

*El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica**

Por Domingo Sesín

1. Introducción. Complejidad de la problemática abordada

Desde hace aproximadamente dos siglos el derecho administrativo busca establecer un justo equilibrio que haga posible la convivencia de lo discrecional, lo reglado y lo técnico, la autoridad y la libertad, lo determinado y lo indeterminado, lo político y lo jurídico.

Los inconvenientes surgen de diversas circunstancias, de carácter administrativo, político, jurídico, social y de manera más creciente de orden técnico.

Determinar cuál es la oferta más ventajosa, la idoneidad profesional en un concurso, la peligrosidad de una actividad, el interés cultural, la tasa de retorno de un servicio, la renovación de una licencia, el control de los costes, la razonabilidad de una tarifa, son entre otros, los numerosos ejemplos en los que la técnica se relaciona con la práctica administrativa.

Las técnicas muy especializadas, de oscura comprensión, las relacionadas estrechamente con valoraciones subjetivas insustituibles, las de complicado control por la imposibilidad de su reproducción, las que traducen juicios de probabilidad y no de certeza, ponen en evidencia la existencia de una zona de penumbra que hace problemático el control judicial por la dificultad en determinar con precisión el ámbito de lo reglado y lo discrecional.

A la complejidad referenciada, se debe sumar la variada indeterminación del orden jurídico, con normas disyuntivas e incompletas, de remisión a conceptos técnicos, lógicos, de valor, de experiencia, de contenido expreso o implícito.

De allí la necesidad de proyectar un nuevo orden, aunque fuere opinable, de lo discrecional, lo técnico y lo reglado, con la consecuente incidencia en el control judicial.

En definitiva, se debe buscar el equilibrio aristotélico entre lo que puede y no puede controlar el juez, enmarcados en nuestra realidad constitucional y sin caer en la utópica concepción de hacer justiciable la totalidad de la actividad estatal.

2. Sujeción de la Administración al orden jurídico

Las reformas introducidas por el sistema constitucional comparado, como la Ley Fundamental de Bonn (art. 20, ap. 3§), la Constitución italiana de 1948 (art. 97) y la Constitución española (arts. 9.2 y 103.1), expresan que la actuación de la Admi-

* [Bibliografía recomendada.](#) Este trabajo corresponde al discurso de incorporación como miembro de número pronunciado el 26 de septiembre de 2006, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acader.unc.edu.ar.

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

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

3. Juridicidad del acto y control de juridicidad

En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juridicidad y consecuentemente de control de juridicidad, su razón es que la terminología actualmente en uso “legitimidad” o “legalidad” podría entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio¹. De tal manera también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe, la confianza legítima, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros.

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

4. Noción conceptual de la discrecionalidad administrativa y control sólo de su “ejercicio”

En este marco, la discrecionalidad queda atrapada dentro de la juridicidad de donde proviene en forma expresa o implícita. Es decir que no se desarrolla fuera del derecho, tampoco deviene sólo de la norma legal, sino que actúa en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa.

Siguiendo las ilustradas orientaciones contemporáneas, en mi opinión la discrecionalidad puede definirse como “una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”. Su cometido trascendente es agregar un elemento nuevo a ese ordenamiento.

¹ Comadira, Julio R., *La actividad discrecional de la Administración pública. Justa medida del control judicial*, ED, 186-600 y *Derecho administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2003, p. 493 y ss.; Coviello, Pedro, *La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de la legalidad administrativa*, “REDA”, n° 23, 1996.

Comadira entiende 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 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 derecho².

Si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida “dentro” de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su “ejercicio”³.

Como dice Cassagne “*la discrecionalidad administrativa no configura un ámbito libre del control judicial ni tampoco puede desvincularse del ordenamiento como figura desprovista de juridicidad*”⁴.

5. El juez que controla la discrecionalidad no reproduce en forma exacta la decisión administrativa

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

No es lo mismo decidir que controlar lo previamente decidido por otro. Si no existe en el ordenamiento jurídico parámetro alguno para la emisión de un acto administrativo, no es posible controlarlo jurídicamente, pues no hay control sin parámetro, sin normas de conducta, dice Bacigalupo⁵. Ratificando la doctrina alemana nos recuerda que la tutela judicial no implica que continúe el procedimiento administrativo mediante un simple cambio de roles, ratificando o no lo decidido por la Administración con sus mismos poderes de valoración, sino que la jurisdicción implica sólo control secundario cuyo único parámetro es la ley y el derecho.

Como bien dice Fernández, la tarea de los jueces no implica repetir el mismo ejercicio que la Administración, para llegar al mismo o diferente resultado (lo que les

² Comadira, *Derecho administrativo*, p. 507.

³ Sesín, Domingo, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Bs. As., Depalma, 1994, p. 287.

⁴ Cassagne, Juan C., *Fragmentos de derecho administrativo*, Bs. As., Hammurabi, 2003, p. 107 y 108.

⁵ Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 68 y siguientes.

convertiría en administradores), sino “en verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la Administración ha observado o no los límites con los que el derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia, como una decisión racionalmente justificada”⁶. Con el mismo criterio, Beltrán de Felipe⁷ diferencia la función de administrar de la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, por lo que la sustitución judicial de la discrecionalidad administrativa convertiría a los jueces en administradores, lo cual no armonizaría con su cometido específico de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, como lo señala el art. 117.3 de la Const. española.

En cuanto a la potestad de sustitución relacionada con la potestad discrecional, la jurisprudencia es prudente al señalar que: “Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración, actuando su potestad discrecional, podrá decidir al respecto”⁸. Los tribunales no pueden sustituirla.

El control que realiza el juez no lo autoriza a la creación de normas jurídicas, no desempeña función directa alguna en la creación de las normas, correspondiéndole complementar con su doctrina el ordenamiento jurídico al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho conforme el art. 1.6 del Cód. Civil español, dice Parejo Alfonso⁹.

Si bien la jurisprudencia argentina reconoce que la graduación de la sanción, en el marco de la normatividad vigente, comporta una facultad discrecional de la Administración, excepcionalmente, los jueces han sustituido una sanción por otra de las legalmente permitidas, especialmente en las cuestiones contravencionales. En la causa “London Supply SA” advierte que si la ley establece la atenuación como una posibilidad discrecional, encuadrada en el ejercicio de cometidos contravencionales, su posterior control judicial sólo estará ceñido a la legalidad o razonabilidad del acto, mas no a la sustitución de una atribución deferida por el ordenamiento sólo a la Administración¹⁰.

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

⁶ Fernández, Tomás R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1997, p. 249.

⁷ Beltrán de Felipe, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 187.

⁸ STS español, 2/4/91.

⁹ Parejo Alfonso, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 50 y siguientes.

¹⁰ CNContAdmFed, Sala I, 1/2/01, LL, 2001-D-419, voto del doctor Coviello. En el mismo sentido Gusman, Alfredo, *Fronteras del poder discrecional, LLC*, 2002. Gordillo, en cambio, sostiene que la sustitución o modificación por parte del juez es posible (*Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., Fundación de Derecho Administrativo, 2000, t. 3, p. 11 y siguientes).

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

Con expresividad ha sostenido el Tribunal Supremo español que *“hay un núcleo último de oportunidad o conveniencia, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas (o legalmente indiferentes), en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial”*. *“Esta jurisdicción no constituye un escalón jerárquicamente superior a la Administración que le permita a través de sus resoluciones imponer a los órganos de la misma una determinada línea de actuación en la gestión de los intereses públicos que tiene confiada, ni en la propia organización de los medios materiales destinados a la misma, sino que la misión de los tribunales queda circunscripta a corregir las extraviadas actuaciones administrativas cuando éstas infrinjan el ordenamiento jurídico ...lo que no puede hacer la jurisdicción es erigirse en legislador e invadir el ámbito normativo de la Administración”*¹¹.

Como bien dice Comadira recordando a Igartúa Salaverría, “no compete, por ello, al juez, reconstruir el proceso valorativo realizado por el administrador; sólo le asiste, en nuestra opinión, la posibilidad de determinar si la decisión adoptada por éste está debidamente justificada. Y el alcance del auxilio pericial del juez, en estos casos, no podrá ir tampoco más allá del análisis de esa justificación, sin incursionar en la valoración volitiva derivada de otras alternativas”¹².

La jurisprudencia española en numerosas oportunidades (a partir de la STC 13/1981, 22/4/81) ha ratificado los límites de la tutela judicial efectiva en el derecho a obtener del juez una respuesta razonada y fundada en derecho a las pretensiones deducidas en el proceso. Es decir que no puede basarse en otros criterios o argumentos. De allí que el control del ejercicio de la discrecionalidad sólo puede ser objeto de contraste con una norma jurídica, no puede fundarse en valoraciones de otro orden o en vagas apelaciones a las soluciones preferibles¹³.

