteriorizarse al momento de emitirse el acto administrativo. No cabe admitir la motivación contextual o *in aliunde*⁴⁹, es decir, la que surge del expediente (formalidades previas) ni tampoco la que se produce *ex post facto*. Si la Administración pudiera motivar el acto *a posteriori* se desvirtuaría la exigencia y la consecuente garantía, además de la afectación en que se incurriría con relación al principio de eficacia⁵⁰.

Al respecto, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (basada en el dictamen del Procurador General) ha señalado que el hecho de haberse dictado un acto

⁴⁴ LNPA, art. 7, inc. b). Se trata de la concepción objetiva de la causa (Hauriou) como elemento del acto administrativo que hemos sostenido siguiendo a nuestro maestro MARIENHOFF; cfr. con el criterio objetivo para definir la causa: ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Acto administrativo*, Advocatus, Córdoba, 2008, ps. 32-33.

⁴⁵ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994, p. 82.

⁴⁶ LNPA, art. 1 inc. f).

⁴⁷ Cfr. GORDILLO, Agustín – DANIELE, Mabel (dir.), *Procedimiento Administrativo*, 2º ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 128, sosteniendo que la falta de motivación « causa, en la generalidad de los casos, su nulidad absoluta ».

⁴⁸ ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Acto administrativo*, cit., p. 45, señala que la motivación hace “a la forma republicana de gobierno, al derecho de defensa y al principio de juridicidad”.

⁴⁹ TAWIL, Guido S. – MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 66 y ss.

⁵⁰ LNPA, art. 1º inc. b); MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Tº II, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 657.

administrativo en ejercicio de facultades discrecionales (cesantía del actor) no la “dispensa de observar un elemento esencial como es la motivación suficiente, pues es, precisamente, en este ámbito de la actividad administrativa donde la motivación se hace más necesaria”⁵¹.

2. El alcance del control judicial de la discrecionalidad y la posibilidad de que el juez sustituya la actividad administrativa

Como es sabido, las cuestiones que suscitan mayores discrepancias doctrinarias giran en torno al alcance del control judicial de la discrecionalidad y la posibilidad de que el juez sustituya la actividad administrativa. Veamos cuáles son los aspectos involucrados en este punto.

a) *El control de la causa del acto administrativo (antecedentes de hecho y de derecho)*

En la doctrina francesa se sostuvo que el control de los hechos era una de las herramientas más útiles para fiscalizar los poderes discrecionales⁵². Más tarde, en lo que se denominó la técnica del “control mínimo” (aparte del control sobre los elementos reglados como la competencia y la forma) se aceptó que el poder discrecional de la Administración podía ser objeto de revisión jurisdiccional por el Consejo de Estado, si los motivos de hecho y de derecho en que se funda el acto administrativo son exactos y si el fin perseguido es legal. Incluso, el juez administrativo avanzó un paso más en la esfera del control de los hechos cuando se incurra en error manifiesto sobre la apreciación de los mismos⁵³.

En Argentina, no pueden caber dudas acerca de que al controlar el ejercicio de poderes discrecionales de la Administración los jueces pueden revisar y verificar, plenamente, la materialidad y exactitud de los hechos y del derecho⁵⁴, es decir, lo que en nuestro ordenamiento configura, como se ha apuntado, la causa del acto administrativo⁵⁵. La observancia del principio de la tutela judicial efectiva así lo impone.

Aunque algunos autores consideran que, en determinadas circunstancias (v.g. si se hubiera garantizado en el procedimiento instructorio el derecho de defensa) las cuestiones de hecho pueden no ser susceptibles de revisión judicial⁵⁶ ello, si bien es

⁵¹ « Lema, Gustavo c/ Gobierno Nacional », Fallos, 324:1860 (2001).

⁵² WALINE, Marcel, “Le pouvoir discrétionnaire de l’administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel”, *Revue du Droit Public*, París, 1930, p. 218 y ss.

⁵³ VEDEL, Georges – DELVOLVÉ, Pierre, *Droit Administratif*, T° I, 12° ed., Presses Universitaires de France, París, 1992, ps. 532-533.

⁵⁴ SESÍN, Domingo, *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica*, 2ª ed., LexisNexis Desalma, Buenos Aires, 2004, p. 307.

⁵⁵ LNPA, art. 7 inc. b).