Si ello ocurriera, el juez estaría sustituyendo a la Administración en la apreciación de las circunstancias. El juez que controla a la Administración sólo puede actuar a la manera de un administrador negativo: no puede decidir lo que la Administración debería hacer, sino sólo lo que la Administración no puede hacer¹⁴.

¹¹ TSE citado por López Menudo, *El control judicial de la Administración en la Constitución española*, en “Discrecionalidad Administrativa y control judicial”, I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Madrid, Civitas, 1996, p. 38.

¹² Comadira, *La actividad discrecional de la Administración pública. Justa medida del control judicial*, p. 7.

¹³ Sánchez Morón, Miguel, *Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, “Cuadernos de Derecho Judicial”, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 148.

¹⁴ Parejo Alfonso, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, p. 58; Sánchez Morón, *Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, p. 148 y ss.; Cane, Peter, *An introduction to administrative law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 81.

6. Conceptos jurídicos indeterminados. La imprecisión conceptual y el origen de la teoría

Un concepto es indeterminado cuando sus límites son imprecisos, es decir, cuando no reflejan claramente una realidad. En general la imprecisión no deviene exclusivamente del lenguaje utilizado ni tampoco de la materia referida, sino de la vinculación entre ambos¹⁵.

En el ordenamiento jurídico administrativo son numerosos los dispositivos constitucionales, legales y reglamentarios que trasuntan estándares o normas en blanco, cuya indeterminación es evidente.

El decoro o prestigio de la institución policial, la peligrosidad de una enfermedad, la contaminación de las aguas, la idoneidad en un concurso, la urgencia de una contratación, lo riesgoso de una actividad, son ejemplos cotidianos, cuya relación con la realidad a la que se refieren, puede impregnarse de mayor o menor imprecisión.

La aplicación práctica de estos supuestos en el variado accionar administrativo, obliga a efectuar una tarea interpretativa o creativa según el caso, subsumiendo el hecho concreto en la norma.

Veamos un ejemplo: la declaración de interés histórico de un inmueble, que autoriza genéricamente el orden normativo, es susceptible de ocasionar tres alternativas distintas: *a*) una opción positiva al no existir dudas sobre el interés histórico; *b*) una opción negativa, ante la seguridad de la falta de interés, y *c*) una zona de penumbra que se ubica entre ambas, en cuanto existen razonables dudas sobre si el edificio reviste o no interés histórico.

Las hipótesis *a* y *b* se denominan respectivamente: “zona de certeza positiva y negativa”; mientras que la *c*, “halo del concepto” o “zona de dudas”. Esta última es el ámbito de imprecisión o indeterminación que es menester clarificar al momento de su concreción práctica, teniendo presente la distancia al núcleo positivo o negativo del concepto.

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. La respuesta es por demás relevante para advertir el alcance del control judicial que corresponde realizar según se utilice uno u otro instrumento integrador del concepto.

Este interrogante ha suscitado diferentes criterios doctrinales y jurisprudenciales.

Lo que en Italia continúa llamándose “discrecionalidad técnica” en el lenguaje ordinario –aunque se lo critique severamente– es objeto de estudio en el derecho alemán con el nombre de “conceptos jurídicos indeterminados”.

En este último ámbito la indeterminación también fue llamada “discrecionalidad técnica” en sus orígenes. Para Bernatzik este fenómeno comprende las cuestiones administrativas complejas relacionadas con la técnica, cuya apreciación compete

¹⁵ Sainz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 68 y 70.

exclusivamente a la Administración y sobre la cual no corresponde el contralor judicial¹⁶.

Tezner en cambio, fue quien incipientemente propició el control de los conceptos jurídicos indeterminados, planteando la necesidad de diferenciarlos con la discrecionalidad¹⁷.

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, entonces, por medio de la interpretación.

De tal manera, la ruina de la obra, la urgencia, la actividad riesgosa, el orden público, etc., son supuestos cuya resolución sólo admite una posibilidad. La eliminación de la discrecionalidad –como se advierte– parece constituir la meta soñada de esta concepción.

7. Diferencia cualitativa entre concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad

Si esta teoría sustenta que el concepto jurídico indeterminado sólo presupone en su concreción una solución justa, es fácil inferir que se opone contundentemente a la discrecionalidad, cuya esencia es la libertad de elección entre varias alternativas igualmente válidas¹⁸.

El concepto jurídico indeterminado pasa a ser estudiado como un problema de interpretación y aplicación de la ley, razón por la cual se lo considera parte de la actividad vinculada o reglada, de allí que la diferencia con la discrecionalidad no sea de cantidad sino de calidad.

8. Diferencia cuantitativa entre conceptos jurídicos indeterminados y determinados

Para la teoría tradicional de los conceptos jurídicos indeterminados, la diferencia es sólo terminológica, porque sustantivamente concibe lo determinado e indeterminado en el marco de lo vinculado, por oposición a lo discrecional que queda relegado a la escasa apreciación volitiva del órgano competente. Entre un concepto determinado y uno indeterminado solamente hay diferencias de grado y representan dos técnicas distintas sólo en apariencia, porque íntimamente tienen por objetivo realizar lo preceptuado por el legislador.

¹⁶ *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Viena, 1886 p. 43 y ss.; Schmidt-Salzer, J., *Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, Berlín, 1968, p. 65 y siguientes.

¹⁷ *Das Freie Ermessen Verwaltungsbehörden*, Viena, Leipzig, 1924, p. 69 y siguientes.

¹⁸ García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, p. 386; Mozo Seoane, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración pública en España*, Madrid, Montecorvo, p. 250; Cassagne, Juan C., *La revisión de la discrecionalidad administrativa por el Poder Judicial*, "Revista de Derecho Administrativo", n° 3, 1990, p. 98 y ss.; Quiroga Lavié, Humberto, *Los derechos públicos subjetivos y la participación social*, Bs. As., Depalma, 1985, p. 226; Barra, Rodolfo C., *Contrato de obra pública*, Bs. As., Ábaco, 1980, t. II, p. 230 y ss.; Grecco, L. M., *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial*, LL, 1980-D-1306.

La tarea de subsunción en los determinados, es casi de aplicación automática (conceder la jubilación a los 65 años); en cambio, en los indeterminados exige explicitar la voluntad normativa por medio de la compleja metodología interpretativa. La urgencia existe o no; tal bien es de interés cultural o no. Por esta razón sólo es admisible para ella una solución justa donde nada tiene que ver lo discrecional.

Para esta concepción el control judicial fluye espontáneamente. Este es el objetivo prioritario de la teoría que pretende extender al máximo la revisabilidad de los actos administrativos.

No obstante, la polimórfica –y a veces confusa– realidad estatal presenta en su devenir situaciones en las cuales resulta difícil admitir la existencia de una sola solución justa.

9. Debilidad de la teoría: el margen de apreciación

Los casos límite hacen criticable la construcción dogmática alemana de los conceptos jurídicos indeterminados y también dificultan la elaboración de fórmulas teóricas apropiadas para superar la penumbra, ambigüedad y variabilidad de ciertos conceptos ubicados en ámbitos indeterminados entre la zona de certeza “negativa” y “positiva”.

Establecer en una calificación pedagógica el porqué, de un 9 en lugar de un 10, es tan complicado como su revisión judicial ulterior.

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 judicial¹⁹.

Las dificultades prácticas que genera la aplicación de reglas complejas de la experiencia común o técnica, el temor de sustituir un criterio administrativo “opinable” por una decisión judicial que trasunte un juicio de valor discutible, son algunos de los supuestos excepcionales que pueden justificar el margen de confianza en favor de la Administración.

Empero, la teoría no asemeja esta modalidad restrictiva a la facultad discrecional. Pretende sólo un reconocimiento explícito de la dificultad de su aplicación en determinados supuestos fácticos concretos, sin dejar de considerar –en teoría– que la integración se efectúa por intermedio de un juicio de naturaleza cognoscitiva²⁰.

Creo que tanto el margen de apreciación como su aparente justificación no hacen otra cosa que confirmar la debilidad de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

Así como en muchos casos la aplicación de esta concepción tiene un éxito indudable, en otros supuestos más complejos, también numerosos en la realidad administrativa, la presencia de una valoración subjetiva del órgano competente es ineludible. Esto último, unido a la posibilidad de elegir entre dos o más alternativas válidas dentro del derecho, confirma la presencia de una modalidad discrecional en

¹⁹ Jesch, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, p. 212 y siguientes.

²⁰ García de Enterría - Fernández, *Curso de derecho administrativo*, p. 380.

su mínima expresión. Poco importa quien tiene que apreciarla, sea un técnico, político, profesional o administrativo: implica una valoración subjetiva en el marco de un margen de libertad. Esto basta para calificarlo de discrecional.

Para justificar el rechazo de un momento discrecional en el “margen de apreciación”, se sostiene que al no efectuarse valoraciones de oportunidad, la discrecionalidad es inexistente. Sin embargo, como se definió conceptualmente, la discrecionalidad no puede limitarse sólo a apreciar la oportunidad; en otras ocasiones trasunta una ponderación de intereses, una valoración del interés público o un simple acto volitivo del órgano competente. Siendo su campo de acción mucho más amplio, bien se puede considerar el contenido del “margen de apreciación”, una particular modalidad discrecional.

En su proyección práctica, poco importa si hay discrecionalidad o no, porque de todas maneras queda dentro de la zona de reserva de la Administración y se excluye el control judicial.

Para evitar los resultados y restringir aún más la libertad administrativa, surgen otras posturas que conducen a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados a posiciones extremas, al eliminar el margen de apreciación y pretender la plena revisabilidad de los actos de la Administración.

Sainz Moreno al comentar teorías alemanas avanzadas, explicita algunas preocupaciones sobre la complejidad de determinadas casuísticas, como la realización de pronósticos, la calificación de exámenes y, entre otros, la determinación de la capacidad e idoneidad de los funcionarios. Concluye admitiendo que de igual modo puede realizarse el control judicial porque ese es un problema de derecho procesal y niega –en definitiva– el margen de apreciación en favor de la Administración, subrayando la preeminencia de la tutela jurisdiccional de los derechos conculcados²¹.

Esta nueva concepción revaloriza la motivación y la razonabilidad de los actos propugnándose otra visión de lo discrecional, sometiendo su ejercicio a un profundo control judicial, por lo que pierde interés la diferencia con los conceptos jurídicos indeterminados²².

En definitiva, el intento de fulminar la arbitrariedad estatal y controlar la libertad de los funcionarios atraviesa las siguientes etapas: primero se procura reducir la discrecionalidad cambiándole su rótulo externo con la configuración del “margen de apreciación”. Más tarde, al advertirse que ese pequeño reducto podría implicar un abuso de libertad o una verdadera discrecionalidad, es eliminado postulándose la revisión judicial integral de lo indeterminado. Desde mi punto de vista, para lograr ese objetivo se utilizan técnicas de reducción de la discrecionalidad, que en rigor se refieren más a elementos relativos a la juridicidad que al control intrínseco de la discrecionalidad. En efecto, la verificación de los hechos, la razonabilidad, la motiva-

²¹ Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 243 y ss.; Ossenbuhl, *Tendenzen un gefahren der neuen Ermessenlehre*, “D. off. Verw” 1968, p. 618 y siguientes.

²² En el mismo sentido, Fernández, Tomás R., *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario y Debe la Administración actuar racional y razonablemente*, separata “Revista Española, Civitas”, oct. 1993 y jul.-set. 1994; Ledda, F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull amministrazione pubblica*, “Rivista Diritto Processuales Administrativo”, dic. 1993; Marzuoli, Carlo, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milán, Giuffrè, 1985.

ción, la finalidad y aún la comprobación de que la discrecionalidad forma parte del orden jurídico, no dejan de pertenecer al ámbito de la juridicidad o legitimidad en sentido amplio.

En esencia el proclamado “control pleno de la discrecionalidad” implica una fiscalización absoluta sobre su inserción jurídica y es superficial en su contenido interior.

Aún cuando se postule la revisabilidad total de los conceptos jurídicos indeterminados, o se pretenda disfrazar lo discrecional con atuendos de legitimidad, lo cierto es que numerosas hipótesis llevan en su interior un momento subjetivo discrecional que ha menester un trato peculiar; éste no puede ser sustituido por el juez quien sólo debe controlar la integración de la libertad dentro del ordenamiento.

Estoy de acuerdo con tales técnicas de control del “ejercicio” de la discrecionalidad pero no con el propiciado “control total” porque altera el principio de división de poderes con el avasallamiento de la “zona de reserva de la Administración”.

En mi criterio los conceptos jurídicos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada (reglas técnicas ciertas, estándares objetivos, etc.), o bien discrecional según el caso concreto a resolver. Es decir que pueden ser determinables por un proceso intelectual puro, o mediante la utilización de una modalidad discrecional, aunque su incidencia sea minúscula.

No coincido con quienes afirman que lo aludido por los términos orden público, utilidad pública, urgencia, idoneidad, emergencia, son conceptos jurídicos indeterminados que “sólo admiten una solución justa”.

Es necesario analizar cada supuesto real de aplicación de los referidos conceptos para entonces determinar con certeza si su realización admite una o varias soluciones igualmente correctas para el derecho.

Hay veces que el concepto jurídico indeterminado puede ser concretado siguiendo un juicio intelectual puro. Esto sucede, por ejemplo, cuando en virtud de la norma la idoneidad se determina por riguroso orden de antigüedad; o cuando según los pliegos respectivos la oferta más ventajosa es la de menor precio. La realización del concepto “idoneidad” y “oferta más ventajosa” se efectiviza, entonces, siguiendo un procedimiento perfectamente objetivable.

Sin embargo, los conceptos referidos no siempre permiten llegar a una solución justa, incluso bajo el mismo esquema normativo; hay casos que admiten porcentajes de discrecionalidad: el supuesto de que existan dos concursantes que tienen idéntica antigüedad, o bien se presenten dos ofertas de igual precio. Elegir a uno u otro concursante, a una u otra oferta en el caso de que la norma nada establezca al respecto, bien puede consentir el uso de una modalidad discrecional.

Aceptar entonces que el procedimiento de concreción de un concepto jurídico impreciso sea sólo intelectual, negando la posibilidad de que éste, según el caso, puede también ser volitivo o discrecional, importa a mi criterio un grave error, capaz de acarrear la eliminación de la discrecionalidad y, por ende, promover el control judicial total.

Asimismo, podría generar innumerables inconvenientes en la praxis administrativa y judicial, ya que bastaría la mención de ellos por la norma para deducir que al presuponer un razonamiento objetivo, todo es controlable sin distinguir, con preci-

sión, cuando hay en verdad discrecionalidad y, por consiguiente, limitación del control.

En definitiva, los conceptos jurídicos indeterminados, son a mi criterio creaciones artificiosas que buscan reducir o aniquilar el espacio de libertad, en lugar de iluminar sus zonas limítrofes y postular una armónica convivencia aceptando una realidad tan insoslayable como la vida misma del ser humano que también discurre entre zonas signadas por la fatalidad y la libertad.

10. El control de “sostenibilidad”, “aceptabilidad”, “razonabilidad”

En los últimos tiempos, el debate doctrinal y jurisprudencial alemán, asigna importancia a conceptos como “sostenibilidad”, “aceptabilidad”, que significan “plausibilidad” o, entre nosotros, “razonabilidad” de la decisión administrativa, según el parámetro de quien ha asumido la decisión. Esta metodología importa superar el modelo tradicional sobre la base de la revisión judicial de los particularizados vicios formales y sustanciales detectados. La nueva metodología propuesta comporta una visión global de la decisión administrativa, entendida como cláusula general, efectuando con control genérico sobre todo el íter procedimental desarrollado por la Administración en la actividad controlada. Es lo que en Estados Unidos de América se denomina “deferencia administrativa”²³.

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

11. La revisión judicial de las reglas técnicas y pautas de universal consenso

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

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

En consecuencia el control de juridicidad es perfectible, pues el juez al entrar al fondo de la cuestión verifica si en el sub examine se ha respetado el contenido de la

²³ Martini Serenella, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica*, Tedesca, Luiss, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali; *La discrezionalità amministrativa: profili comparati*, Milán, Giuffrè, 1997, p. 26 y 27.

regla determinada por la ciencia, la técnica, la experiencia, o el comportamiento social, al momento en que se concretice el acto administrativo respectivo.

Oportunamente y con buen criterio se ha proclamado el control de los hechos aun relacionados con cuestiones técnicas, con motivo del cuestionamiento de una ordenanza municipal que disponía el retiro de los locales instalados en los andenes, que creaban un riesgo para los usuarios frente al reducido espacio que les quedaba cuando esperaban el arribo de los trenes. El tribunal consideró que la “discrecionalidad no es una potestad ilimitada de la Administración pública, pues tiene un ámbito que no puede ser excedido y se halla sometido al control administrativo y judicial. Si bien es cierto que la oportunidad, conveniencia o mérito tenidos en cuenta para la emisión del acto administrativo no son controlables por el Poder Judicial, ello no impide que lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho (invocados para emitir el acto) caiga o puede caer bajo el poder de revisión de los jueces, pues se trata de comprobar la verdadera y efectiva existencia de sus presuntos antecedentes, es decir de aquello que constituye su causa o motivo. El acto administrativo que se dicta en base a un informe técnico puede ser impugnado de acuerdo a los recursos que establezca el sistema positivo vigente, pues respecto a dicho acto rigen las reglas generales sobre control de la discrecionalidad”²⁴.