⁵⁶ MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, T° II, cit., p. 655, al respecto, reconoce que las soluciones del derecho norteamericano no pueden trasladarse al derecho argentino que tiene un precepto que lo impide (ex art. 95 CN, actualmente art. 109).

posible en el derecho norteamericano⁵⁷, choca con los principios de nuestro sistema judicialista, que prescriben la revisión judicial plena de toda la actividad administrativa, con amplitud de debate y prueba (el llamado control judicial suficiente)⁵⁸. Otro sector considera⁵⁹ que el control de las cuestiones de hecho “*que sirven de base o de presupuesto para la invocación de una norma que otorga poder discrecional es una mínima parte de la cuestión que solo permite conocer si es jurídicamente admisible la invocación de su existencia o no, pero no autoriza a ingresar en el modo de su realización*”⁶⁰.

La jurisprudencia en lo contencioso-administrativo federal registra, en la causa “Nasif” un antecedente disvalioso en esta materia al sostener que los jueces no pueden analizar los hechos en que se funda un acto administrativo, salvo violación de las normas aplicables o arbitrariedad. En ese proceso luce la disidencia del entonces juez GAUNA en la que expresó que: “el órgano judicial está en condiciones de revisar si al respecto se han cumplido los requisitos esenciales que configuran la legitimidad de su dictado, por lo que una atenta ponderación de los antecedentes y circunstancias que llevan al dictado del acto cuestionado no parece una exorbitancia judicial que vulnere el principio de la separación de poderes y mucho menos cuando tal revisión es la única, en principio, con la que el recurrente cuenta, debiendo ser ella por tanto adecuada y suficiente, lo que obsta para tratarla con un criterio restringido o limitado. Sustraer de la revisión judicial el análisis de los hechos que desencadenan la medida atento las repercusiones que ésta acarrea en los derechos subjetivos del funcionario o empleado, pretendiendo por esa vía solamente establecer un control de legitimidad circunscripto a visualizar si el acto se conforma o no a uno o varios preceptos normativos determinados, aparece como una reticencia no compatible con el ejercicio pleno por parte de los tribunales judiciales del control que se le ha asignado por la Constitución Nacional en derredor de la actuación de los otros dos órganos del poder de la autoridad del Estado, respetando por cierto los límites propios de las atribuciones constitucionales respectivas”⁶¹.

Sin embargo, esa no ha sido la doctrina que fluye de algunos precedentes de la Corte Suprema. Así, en el caso “López de Reyes”⁶² en el que a una persona afectada por una decisión del Instituto Nacional de Previsión Social se le había negado el derecho a obtener una jubilación por incapacidad, la Corte sostuvo la potestad constitucional de

⁵⁷ Véase: SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, 3ª ed., Little Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991, p. 481.

⁵⁸ En sentido similar: BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 518, apunta que “...los jueces pueden y deben controlar los hechos, particularmente su existencia y su veracidad, sin limitaciones, en el marco de las potestades regladas o discrecionales del Estado”.

⁵⁹ Cfr. GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Tº 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 685.

⁶⁰ COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial*, ED, 186-612.

⁶¹ TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y Justicia*, Tº II, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 436 y ss.

⁶² LÓPEZ DE REYES, MARÍA CONSUELO c/INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL”, Fallos 244:548 (1959).

los jueces para revisar los hechos de la causa. El voto del juez Boffi Boggero expresa la línea jurisprudencial correcta al sostener que:

“la revisión por los jueces no puede entonces quedar reducida...al aspecto que se vincula con la correcta aplicación de las normas jurídicas por el organismo administrativo, sino que, teniendo en cuenta que los procesos judiciales se integran, al menos en una instancia, con la faz 'de hecho' y con la 'de derecho', esa revisión ha de penetrar el examen de los hechos, aspecto esencial que no puede ventilarse solamente en la órbita administrativa sin que los principios precedentemente expuestos quedasen transgredidos. Que si, como aconteció en esta causa, se dejare exclusivamente en manos de la Administración lo que concierne a la prueba de los hechos, todo agravio legítimo al respecto quedaría fuera del examen judicial, sin que el afiliado tuviese la oportunidad, entonces, de reclamar por la violación de sus derechos ante los órganos que la Constitución prevé a esos efectos. Y es fácil concluir que una indebida fijación de los hechos no puede ser subsanada con una acertada selección de normas jurídicas porque sería equivocado el presupuesto de que entonces se habría partido en el acto de juzgar”.

A su vez, en la causa “Marra de Melincoff”⁶³, la Corte precisó que 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”.

En esa línea jurisprudencial favorable al control jurisdiccional de los hechos en que se fundan las decisiones discrecionales corresponde destacar el voto del juez Petracchi en la causa “Medina”⁶⁴, que en el considerando 4^a señaló que “La exactitud material de los hechos que motivan la decisión administrativa constituye una condición general de legalidad de todo acto administrativo por lo que, como se ha dicho, los jueces están facultados para verificar la materialidad de las faltas que motivan las medidas discrecionales”.

b) *El control judicial de las cuestiones técnicas*

La discrecionalidad técnica, antiguamente sostenida por la doctrina italiana (CAMMEO, PRESUTTI, RANELLETTI, etc.) no existe como tal⁶⁵. Lo que si existe son decisiones administrativas basadas en juicios o reglas técnicas.

Según SESÍN, el fenómeno de la revisión judicial de las decisiones basadas en juicios técnicos debe ser descompuesto en dos aspectos: “a) reglas técnicas tolerables o indiscutibles que como tales son adoptadas por el ordenamiento pasando a formar parte

⁶³ « Marra de Melincoff, Alicia Leonor c/ Universidad de Buenos Aires », Fallos 306:820 (1984).

⁶⁴ “Medina, Julio Ernesto c/ Estado Nacional. Ministerio del Interior. Policía Federal Argentina”, Fallos 326:2896 (2003).

⁶⁵ Véase : MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado ... cit.*, 2^a edic., Buenos Aires 1975, ps. 430-440, y TAWIL, Guido Santiago, *Administración ... cit.*, T° I, p. 436, con la salvedad –que compartimos– en el sentido de sostener una revisión judicial amplia sobre los juicios técnicos.

del bloque reglado o vinculado; b) discrecionalidad que se individualiza en la valoración subjetiva y la posibilidad de elegir dentro de la juridicidad”⁶⁶.

En suma, 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 efectiva⁶⁷, uno de los pilares en que se asienta el Estado de Derecho.

Por las razones que señalamos en el punto anterior acerca de los principios que rigen la configuración del régimen judicialista argentino, no es posible extender o proyectar en nuestro sistema 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, salvo irrazonabilidad grave o manifiesta⁶⁸.

El control judicial de las cuestiones técnicas no implica invadir zonas reservadas a otros poderes del Estado. Simplemente, el juez puede controlar a través de peritos el ejercicio correcto y razonable de los juicios técnicos de la Administración por más “alta complejidad” que contengan de modo que no encuentra justificación alguna en nuestro sistema constitucional la jurisprudencia que limita el control judicial a los supuestos en que media arbitrariedad⁶⁹. La “alta complejidad” no es argumento que justifique válidamente que los jueces eludan el control de la actividad administrativa que les asigna e impone la Constitución.

Por lo común, los juicios técnicos suelen estar presentes en las decisiones de los entes reguladores, sin que quepa reconocer la constitucionalidad de la jurisdicción primaria (en la que sólo se revisan, en principio, las cuestiones de derecho) que algunos adjudican a dichos entes en el derecho argentino siguiendo la moda norteamericana⁷⁰.

c) *El control de los aspectos vinculados a la oportunidad o mérito de las decisiones administrativas*

El meollo de las discusiones teóricas y de las tendencias jurisprudenciales encuentra su punto de inflexión en aquellos aspectos de la actividad administrativa en los que la Administración ha emitido juicios de oportunidad o mérito que, por una

⁶⁶ SESÍN, Domingo, Administración pública, actividad reglada, ..., cit., p. 173.

⁶⁷ SESÍN, Domingo, Administración pública, actividad reglada, ..., cit., p. 177.

⁶⁸ Vid: BALBÍN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 518-519.

⁶⁹ “Ojeda, Domingo Antonio”, Fallos 301:1103 (1979).