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

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

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

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

La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación, no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Empero, como es la Administración a quien el orden jurídico le autoriza a operativizar primero el concepto, en estos excepcionales

²⁴ CCivComCap, 21/6/83, “Subterráneos de Buenos Aires, Sociedad del Estado c/Fusetti de Turo”, ED, 105-575; Tawil, Guido, *Administración y justicia*, t. II, p. 400; Gusman, *Fronteras del poder discrecional*, LLC, 2002.

supuestos, le es permitido utilizar la discrecionalidad relacionada con la técnica a fin resolver la opinabilidad buscando lo más oportuno para el interés público. La discrecionalidad no sólo proviene de una norma expresa o implícita sino, excepcionalmente, de la propia naturaleza de las cosas. Es precisamente el ordenamiento quien se remite tácitamente a ello cuando no es posible un juicio objetivable que trasunte una solución justa, sino dos o más hipótesis razonables.

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

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

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

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

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

finos que la justifican (art. 106.1)”. Es que el control del tribunal asume “determinadas modulaciones o limitaciones que encuentran su fundamento en una presunción de razonabilidad o certeza de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación”²⁵.

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

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

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

13. Estrategia práctica a seguir frente a la complejidad de lo discrecional, técnico y reglado

En síntesis pienso que para clarificar prácticamente esta problemática debemos contemplar tres supuestos:

a) Cuando se aplican estándares, reglas técnicas, científicas o de experiencia, de “universal consenso”. Si la idoneidad, la urgencia, la oferta más ventajosa, implican en el caso concreto actuar conforme a pautas ciertas, objetivas y universales, el control judicial es pleno y su operatividad no ofrece dificultad. No queda espacio para una valoración discrecional. Al admitirse sólo una solución como consecuencia de una regla o pauta de universal consenso y por ende determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo regulado o vinculado.

²⁵ TCE, 29/11/93, Sala Segunda, sent. 353, ponente doctor Carles Viver Pisunyer.

b) Cuando es posible elegir entre varias alternativas hay discrecionalidad. Cuando el orden jurídico se remite a varias técnicas aceptables, la selección de una de ellas incumbe a la Administración.

c) El control judicial de los casos límites complejos. Cuando el orden jurídico se remite a cuestiones técnicas de oscura comprensión o de difícil reproducción probatoria, juicios de probabilidad, etc., el juez no declina su jurisdicción. En efecto, la solución dada por la Administración debe ser controlada por el juez quien ha de contentarse con un juicio “tolerable”, es decir, una “aserción justificada”. La provisoriedad de la ciencia y de la técnica significa que la certeza absoluta a veces no existe, por lo que el juez debe conformarse con una solución técnicamente aceptable cuya razonabilidad sea aprehensible en virtud de su motivación. La opinabilidad intrínseca de ciertas situaciones fácticas no reconducibles a pautas objetivas por medio de la interpretación no puede ser convertida en certeza por el administrador ni por el juez. Esta misma opinabilidad pasa a formar parte del orden jurídico e implica que su realización o concreción cristaliza siempre una verdad relativa, razón por la cual quien la ejecute como quien la controle debe conformarse con aproximaciones atendibles, razonables y suficientes. Si existen pequeños márgenes de opinabilidad corresponde a la Administración integrar el concepto.

Como bien dice Comadira *“puede, entonces, existir actividad administrativa fundada en razones científicas o técnicas, que generarán, o no, discrecionalidad, según su grado de univocidad y/o de vinculación con un objeto reglado, o no. Desde esta perspectiva, entonces, la denominada discrecionalidad técnica será, en rigor, una especie de la discrecionalidad en general, cuando el accionar administrativo, cumplido con arreglo a parámetros científicos o técnicos, reconozca, en éstos, más de una posibilidad, o cuando, siendo la valoración técnica unívoca, esté ligada a una actuación elegible”*²⁶.

El juez o quien ejerce la función jurisdiccional no puede sustituir un juicio tolerable del administrador por otro igualmente “tolerable” de él, porque ello implica violar la separación de poderes.

Como consecuencia de lo anterior no sólo es antijurídico el acto administrativo que vulnera las reglas ciertas y universales sino también cuando infrinja los criterios atendibles (falta de coherencia, disparidad de tratamiento, informes técnicos contradictorios, arbitrariedad en la verificación probatoria, etcétera).

Es menester que los dictámenes técnicos y periciales informen en detalle cuáles son los aspectos perfectamente objetivables a la luz de las reglas respectivas, cuáles los tolerables, y cuáles admiten un mayor o menor grado de opinabilidad y, por ende, la posibilidad de elegir entre dos o más opciones válidas. Ello puede ser regulado en las leyes de procedimiento administrativo y códigos procesales.

Incluso en los códigos procesales o contencioso administrativos en el capítulo relativo a la sentencia podrían normarse las pautas referidas a fin de clarificar el alcance del control.

En definitiva, quien ejerce la jurisdicción controla la juridicidad, no sustituye ni valora la discrecionalidad y con ello la oportunidad, mérito o conveniencia ya apre-

²⁶ Comadira, *Derecho administrativo*, p. 516.

ciada y seleccionada creativamente por la Administración. Llegamos así a un justo equilibrio.

Por todo ello considero, en definitiva, que la conducta administrativa en relación con el ordenamiento jurídico puede ser de las siguientes formas.

a) Vinculada en forma precisa: cuando existe una normativa expresa y clara sobre la actividad que debe realizar el órgano.

b) Vinculada en forma implícita: determinable objetivamente mediante reglas lógicas, técnicas, de experiencia o estándares, que tengan universal consenso o sean al menos tolerables.

c) Desvinculada: objetivamente indeterminable que puede integrarse con la discrecionalidad.

Las pautas señaladas bien pueden ser aplicadas en la construcción del Consejo de Estado francés cuando después de la “verificación” de los hechos existan vacilaciones en cuanto a la “apreciación” de los supuestos técnicos complejos; de igual modo pueden aplicarse en el derecho norteamericano para encauzar la llamada “discrecionalidad guiada” y su distinción con la verdadera discrecionalidad. Incluso podría aplicarse en aquellos ámbitos que admiten la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados para frenar su inadecuado uso y la posible aniquilación de la discrecionalidad.

14. El silogismo judicial que obliga a una solución justa no es trasladable con el mismo rigor a la realidad administrativa

Considero una confusión histórica pretender trasladar el habitual silogismo judicial que obliga a llegar a una solución justa a la actividad administrativa.

En efecto, si analizamos detenidamente los principios del derecho procesal, los estándares jurídicos del derecho privado que a mi criterio influyeron en la creación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, y los diversos criterios de la hermenéutica interpretativa, es dable advertir que constituyen valiosas herramientas metodológicas para colaborar con quien realiza la función jurisdiccional a fin de llegar a “una solución justa”, pues institucionalmente el juez está obligado a ello (todo tiende a facilitar esta tarea).

Esta orientación pretende aplicarse a la actividad administrativa mediante las teorías analizadas entre otras (discrecionalidad técnica y conceptos jurídicos indeterminados), dificultando los límites del juez revisor de la conducta administrativa y la determinación de la verdadera zona de reserva de la Administración al no distinguirse con nitidez lo reglado de lo discrecional. A la postre no tienen otro remedio que llegar al control total atento la naturaleza de la función jurisdiccional y el silogismo judicial aplicado.

Empero, la peculiaridad de la Administración y de su revisión ulterior no concilian con principios indiscutidos aceptados en las otras ramas del derecho. La salvaguarda del interés público, pero fundamentalmente la presencia de una de las partes investida de potestad pública, modifica la pureza de los métodos referidos por lo que es necesario la formulación de un trato diferente.

El ordenamiento utiliza conceptos abiertos que han de ser rellenados por sus destinatarios. La clave reside en interpretar a “quién” se delega, y “cómo” se integra el contenido de lo delegado.

El agregado que inserta cada poder no es siempre el mismo, el administrador incorpora calificaciones que explicitan la juridicidad mediante un juicio objetivo utilizando la hermenéutica interpretativa, y las valoraciones subjetivas originales de carácter discrecional relacionadas con la oportunidad y conveniencia.