⁷⁰ Lo que si bien es admisible en el sistema del gran país del Norte resulta incompatible con el eje del modelo judicialista puro argentino basado en el art. 109 de la CN al que, inexplicablemente, algunos autores le restan trascendencia para fundar posiciones pretendidamente históricas que sólo persiguen denigrar la crítica. Sobre la incompatibilidad de la jurisdicción administrativa primaria con el art. 109 de la CN puede consultarse: COVIELLO, Pedro, J. J., “¿Qué es la jurisdicción primaria? Su aplicación a nuestro ordenamiento (a propósito de su invocación en el caso 'Angel Estada')”, EDA 2005-429 y ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, cit., p. 268.

peculiar y errónea interpretación de la teoría de la separación de los poderes, algunos consideran que se encuentran exentos del control judicial.

En efecto, la clásica división existente en Francia entre legalidad y oportunidad (que también recoge la LNPA –arts. 17 y 18- con respecto a la potestad revocatoria) se ha trasladado sin más al ámbito del control judicial de los juicios de oportunidad o mérito, sin reparar que el esquema constitucional argentino de separación de los poderes, no se opera una división rígida de las funciones (como en el sistema francés) sino flexible⁷¹.

De ese modo, en el sistema judicialista que consagra la Constitución argentina (en sus artículos 18, 108, 109, 116 y 117 CN) y en el Preámbulo (en cuanto postula el objetivo de “afianzar la justicia”) no pueden excluirse, en principio, porciones de la actividad del Ejecutivo que sean inmunes al control judicial, habida cuenta que dicho control debe ser amplio y suficiente conforme a los principios sentados por la propia Corte Suprema⁷².

De otra parte, la prohibición de arbitrariedad y el principio de razonabilidad cuyo fundamento, como hemos puntualizado, se encuentra en los arts. 19 y 28 de la CN, impiden cercenar o limitar el control jurisdiccional sobre los juicios de oportunidad que emita el Poder Ejecutivo.

Al propio tiempo, se impone aquí, al igual que en la revisión de las cuestiones de hecho y técnicas, la vigencia del principio de la tutela judicial efectiva pues sin control por parte de los jueces, los administrados quedarían a merced del puro arbitrio de la Administración e, incluso, del capricho de los funcionarios.

A todo ello se añade que la frontera entre la legalidad o legitimidad y la oportunidad es bastante difusa e imprecisa y hasta se ha sostenido que constituye un falso dilema⁷³. Lo mismo acontece con la asimilación entre oportunidad y discrecionalidad⁷⁴.

¿Qué se entiende por juicio de oportunidad? En el campo doctrinario y en algunas decisiones jurisprudenciales, se considera que son aquellas determinaciones del interés público privativas de la Administración (v.g. la elección del lugar para construir una obra pública). Y si bien, por lo común, la decisión administrativa es, en tal aspecto, discrecional, nada impide que sea reglada por la ley o por el propio reglamento que ella hubiese dictado.

La realidad jurídica muestra, entonces, un recíproco entrecruzamiento no sólo entre potestades regladas y discrecionales sino también entre legalidad y oportunidad.

⁷¹ Ampliar en: BOSCH, Jorge Tristán, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Zavalía, Buenos Aires, 1951, p. 37 y ss.

⁷² TAWIL, Guido S., *Administración y justicia*, cit., T° II, p. 301 y ss.

⁷³ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., ps. 89-92.

⁷⁴ VEDEL, Georges – DELVOLVÉ, Pierre, *Droit Administratif*, T° I, 12ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1992, p. 533; ver lo que expusimos en nuestro *Derecho Administrativo*, T° I, 8ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 222.

En efecto, la oportunidad no está en la entraña de la discrecionalidad. Lo que si se halla en la raíz de la discrecionalidad administrativa, como hemos dicho, es el arbitrio o la opción volitiva de la Administración que, en cualquier caso, puede ser tanto reglada como discrecional y que, cuando reviste esta última calidad, se encuentra sometida siempre a los controles negativos⁷⁵ y positivos⁷⁶.

Si se observa con detenimiento y sin preconceptos los aspectos que perfilan una decisión de oportunidad puede advertirse que ellos se centran en diversos aspectos, unos reglados en forma genérica y concreta y otros parcialmente discrecionales.

Así, una decisión de oportunidad de la Administración puede referirse a: a) la elección del momento en que se dicta el acto; b) la determinación concreta del fin de interés público; c) el objeto que mejor se ajuste al interés público; d) el procedimiento más adecuado para cumplir los fines que persigue la Administración y e) en algunos casos, la competencia implícita o la que se funda en el principio de la especialidad⁷⁷, cuando se trata de actos favorables al administrado.

¿Podría sostenerse que si todos esos aspectos se encuentran reglados en forma genérica desaparece la distinción entre legalidad y oportunidad? En nuestra opinión, la oportunidad es un modo de apreciar y verificar la finalidad de interés público que no necesariamente se opone a la legalidad ni a la razonabilidad, con las que debe guardar coherencia. Por eso estamos de acuerdo en que constituye un falso dilema.

El problema de los límites objetivos de la jurisdicción amerita otro enfoque que el simple expediente de la inmunidad de los juicios de oportunidad de naturaleza discrecional porque la Constitución, en parte alguna de su articulado, establece limitaciones a la amplitud o alcance del control judicial de la actividad administrativa.

En definitiva, los juicios de oportunidad son objeto de control judicial en forma plena y cuando traducen el ejercicio de poderes discrecionales los jueces se hallan facultados para controlar la razonabilidad de la actuación administrativa, aún cuando la arbitrariedad que exhiben no sea manifiesta. Porque la circunstancia de que un defecto resulte patente, notorio u ostensible no tiene por qué limitar el alcance del control habida cuenta la posibilidad que ofrece la técnica del control judicial suficiente (en cuanto al derecho de ofrecer y producir prueba en sede judicial). No obsta a esta conclusión la circunstancia de que el carácter manifiesto del vicio en ciertos procesos urgentes, como el amparo, adquiera trascendencia como fundamento de la inconstitucionalidad que constituya el objeto de la pretensión.

⁷⁵ Por ejemplo, el control judicial a través de los principios generales del derecho; COVIELLO, Pedro J. J., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa” en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Cuestiones del contencioso administrativo*, publicación de las VII Jornadas Hispano-Argentinas de Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 289 y ss.

⁷⁶ Vid: CORVALÁN, Juan Gustavo, “Control judicial de la discrecionalidad administrativa”, LL diario del 27/05/2008, ps. 3-4.

⁷⁷ Vid nuestro *Derecho Administrativo*, T° I, cit., ps. 253-254.

Por esas razones, la jurisprudencia restrictiva que exhibe la jurisprudencia de la Corte en algunos casos (“Astilleros Alianza”⁷⁸ y “Prodelco”⁷⁹) no armoniza con nuestro sistema constitucional. En cambio, en otras causas, el Alto Tribunal ha establecido la doctrina correcta en algunos precedentes, como se verá seguidamente.

En la línea de una mayor amplitud del control de la discrecionalidad –cuando está en juego fiscalizar razones de oportunidad, la Corte señaló (en el caso “Fadlala de Ferreyra”) que “la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto 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”⁸⁰.

A su vez, en otro precedente (“Jalife”)⁸¹, la Corte sostuvo que “El tribunal no advierte que pueda haber mediado intromisión del Poder Judicial en áreas reservadas a otro poder. En efecto, la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede dejar de lado el control judicial suficiente de los actos administrativos de naturaleza jurisdiccional a que obliga el principio de la separación de poderes, ni tampoco puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria –tanto más en una causa de sustancia penal administrativa- puesto 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”.

Cabe recordar también lo que el Alto Tribunal expresó (en el caso “Solá”) en el sentido de que “el control judicial de los actos denominados tradicionalmente 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, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto (Fallos 315:1361)- y por otro, en el examen de su razonabilidad... 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 permite a los jueces, ante planteos

⁷⁸ *In re* “Astilleros Alianza SA c/ Estado Nacional (PEN) s/ daños y perjuicios”, Fallos 314:1202 (1991). La Corte sostuvo que “la realización de una obra pública configura el ejercicio de una actividad discrecional por parte de la Administración que se lleva a cabo en función del mérito, oportunidad y conveniencia de aquella y que constituye el ejercicio de una facultad que, como regla, excluye la revisión judicial, cuyo ámbito queda reservado para los casos en que la decisión administrativa resultare manifiestamente ilegal o irrazonable, a la par que ocasione un daño a terceros que no sea susceptible de una adecuada reparación”.

⁷⁹ “Prodelco”, Fallos 321:1252 (1998). En este caso, la Corte aludió a la clásica “...jurisprudencia del tribunal cuya sintética formulación postula que las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que le son propias no están sujetas al control judicial”. Tal doctrina jurisprudencial, como puede observarse de los propios fallos de la Corte que enunciamos en el texto resulta violatoria de los principios de separación de poderes y de legitimidad o juridicidad, aparte de afectar la tutela judicial efectiva. En este punto, la jurisprudencia del Alto Tribunal no puede ser más contradictoria.