El juez, en cambio, utiliza nada más que la interpretación porque sólo puede desarrollar elementos que ya forman parte del derecho, buscando la concreción de lo justo en el caso particular. Por ello, lo que hace el juez es explicitar en el caso concreto el sistema ordinamental; por eso “dice” el derecho, utilizando para ello la mecánica interpretativa que será amplia o reducida según el caso. La Administración “actúa”, pero para tal accionar usa tanto la técnica de la interpretación como la de la discrecionalidad creativa en función del interés público en juego. Esto no existe en otras esferas del derecho (penal, civil, etc.) y de allí deviene la confusión.

En definitiva, el silogismo judicial no es trasladable a la función administrativa porque la Administración no siempre está obligada a llegar a una solución justa mediante la interpretación, porque si un hecho es opinable y admite varias opciones posibles igualmente válidas para el derecho, puede dirimir la cuestión mediante la “discrecionalidad”, ejercitando un verdadero poder creativo cuya autodeterminación exclusiva le pertenece.

De esta forma juega el armonioso mecanismo de la división de poderes. La opinabilidad en el ámbito de la Administración pública da lugar a ponderaciones de los más diversos intereses públicos específicos. Quiénes mejor que los natos representantes del pueblo, entonces, para completar este marco de libertad con el ropaje ineludible de la juridicidad.

Admitir la unicidad de solución justa en la praxis administrativa forzando las reglas procesales e interpretativas para ello, o aceptando teorías que lo postulen procurando eliminar lo discrecional, es tan disparatado como aceptar el control total.

Si esto ocurriera, implicaría sustituir el criterio opinable del administrador por el no menos opinable del juez con el agravante que tal soberbia judicial infringiría el precepto ordinamental que dispuso que tal margen de libertad lo completara el poder administrador.

En definitiva:

a) Existe primero quien ejerce la función administrativa que debe hacer concreto el concepto indeterminado previsto por la norma.

b) Al juzgador entonces sólo le incumbe controlar si la aplicación del concepto encuadra en la juridicidad. Cabe subrayar que la Administración ya realizó la subsunción, que en las otras esferas del derecho le hubiera correspondido directamente al juez.

c) El derecho administrativo quiere que sea la Administración quien haga operativo el concepto por lo que los instrumentos reglados como discrecionales no deben ser desvirtuados.

La Administración tiene la forma de dirimir la opinabilidad de supuestos alternativos aplicando un juicio subjetivo en pro de un ideal de oportunidad y conveniencia. Por qué quitarle este cometido que en exclusividad le pertenece, acudiendo a estrategias implementadas para otros ámbitos funcionales. ¿Por qué querer cambiar so-lapadamente una valoración subjetiva por otras de igual naturaleza, cuando el propio ordenamiento pretende que sea más de mérito que de justicia? (el propio ordenamiento constitucional le da otra herramienta que el resto no tiene).

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

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

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

Pero como dice Tocqueville “es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse ...por ello los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo”²⁷.

No obstante, el juez no es un *dominus* de la sociedad, y hay que desechar aquellas posturas que amplían en grado sumo su marco de acción en virtud de la libre apreciación, propiciadas por la escuela realista norteamericana y algunos filósofos italianos de los últimos años²⁸.

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

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

²⁷ *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1951, t. II, p. 154.

²⁸ Chierchia, P., *L'interpretazione sistematica della costituzione*, Padova, 1978, p. 10 y siguientes.

Una respuesta positiva implica reflotar la consabida tesis del “gobierno de los jueces”, que se caracteriza por la falta de legitimación democrática e incapacidad para responder a las múltiples necesidades sociales²⁹.

La extralimitación de los jueces fue ya advertida por Roosevelt en Estados Unidos de América en 1913, cuando la Corte Suprema, aferrada a un liberalismo excesivo, denominado “darwinismo jurídico”, se opuso a toda regulación legislativa de la economía, los salarios mínimos, las jornadas de labor, etcétera. Se caracterizó el período por la atribución unilateral por los jueces de funciones legislativas³⁰. Por esto, en 1937, el Tribunal Supremo cambió de jurisprudencia y aceptó la validez constitucional del “New Deal”.

La Corte Suprema argentina ha señalado que cada poder, “dentro de los límites de su competencia, obra con independencia de los otros dos en cuanto a la oportunidad y extensión de las medidas que adopta y a los hechos y circunstancias que la determinan”³¹.

El Estado confía al juez el cometido de declarar razonadamente la voluntad concreta de la ley que vincula el mundo de los hechos con el bloque de juridicidad en forma hipotética y abstracta. La actividad cognoscitiva que precede a su pronunciamiento importa una facultad de raciocinio común a todo intérprete, pero una vez deducida la conclusión, entonces impone el sello de la autoridad del Estado.

Normalmente se asigna al juzgador la función de interpretar el ordenamiento, resolviendo una controversia entre partes con el dictado de una norma individual basada en la Constitución, la ley o los principios del derecho. Su razonamiento es absolutamente jurídico, estándole vedado efectuar valoraciones de oportunidad y conveniencia, o fundar en éstas sus votos porque tal cometido compete exclusivamente a la Administración pública o al legislador, en virtud del principio de separación de poderes.

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

La legitimidad de los jueces no sólo proviene de la idoneidad exigida para ocupar el cargo (generalmente mediante concursos públicos), sino esencialmente del mismo derecho que tienen la obligación de aplicar; su independencia se pone en evidencia cuando los jueces dirimen el caso concreto con la objetividad e imparcialidad que prescribe el propio orden jurídico al cual le deben absoluta subordinación. Su cometido no es crear normas legislativas ni ejercer el poder político o discrecional también creativo para satisfacer de la mejor forma los intereses sociales.

²⁹ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, p. 168 y siguientes.

³⁰ Schiwartz, *Le droit aux Etats Unis, une création permanente*, Paris, 1979, p. 125.

³¹ CSJN, *Fallos*, 243:513.

Una eventual elección a través del sufragio o una duración limitada en su función, podrían afectar seriamente, la división de poderes, la independencia, la imparcialidad, la neutralidad política, la competencia e idoneidad, porque el Poder Judicial no está capacitado para gobernar sino para dar efectividad al derecho. No le es dable sustituir al responsable de la decisión política, sino que tiene dos objetivos prioritarios: controlar si la decisión administrativa ha respetado el principio constitucional de sumisión de la Administración a la ley y al derecho, y garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados³².

En definitiva, el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente y solo excepcionalmente tiene amplias facultades para explicitar el derecho en el caso concreto. Su campo de acción en aquel ámbito es mucho más reducido que el de la época del “pretor romano” y del “canciller inglés”, quienes –atento a las transformaciones sociales y el escaso perfeccionamiento del derecho– actuaban con mayor libertad³³.

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

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

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

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

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

³² García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1998, p. 34.

³³ R. Pound, *Introduction to the philosophy of law*, Yale University Press, New Haven, cap. III.

16. El acto político dentro del orden jurídico

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

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

Considero que el acto político es “una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente a los órganos constitucionales superiores que ejercen la función política, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho”.

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

17. El control judicial del acto político

Si actualmente el acto político forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si, efectivamente, tal accionar ha sido correctamente ejercido “dentro” de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (elección de una opción entre otras igualmente válidas) sino sólo su contorno externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello en lugar de hablar de control judicial de los actos políticos se debería hablar de control del “ejercicio” del accionar político discrecional dentro de la juridicidad.

Esta interpretación pretende llegar también a una vinculación de lo político discrecional con el fondo de la cuestión, a partir de lo cual quede claro que, en principio, no puede haber inadmisibilidad de los actos políticos como *prius* ni como *posterius*. Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso desestimación de la pretensión, al resolverse que la actividad política ejercida es producto del orden jurídico.

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

Como dice Haro “*allí hasta donde penetra la normatividad, debe alcanzar la revisabilidad para controlar sus violaciones*”³⁴.

No hay derecho sin juez, dice elocuentemente García de Enterría³⁵. Ello comporta una conquista del Estado de derecho que demandó siglos de complejas dificultades, por lo que ha menester resguardar y fortalecer para salvaguardar la esencia de la división de poderes y el sistema democrático.

Si la actividad política se enmarca en la juridicidad, de allí deviene la potestad de los jueces para controlar si el ejercicio de la función política condice con el orden jurídico vigente.