⁸⁰ “Fadlala de Ferreyra, Celia s/ amparo”, Fallos 306:126 (1984).

⁸¹ “Jalife, Elías s/ amparo”, Fallos 316:3077 (1994).

concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional (doctrina de Fallos 307:639)⁸².

Y aunque existen dificultades para construir un sistema judicial coherente en sus grandes lineamientos que permita hacer justicia en función de las peculiaridades concretas de caso, lo que no se puede aceptar es que la arbitrariedad sea lo que la Corte quiere en cada caso⁸³, porque si bien el Alto Tribunal no se encuentra vinculado por sus propios precedentes, la seguridad jurídica, en un sistema de derecho continental como el nuestro, reclama cierta previsibilidad material y temporal de las tendencias jurisprudenciales.

d) *La posibilidad de sustitución judicial de la decisión administrativa*

Por último, otro aspecto que se plantea en la revisión judicial de los juicios de oportunidad que emite la Administración se basa en el argumento de que la decisión judicial no puede sustituir las razones de oportunidad o la apreciación del interés público que lleva cabo el órgano administrativo. La idea de que ello violaría la separación de poderes o la zona reservada de la Administración está presente en alguna de las construcciones que restringen el alcance de las decisiones judiciales a la declaración de invalidez de los actos administrativos. Sin embargo, una mínima reflexión sobre el punto, tiene que admitir, desde un punto de vista lógico, que todas las sentencias que hacen lugar a los recursos a acciones promovidas contra la Administración o el Estado (*lato sensu*) implican, en algunos casos, una suerte de sustitución en la medida que dejan sin efecto un acto sustituyéndolo por otro, por más que éste constituya su negación o rechazo, y la sustitución aparezca subsumida en la declaración de invalidez.

Ante todo, no caben dudas en el sentido de admitir la sustitución de la decisión administrativa por los jueces cuando se trata de: a) vías de hecho administrativas que se declaran ilegítimas por carencia de base documental y legal (art. 9, LNPA) como también respecto de hechos administrativos; b) de la impugnación de actos administrativos reglados, y c) de omisiones de la Administración⁸⁴. Otro caso, en el que puede sustituirse provisoriamente (o como medida autosatisfactiva) la decisión de la Administración es el de las medidas cautelares⁸⁵.

A esta altura de la evolución del contencioso-administrativo nadie sostiene en Argentina, así como en los países que han adoptado el judicialismo puro (v.g. España),

⁸² “Solá, Roberto y otros c/Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/empleo público”, Fallos 320:2509 (1997) y en ED, 178-224.

⁸³ Vid: ARGIBAY, Carmen, “La balanza de la justicia (o como aprendí a desconfiar de la doctrina de la arbitrariedad)”, JA 2008-II, Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30/04/2008, ps. 2-5.

⁸⁴ Seguimos, básicamente, la clasificación hecha por GARCIA PULLES, FERNANDO R., *Tratado ... cit.*, T° 2, ps. 690-691.

⁸⁵ Ver : GALLEGOS FEDRIANI, PABLO O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Ábaco, Buenos Aires 2002, ps. 57-58, para quien el poder cautelar del juez tiene naturaleza discrecional.

que el contencioso-administrativo constituya un proceso al acto que sólo puede concluir en la declaración de invalidez por parte del juez. Al contrario, la tendencia que prevalece es la de que todo proceso presenta una textura amplia de pretensiones posibles (pluralidad) cuya sentencia permite dictar, cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento del derecho.

El problema es complejo y no parece encontrar una respuesta precisa ni rígida dentro del cauce de la Constitución. Va de suyo que, en los casos notorios, la decisión judicial no puede avanzar sobre las típicas funciones de legislar y de administrar que, en forma prevaleciente, tuvieron adjudicadas en el esquema divisorio, el Legislativo y el Ejecutivo. En el ejemplo que expone la doctrina española nadie podría sostener que el juez posee competencia constitucional para disponer por qué sitio o lugar debe pasar una carretera ya que al no existir un derecho o interés en el trazado no hay conflicto o caso que justifique la función jurisdiccional. En cambio, el juez podría disponer, si el trazado es caprichoso y, por tanto, irrazonable y lesiona el derecho de propiedad de una persona⁸⁶ que la Administración deje sin efecto el trazado y realice uno nuevo. Esta sería, desde luego, una situación extrema que pondría a prueba la prudencia y el equilibrio que debe caracterizar a toda decisión judicial que sobre la base de la armonía de los poderes respete el esquema divisorio.