En posturas avanzadas, la legislación española propicia un control pleno en la moderna ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa. En su exposición de motivos dice que “la ley no recoge ya, entre otras exclusiones, la relativa a los llamados actos políticos ...Sobre este último aspecto conviene hacer alguna precisión. La ley parte del sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad —llámense actos políticos, de gobierno, o de dirección política— excluida per se del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una ley que pretende adecuar el régimen legal de la jurisdicción contencioso administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad, el propio concepto de acto político se halla hoy en franca retirada en el derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito en la actuación del poder regido sólo por el derecho constitucional, y exento del control ...resulta inadmisibles en un Estado de derecho. Por el contrario, y por si alguna duda pudiera haber al respecto, la ley señala —en términos positivos— una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la acción gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones procedentes”.

Es indudable el avance de la moderna legislación española, empero omite precisar el justo límite del control judicial por cuanto la mera lectura de la norma podría implicar un control total amparando el gobierno de los jueces.

El Tribunal Supremo español antes de la citada reforma a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa se había pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido que “tras aprobarse la Constitución y en especial teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 9.1 y 24, no puede admitirse en nuestro derecho que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, exentos del control jurisdiccional. Desde luego ello no excluye que existan actos de los máximos órganos constitucionales que tengan asimismo un máximo

³⁴ Haro, Ricardo, *Las cuestiones políticas: prudencia o evasión judicial*, LL, 1991-D-1066.

³⁵ García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la Administración*, p. 31 y ss.; en el mismo sentido, Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional del poder*, Bs. As., Ediar, 1967, t. II, p. 333 y ss. y *El Pacto de San José de Costa Rica y las cuestiones políticas no judiciales*, LL, 2002-D-1443; Romero, César, *Derecho constitucional*, Bs. As., Zavalía, 1975, p. 33 y ss.; Haro, *Las cuestiones políticas: prudencia o evasión judicial*, LL, 1991-D-1051.

contenido político, los cuales no son controlables respecto del fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente. Pero en cuanto dichos actos contengan elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico, estos elementos son susceptibles de control jurisdiccional³⁶.

Para el Tribunal Supremo ello implica que la doctrina del acto político no puede ser invocada como fundamento de inadmisibilidad, ya que es obligado para el juzgador comprobar si existen en el acto elementos reglados y comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable³⁷.

18. Equilibrio entre lo que puede y no puede controlar el juez

Es necesario buscar el equilibrio entre lo que puede y no puede controlar el juez. Los extremos son riesgosos: el control total implicaría el gobierno de los jueces y la invasión de poderes que le corresponden a la Administración, mientras que el control restringido o escaso es pernicioso para el Estado de derecho y las situaciones jurídico-subjetivas de los administrados.

En definitiva, si el acto institucional o político forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercido dentro de ese universo de derecho, sólo cuando es susceptible de agravar situaciones jurídico-subjetivas (derechos adquiridos, intereses legítimos y difusos) de fuente directamente constitucional. Ello no implica revisar su esencia o núcleo interno, sino sólo su límite externo e inserción en el sistema ordinamental. Consecuentemente, el control se extiende sobre los aspectos reglados, legal o constitucionalmente, la competencia, el procedimiento, la forma, la motivación, la causa, la finalidad, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, entre otros aspectos.

Lo que no puede revisar ni sustituir el juez, es el contenido intrínseco, la libertad de apreciación política de la oportunidad, mérito o conveniencia, ni la posibilidad de elección entre varias opciones válidas dentro de la juridicidad, porque ello implicaría violentar la división de poderes y su zona de reserva.

De allí que, conceptualmente y como dijimos, en lugar de utilizar la expresión control de los actos políticos, es más adecuado hablar de control del procedimiento de conformación del acto político dentro de la juridicidad constitucional.

Al respecto sustenta el Tribunal Supremo español que “al ser el acto de que se trata un acto de gobierno, este Tribunal no puede sustituirlo, ordenándole lo que tiene que hacer, por respeto al principio de división de poderes, pieza clave en el edificio constitucional”³⁸.

La dogmática alemana considera que la actividad de gobierno goza de una libertad de configuración política propia, que no puede ser sustituida con legitimidad por otro órgano. Ello deriva del cumplimiento de sus funciones constitucionales. Para Scheuner, la decisión creadora, la iniciativa política y la completa dirección del Estado, constituyen la esencia de la actividad de gobierno. Por ende, los jueces no pue-

³⁶ TSE, 22/1/93, sent. Aranzadi A 57, ponente Baena del Alcázar.

³⁷ “Revista de Derecho Administrativo”, n° 9, jul.-set. 1997, p. 437.

³⁸ TSE, 6/11/84.

den ponerse en lugar del órgano administrativo sustituyendo las apreciaciones del gobierno por las suyas³⁹.

En el ámbito de las zonas de reserva que constitucionalmente les corresponde a cada poder, cada uno obra bajo su propia responsabilidad. Ella puede ser cuestionada desde la perspectiva política, pero no puede ser sustituida o asumida por otro poder del Estado⁴⁰.

19. Un requisito imprescindible: la acreditación de la legitimación y el agravio concreto

El primer requisito para hacer posible el control judicial es acreditar la legitimación pertinente, el agravio concreto, obviamente, diferenciado al resto de la colectividad. Sabido es que la legitimación es la situación especial en la que se encuentran las partes respecto del objeto de la pretensión procesal, y que la ley garantiza sólo a quienes están en esa posición, el derecho a obtener una decisión sobre el fondo de la cuestión⁴¹.

Afirma el prestigioso juez norteamericano Scalia sobre la doctrina constitucional del “*standing to sue*” que “*la doctrina judicial del standing es un crucial e inseparable elemento de la división de poderes cuyo desconocimiento producirá inevitablemente la sobrejudicialización de los procesos de autogobierno... No hay caso o controversia... donde no hay partes adversarias con interés personal en el asunto*”⁴². Más adelante nos recuerda el famoso caso “*Marbury vs. Madison*” cuando afirma que las potestades de la Corte son solamente para decidir sobre derechos de los individuos, no para analizar cómo el ejecutivo, o los oficiales del ejecutivo, desarrollan sus deberes sobre los cuales ellos tienen discreción. El *standing* requiere un daño diferenciado, un agravio distintivo no participativo por el resto del cuerpo social (casos “*United States vs. Richardson*”; “*Schlesinger vs. Reservists Committee to Stop the War*”, 1974).

En el caso “*Rothingham vs. Mellon*” la Corte norteamericana subrayó que la parte no sólo debe poder probar la invalidez sino también que le causa un perjuicio directo o que está en peligro inmediato de sufrirlo como resultado de su aplicación, y no meramente que lo sufre en forma indefinida en común con el resto de la gente⁴³.

El criterio aludido también se aplicó en el caso “*United States vs. Richardson*”⁴⁴, en virtud del cual un ciudadano pretendía que se declare la inconstitucionalidad de la ley de la CIA (Central de Inteligencia Americana) por infringir el art. 1 de la Constitu-

³⁹ Scheuner. U., *Der Bererich der Regierung*, en “Festgabe fur Rudolf Smend”, Gottingen, p. 253 y siguientes.

⁴⁰ Embid Irujo, *La justiciabilidad de los actos de gobierno*, en “Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor García de Enterría”, t. III, p. 2739.

⁴¹ Guasp, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, t. I, p. 122.

⁴² *The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers*, 17 Suffolk U. L. Rev. 881, 1983.

⁴³ Corte Suprema de Estados Unidos, 262, US, 447, 1923.

⁴⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, 418, US, 166, 1974.

ción en cuanto la norma permitía a la CIA no publicar sus casos. La Corte desestimó la acción aduciendo que el actor carecía de *standing to sue*⁴⁵.

Ello concuerda plenamente con los principios liminares de la división de poderes en Argentina que garantiza el acceso a la justicia a quien sea parte en una controversia concreta (art. 116 y concs., Const. nacional). Como es sabido, “parte” es quien tiene un interés controvertido con otro sujeto de derecho, perteneciente a su propia esfera jurídica, quien en definitiva tiene algo que perder o ganar con motivo de la decisión judicial a dictarse.

Invocar un interés simple en el carácter de habitante o ciudadano, implicaría la aplicación lisa y llana de la “acción popular” que está excluida de nuestro ámbito jurídico. Como dice magistralmente Marienhoff, la exclusión de la acción popular del orden jurídico argentino surge del art. 22 de la Const. nacional, en virtud del cual el pueblo sólo delibera y gobierna por medio de sus representantes, y lo dispuesto por el art. 1 de la carta magna en cuanto dispone que el gobierno de nuestro país es “representativo”. En este sentido afirma: “*No existiendo ni pudiendo existir válidamente en nuestro país la acción popular, porque lo prohíbe la Constitución, ninguna persona del pueblo puede objetar o impugnar judicialmente actos administrativos si éstos no afectan un derecho subjetivo o un interés legítimo, personal y directo, del accionante*”⁴⁶. Es obvio que tampoco puede cuestionar los actos políticos en las condiciones descriptas.

La reforma de la Constitución nacional de 1994 consagró una sustantiva innovación en relación con los derechos de “incidencia colectiva”. Esta normativa vino a rellenar la amplitud conceptual del art. 33 de la Const. nacional que en forma genérica e indeterminada tutela los “*derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”.

Dispone el segundo apartado del art. 43 de la Const. nacional que la acción de amparo en materia de “derechos de incidencia colectiva en general” otorga legitimación sólo a quienes acrediten encontrarse en alguna de estas tres hipótesis: a) el propio afectado; b) el defensor del pueblo, y c) las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley.

Si quien interpone el amparo es el “afectado”, pretendiendo tutelar incluso derechos de incidencia colectiva, la legitimación para accionar sólo está asignada a quien acredite la preexistencia de un derecho subjetivo, esto es de un agravio propio, directo y concreto de un derecho o garantía constitucional.

Con relación a la legitimación procesal, Quiroga Lavié sostiene que para interponer el amparo colectivo “se tomó en cuenta el proyecto del convencional Barra, sostenido por él personalmente, de forma tal que fueran solamente el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (a la finalidad de defender los derechos de incidencia colectiva) quienes estuvieran legitimados para ello. Dicha

⁴⁵ Ghunther, *Constitutional law*, p. 1544 y ss.; Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Bs. As., Ábaco, 1992, p. 128.

⁴⁶ Marienhoff, Miguel S., *La acción popular*, LL, 1993-D-683.

propuesta fue enriquecida... en proponerse que también estuviera legitimado procesalmente 'el afectado'⁴⁷.

Ha señalado Barra que *“el primer legitimado es el afectado, es decir el mismo que se encuentra legitimado en el párr. 1° del art. 43, tal como ocurre con el afectado del art. 5° de la ley 16.986. Se trata del discriminado, del usuario o consumidor defraudado, de la empresa que no puede competir. Éstos tienen un interés personal y directo, es decir un verdadero derecho subjetivo en la terminología tradicional –en realidad un derecho a secas– el que genera las únicas pretensiones que se pueden hacer valer en juicio. Se trata del agravio concreto, específico, personalizado”*⁴⁸. En los casos en que no aparece un afectado individualizado, sólo pueden interponer el amparo, los otros dos legitimados especiales creados por la Constituyente: el defensor de pueblo y las asociaciones.

Este tradicional criterio doctrinal y jurisprudencial ha sido ratificado por la Corte Suprema de Justicia de nuestro país en “Polino” y “Dromi”. Con motivo de la privatización de Aerolíneas Argentinas, en el caso “Dromi”, el amparo fue interpuesto por un diputado nacional “por sí y en el carácter de representante del pueblo” a fin de que se ordenara al Estado nacional que la forma societaria que adoptara Aerolíneas se enmarcara dentro de uno de los tipos societarios. Al respecto, la Corte dijo que la condición de ciudadano sustentada por el actor “no es apta... para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción. Ello, por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite en el caso, tener configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar a la presente como una causa, caso o controversia, único supuesto en que la mentada función puede ser ejercida”⁴⁹.

Similar criterio fue adoptado en la causa “González”, donde se discutía si miembros del Consejo Deliberante en el carácter de tales o simples ciudadanos podían impetrar la exhibición de documentación relativa al pago de viáticos de funcionarios municipales a través del amparo. En el referido pronunciamiento se sostuvo que ser concejal no es título suficiente para otorgarle legitimación para accionar, como tampoco lo es ser habitante o ciudadano de la Nación Argentina: “los actores no acreditan el daño diferenciado o el agravio distintivo con relación a cualquier miembro de la colectividad. La averiguación de los datos solicitados por los actores en nada mejora o perjudica su esfera de derechos y garantías que tutela el orden constitucional, que viabiliza el amparo. No se advierte cuál es la lesión o restricción que repercute en su esfera interna; no hay parte en sentido jurídico estricto. Desde otra perspectiva es importante destacar que el amparo incoado contra todo acto u omisión de autoridades públicas no puede ser interpuesto por quien también ejerza funciones públicas como sucede en la especie, al pretender los actores actuar en el carácter de concejales. La norma constitucional presupone una relación jurídico pública Administración-administrado, donde la primera actúa investida de potestad pública y el segundo impetra la nulidad del acto u omisión lesiva a fin de tutelar su de-

⁴⁷ Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina comentada* Bs. As., Zavalía, 1996, p. 236.

⁴⁸ Barra, Rodolfo, *Los derechos de incidencia colectiva en una primera interpretación de la Corte Suprema de Justicia*, ED, 169-433, ratificando su mismo criterio sustentado en *La acción de amparo en la Constitución reformada: legitimación para accionar*, LL, 1994-E-1087.

⁴⁹ CSJN, 6/9/90, LL, 1990-E-97.

recho o garantía constitucional, lesionado, restringido, alterado o amenazado, en su calidad de ciudadano o administrado. De admitirse la legitimación activa de quien está dotado de potestad pública contra quien también ejerza la función administrativa o de gobierno, implicaría desconocer el principio liminar señalado, por cuanto en esta hipótesis no habría una relación Administración-administrado, sino una vinculación Administración-Administración, es decir, inter-orgánica, regulada en este caso, por principios y normas constitucionales. Carece entonces de legitimación el peticionante para estar en juicio. En efecto, tal discrepancia se resuelve muchas veces, si correspondiere y tuviere la envergadura necesaria, mediante el procedimiento del conflicto de competencias, o directamente a través de los controles y responsabilidades fijados por el derecho constitucional⁵⁰.

Similar criterio se ha sustentado en España con otros fundamentos. Se sostiene que la falta de respuesta o falta considerada incorrecta de un gobierno a la solicitud de información de un parlamentario, es acto infiscalizable por la jurisdicción contencioso administrativa, porque no se trata de un acto administrativo, sino de un acto político parlamentario⁵¹. También se ha señalado que *“los informes o documentos que, para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, pueden recabar los diputados a la Administración pública, por conducto de la presidencia de la Asamblea Regional de Cantabria... y el deber que pesa sobre el Consejo de Gobierno y sus miembros de proporcionar a dicha Asamblea la información o ayuda que precise del mismo o de éstos, se enmarca en el ámbito de las relaciones institucionales de los poderes políticos de esta Comunidad Autónoma. Por ello los actos que se producen en el seno de estas relaciones no son actos administrativos y la eventual infracción de cualquiera de sus elementos reglados no puede someterse al control de los tribunales sin desplazar a éstos la decisión en una materia cuyo contenido es exclusivamente político parlamentario, por cuanto afecta a las relaciones institucionales entre la Cámara y el Ejecutivo, relaciones que no guardan afinidad con las que surgen como consecuencia de un acto administrativo... Se trata, más bien de un acto político, o si se quiere, político parlamentario, pero nunca administrativo, y por ello no residenciable ante los tribunales de este orden jurisdiccional”*⁵².

A veces la lucha política sale de lo que debe ser su ámbito funcional, que aun siendo muy amplio en oportunidades se escapa de sus contornos y pretende desplazarse a los tribunales. Sin embargo, las herramientas judiciales tienen sus límites.

20. El llamado “acto institucional” que directamente no agravia situaciones jurídicas subjetivas

Para Marienhoff el acto institucional no se vincula o relaciona inmediata o directamente con los administrados o particulares; se vincula con los propios órganos o poderes estatales, contemplando principalmente relaciones entre poderes públicos,

⁵⁰ TS Córdoba, “González, Guillermo y otro c/Pérez s/amparo”, sent. 50/96, voto de los doctores Sesín, Lafranconi y Tarditti.

⁵¹ TSE, 9/6/87, sent. Ar. 3778.

⁵² TSE, 15/11/88 y comentario de Embid Irujo, *La justiciabilidad de los actos de gobierno*, en “Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría”, t. III, p. 2723.

siendo por ello que los administrados no pueden impugnar el acto institucional: no son parte en el mismo, careciendo entonces de acción para cuestionarlo⁵³.

En la actualidad expresa con buen criterio Cassagne que el acto institucional es producto de la función gubernativa o política y engloba la actividad de los órganos superiores del Estado respecto de aquellas relaciones que hacen a la subsistencia de las instituciones esenciales que organiza la Constitución tanto en el derecho interno como en el internacional⁵⁴. En su concepción estos actos están excluidos de la revisión judicial, por carecer de efectos jurídicos directos sobre los particulares, reduciéndose de tal modo lo no controlable ya que la anterior categoría de actos de gobierno no se diferencia de la revisión judicial que puede tener cualquier acto administrativo.