La cuestión ha de apreciarse, fundamentalmente, desde la posición constitucional del juez⁸⁷ al que la Constitución le encomienda la función de decidir una controversia con fuerza de verdad legal para realizar la tutela efectiva de los derechos vulnerados y debe verse, además, con el alcance que tienen las sentencias que se dictan contra la Administración que, en muchas ocasiones, va más allá de la declaración de nulidad, cuando modifican un acto administrativo (ej. en materia sancionatoria) o bien, disponen una condena consistente en el pago de una indemnización o la ejecución de una sentencia de dar sumas de dinero, en el supuesto que la Administración no la cumpla voluntariamente. Es evidente que, en todos estos casos hay, de algún modo, una suerte de sustitución del acto que la Administración ha dictado o no quiere dictar.

En la jurisprudencia española se registran algunos casos de sustitución que han sido objeto de reacciones favorables⁸⁸ de una parte de la doctrina y de la crítica de otro sector⁸⁹ como la sentencia del Tribunal Supremo de 1991⁹⁰ que anuló la adjudicación de un contrato hecha por la Administración y dispuso la sustitución del acto administrativo por la decisión judicial de adjudicar el contrato a la parte demandante.

En ese caso, se trataba de una adjudicación efectuada en violación del principio de razonabilidad habida cuenta que la Administración, no obstante todas las propuestas presentaban condiciones equivalentes dispuso adjudicar a la oferta que no era la más beneficiosa en el aspecto económico. El Tribunal concluyó que "...la racionalidad de

⁸⁶ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., ps. 170-171.

⁸⁷ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 167 y ss.

⁸⁸ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 76, Civitas, Madrid, 1992, p. 528.

⁸⁹ BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 154.

⁹⁰ STS 11 de junio 1991 (RJ 1991, 4874).

una buena administración imponía la adjudicación a la parte apelante y no a otra empresa distinta con la que el costo de la obra sería superior”.

Resulta advertible, por fin, que en el análisis del fenómeno del control judicial de la discrecionalidad se ha operado un cambio de sentido en la dirección marcada en el siglo anterior, que postulaba la exención del control por los jueces en una amplia zona de la actividad no reglada de la Administración y que justificaba esa solución en las clásicas técnicas propias de la interpretación y aplicación del derecho.

El positivismo no acertó a resolver el problema que planteaba la indeterminación de las normas ni de los conceptos refugiándose en el dogma de la plenitud del ordenamiento normativo al cual se le atribuía carácter hermético o cerrado, construcción que constituye una suerte de falacia y al no responder a la realidad, hoy día resulta insostenible.

Porque al conocerse con mayor profundidad el proceso de formación de la decisión o de la voluntad administrativa se sabe que el eje de la cuestión pasa por los mecanismos que hacen a la interpretación y creación del derecho, cuando la ley positiva es incapaz de cubrir los vacíos normativos con todas las posibilidades interpretativas y aplicativas existentes.

En este sentido, no sólo el juez está obligado por el principio de tutela judicial efectiva y por la prohibición de arbitrariedad, a integrar en forma racional y razonable sus decisiones con el auxilio de los principios generales del derecho y los provenientes de la justicia material, sino que la Administración está paralelamente sometida a un control pleno⁹¹ y suficiente por parte de los jueces, cuyas decisiones puede excepcionalmente sustituir, sin incurrir en exceso de jurisdicción. Y es evidente que en la delimitación de esta frontera se halla la clave para el correcto funcionamiento de un Estado de Derecho que sostenga y afirme principalmente las libertades y los demás derechos e intereses, tanto individuales como colectivos, de todas las personas.

III. A MODO DE SÍNTESIS

Fuera de sus contornos conceptuales, la prohibición de arbitrariedad de la Administración constituye un principio general del derecho administrativo que es algo así como el punto central que debe abordar la teoría de la discrecionalidad a cuyo alrededor gira, en gran medida, la problemática que se plantea en lo que concierne al alcance del control judicial.