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

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

21. El acto institucional que solamente puede ser controlado en su aplicación concretizada. La mentada devaluación

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

El Tribunal Supremo español señala que el acto de devaluación de la moneda es político aún cuando ello no tiene relevancia sobre el fallo del caso que se concreta exclusivamente en pretensiones indemnizatorias⁵⁵.

⁵³ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993, t. II, p. 755 y siguientes.

⁵⁴ Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, Bs. As., Lexis Nexis, 2003, t. II, p. 69 y siguientes.

⁵⁵ TSE, 9/1/82, sent. Ar. 235.

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

En concreto, pueden plantearse tres situaciones diversas: a) actos políticos o de gobierno susceptibles de ser controlados judicialmente cuando en un caso concreto afecten situaciones jurídico-subjetivas; b) actos políticos o de gobierno que no pueden ser anulados por trasuntar una medida de alta política relevante para el gobierno. En caso de producir perjuicios concretos, éstos sólo pueden ser indemnizados; c) actos políticos o de gobierno que no inciden en situaciones individualizadas sino que repercuten genéricamente sobre la población, en cuyo caso no son controlables judicialmente. A éstos un sector de la doctrina los llama “institucionales”.

22. Los avances de la jurisprudencia.

El procedimiento de reforma de la Constitución

Como es sabido, el poder constituyente derivado está sujeto a las reglas que establece la vigente Constitución para la reforma, a los preceptos y principios de la Constitución nacional, cuando se trata de una revisión provincial, a lo dispuesto por los tratados internacionales a los que la Nación se ha adherido, y a los derechos fundamentales del hombre, entre otros aspectos. Especial cuidado revisten los derechos adquiridos bajo la vigencia del anterior régimen constitucional⁵⁶.

Dice al respecto Rubio Llorente que “*el cambio constitucional no es una solución de continuidad en la vida del Estado, sino sólo un avatar. Al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del derecho, la Constitución opera sólo ex nunc y no deroga en absoluto las normas producidas válidamente según el modo de producción anterior. Una vez promulgada la Constitución no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionales previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas las que fueran conforme al sistema anterior*”⁵⁷.

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

Se ha señalado en el caso antes citado que “*reducir el mandato de los legisladores, más allá de la decisión final que se adopte, conforme a la postura que en su caso se recepte en función de las características y vicisitudes que predeterminan un*

⁵⁶ Este criterio amplio de control judicial dentro de los límites de la juridicidad ha sido sustentado por el TS Córdoba, 17/8/01, “García, Eduardo J. y otra s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, voto de los doctores Sesín, Kaller Orchansky, Ferrer, Tarditti, Cafure de Battistelli, Rubio, Gutiez, LLC, 2001-1111; id., 13/9/01, “Sesma, Laura J. y otro s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, A. I. 52; id., 17/9/01, “Sesma Laura J. y otro s/acción declarativa de inconstitucionalidad, A. I. 54, LLC, 2002-201; ver interesante comentario de Chiacchiera Castro, Paulina, *El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en la provincia de Córdoba. Breve análisis de los casos “García” y “Sesma” del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, SupILL Constitucional, 2/12/02*, p. 63 y siguientes.

⁵⁷ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 47.

momento histórico dado, es susceptible de agraviar un interés personal y directo, diferenciado del resto de la sociedad, por lo que ha menester la admisibilidad de la revisión judicial.

Los agravios que sufran quienes efectivamente vean acortados sus mandatos en base a las nuevas disposiciones constitucionales, no se encuentran en el carácter de meros ciudadanos a quienes el orden jurídico no les otorga legitimación alguna”⁵⁸.

Mientras en el caso “Sesma” también citado supra, se sostuvo que “toda reforma de la ley fundamental de la provincia puede ser declarada inconstitucional, si contraviene normas de superior jerarquía (Constitución nacional o leyes nacionales, art. 31, Const. nacional), si desborda el objeto de la reforma, según la convocatoria dispuesta por la Legislatura provincial (art. 196, Const. pcial.), o si los textos reformados entran en pugna con disposiciones de la propia Constitución de la provincia, de aplicación prevalente.

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

En el subexamine, el constituyente dispuso la caducidad de los mandatos de los actuales legisladores (Cláusula Transitoria Primera) y admitió una eventual reparación si así correspondiere. Al hilo de los principios y frente a esta cuestión, se ofrecen dos posibilidades: la primera conduce a reglar para el futuro con el consiguiente respeto a los actuales mandatos. Una vez finalizados los mismos, recién entra en vigencia el nuevo orden normativo. La segunda, de carácter excepcional, emerge cuando por razones de interés general, oportunidad, mérito o conveniencia debidamente justificados, se modifica el derecho objetivo con el trazo del nuevo diseño organizacional que se ha resuelto y que debe entrar en vigencia en forma inmediata. En este último supuesto resultan de aplicación los principios relacionados con la revocación de los actos estatales por razones de mérito y aún la responsabilidad del Estado por actos lícitos. Su fundamento es el principio general con base en la igualdad de las cargas públicas dispuesto por el art. 16 de la Const. nacional, que lo ha reconocido como un trascendente principio de derecho natural. La responsabilidad del Estado es objetiva, pues deriva de un acto legítimo del mismo. Cabe resaltar también que el fundamento de la reducción de los mandatos presenta analogía con la expropiación, donde el interés público prevalece respecto del privado por razones de interés público, dando origen a la obligación de indemnizar el menoscabo patrimonial pertinente. Este es el camino elegido por el constituyente de la reciente reforma en el marco de la Cláusula Transitoria Primera, que brinda la alternativa de una eventual reparación pecuniaria, si correspondiere”⁵⁹.

⁵⁸ TS Córdoba, 17/8/01, “García, Eduardo J. y otra s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, LLC, 2001-1111.

⁵⁹ TS Córdoba, 17/9/01, LLC, 2002-201, voto de los doctores Sesín y Orchansky.

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

23. Conclusión

La sujeción plena a la ley y al derecho por parte de los poderes públicos quedaría desvirtuada si los jueces no ejercen el control que inexorablemente les pertenece como guardianes de los preceptos constitucionales y sus principios axiológicos inmanentes. No se trata de invadir funciones que le corresponden al poder político sino de custodiar fielmente la prevalencia de la Constitución y sus principios por sobre las normas y actos derivados. Consecuentemente no son los jueces quienes suplantaron al poder político en este caso, sino que es la propia Constitución y sus principios que vehiculizados por el juez pasan a ser una realidad aplicada y no una verdad declamada.

Estoy en desacuerdo con quienes propugnan un control total, sustituyendo la discrecionalidad política por la judicial, porque sus principios postulan, en esencia la politización de la justicia en lugar de la juridicidad de la política. El exceso de control es susceptible de paralizar la actividad estatal y sustituir las decisiones del gobierno democráticamente elegido por la voluntad de los jueces. Empero también estoy en desacuerdo con quienes propugnan un control escaso, pues ello es pernicioso para el Estado de derecho y las garantías de los ciudadanos.

Es necesario buscar el equilibrio prudente entre lo que puede y no puede controlar el juez, enmarcados en nuestra realidad constitucional y sin caer en la utópica concepción de hacer justiciable la totalidad de la actividad estatal.

En el marco de estos principios, no se cristaliza el gobierno de los jueces sino de la efectiva supremacía de la Constitución, imponiéndose por sobre los actos secundarios que la incumplan o desvirtúen.

En conclusión, las otras doctrinas que justificaban la exclusión del control judicial de las cuestiones políticas como una manifestación de las inmunidades del poder, han quedado en desuso frente a los enfáticos preceptos constitucionales en este nuevo ciclo de reformas de las leyes supremas de nuestro país, siguiendo los modelos europeos descriptos. En efecto, se ha reforzado y ampliado el derecho de defensa en el marco de la tutela judicial efectiva con una mayor accesibilidad incluso

respecto de la legitimación para ser parte en una causa judicial (derechos subjetivos, intereses legítimos y difusos). Asimismo, se ha ampliado el principio de juridicidad que exige el pleno sometimiento de los poderes del Estado a la ley y al derecho (arts. 18; 31; 43; 75, inc. 22; 116 y conchs., Const. nacional; arts. 18; 19, inc. 9; 20; 48; 161; 165 y conchs., Const. de la Provincia de Córdoba; art. 8.1, Pacto de San José de Costa Rica; arts. 8, 9 y conchs., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8, Declaración Universal de Derechos Humanos).

En definitiva, la estrategia para el control de los actos políticos guarda cierta analogía con el control del ejercicio de la discrecionalidad. Es intenso con relación a los requisitos de juridicidad y respetuoso del núcleo interno político discrecional.

© Editorial Astrea, 2012. Todos los derechos reservados.