Esa interdicción, cuyo fundamento se apoya, principalmente, en los artículos 18, 19 y 28 de la CN, tiene su punto de partida en el principio contenido en el artículo 19 de la misma, por el cual la Administración está sometida a la ley y al derecho (la Administración no puede mandar fuera de esos límites de sujeción)⁹².

⁹¹ Véase: GAUNA, Juan Octavio, “La problemática del control judicial de los actos de la Administración Pública”, LL 1979-C, 922 y ss. A pesar de los años transcurridos, este excelente trabajo doctrinario de GAUNA no ha perdido actualidad y conserva, aún hoy, una vigencia real.

⁹² Sin perjuicio de las prohibiciones específicas de arbitrariedad que formulan los artículos 4.1, 7.3, 11.2 y 20.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica).

El principio de legalidad que la norma menta con el término “ley” no se circunscribe sólo a la ley formal y material (ni a la potestad reglamentaria alcanzada por el principio de la derogación singular). Alude también al derecho, es decir, a los principios de justicia material (principio de legitimidad, según pensamos, o principio de juridicidad, en su versión antipositivista, según piensan otros).

La principal consecuencia que deriva de todo ello es la de que los juicios técnicos o de oportunidad son susceptibles del control judicial de la arbitrariedad, no siendo necesario que ésta aparezca en forma manifiesta habida cuenta que la gravedad del vicio no se purga por el hecho de que éste no surja en forma patente del propio acto y se requiera la producción de prueba para verificarlo. Ni la técnica ni la oportunidad pueden ser fundamentos suficientes para impedir la fiscalización plena por los jueces quienes, de otro modo, no cumplirían con la misión de juzgar a la Administración que le atribuye la Constitución. Lo jurídico no radica tanto en la técnica ni en el criterio de oportunidad en sí mismo sino en el modo de aplicación o en la manera en que la Administración elige las opciones compatibles con el interés público. Esas decisiones que adopta la Administración, al ejercer la actividad discrecional, deberán ser siempre razonables⁹³ y no fundadas en el capricho del funcionario de turno, en otras palabras, han de resistir el “test de razonabilidad” que entendemos incluye el análisis de la racionalidad⁹⁴.

En suma, la prohibición de arbitrariedad configura un límite para el ejercicio de la potestad discrecional, que implica una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta del control que ejercen los jueces para proteger los derechos e intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades y someter a la Administración al derecho. Por ese motivo, la revisión judicial ha de ser amplia y comprender tanto el análisis de las entrañas de los hechos⁹⁵ como las cuestiones jurídicas o de derecho.

Porque, como decía RIVERO, “la sumisión de la Administración al derecho ha adquirido un valor de principio y nadie la rechaza abiertamente. La única alternativa a esta sumisión es el reino de lo arbitrario. Ahora bien, ya no es posible hoy, tanto por razones ideológicas como en razón de necesidades concretas, el hacer la apología de lo arbitrario y erigirlo en método de acción, aun si es presentado no como reflejo del capricho sino como resultado de un paso racional y científico”⁹⁶. Sin duda, las sabias

⁹³ Al respecto, la Corte ha dicho en la causa “Demchenko” (Fallos 321:3103 [1998]) que “la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo prevista en la ley, no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial...” sobre “...los actos de la Administración Pública, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de la Administración” con cita de Fallos 313:153 (Considerando 4^a). Cabe advertir, sin embargo, que en el Considerando 6^a se sostiene, en forma contradictoria, que el control jurisdiccional ha versado sobre aspectos reglados. En el caso, el valor de la multa fue considerado irrazonable por exceder el valor del buque.

⁹⁴ Ver FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 198 y ss., especialmente p. 208 y ss.

⁹⁵ Cfr. TAWIL, GUIDO SANTIAGO, cit. T^o II, p. 321, con cita de GARCIA TREVIANO FOS.

⁹⁶ RIVERO, Jean, “L’Administration et le droit”, en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, vol. XLIV, 1978, p. 145, artículo reproducido en *Páginas de derecho administrativo*, Temis, Bogotá, 2002, p. 188.

palabras del gran maestro francés, publicadas hace treinta años, condensan los desafíos que enfrenta el derecho administrativo contemporáneo para ganar la batalla contra la arbitrariedad.