

DISCRECIONALIDAD: MUERTE Y RESURRECCIÓN

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA
 Director del Instituto de Derecho Público
 de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho
 Universidad de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Introducción. II. Muerte. III. Resurrección. III.1. La presunción de legitimidad. III.2. El debido proceso. II.2.1. La aplicación de las llamadas garantías judiciales al procedimiento administrativo. II.2.2. La prohibición de arbitrariedad y el deber de motivación. Competencia y procedimiento. III.3. Más allá de la legalidad. III.3.1. La desviación de poder. III.3.2. Los criterios de convencionalidad de las decisiones que restrinjan derechos, el principio de razonabilidad. IV. Conclusión. *

I. INTRODUCCIÓN

La discrecionalidad administrativa ha tenido como principal funcionalidad la de ser excluida de la revisión judicial. Sin embargo, este “atributo” ha ido perdiendo virtualidad con el devenir del análisis jurídico. A la par, esta posible pérdida de relevancia es acompañada de un mayor protagonismo en círculos en donde, antes, la discrecionalidad no tenía más que un papel de reparto, como ser, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

II. MUERTE

Si bien se han elaborado muchas definiciones de discrecionalidad administrativa, con matices y particularidades propias¹, estimo que este concepto responde a la

* Contacto: enrique@alonsoregueira.com.ar; <https://uba.academia.edu/alonsoregueira>.

1 En este sentido, “se puede definir la discrecionalidad como una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho” (SESIN, DOMINGO J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., Depalma LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 133.).

También se ha entendido que la discrecionalidad “nunca se sitúa en el expresado plano cognitivo (el supuesto de hecho abstracto puede estar, incluso, definido por la norma legal previa vinculante para la administración), por hacerlo siempre en el volitivo, es decir, consistir en la remisión de la decisión a la administración, de suerte que la voluntad de ésta es libre para decidir: a) si, concurriendo el supuesto definido por la norma previa, actúa o no actúa (discrecionalidad

facultad normativamente conferida que tiene el órgano administrativo para ponderar

de actuación); y b) por cuál de entre las alternativas legítimas posibilitadas por la norma previa (el espacio indiferente generado por ésta) opta (discrecionalidad de elección)” (PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “La intensidad del control judicial de la administración pública: el juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad”, *RDA* 15/16, 91).

Desde un ángulo de mayor amplitud, ha sido definida como “como una facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin determinado”. “La discrecionalidad administrativa no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas, sino que puede estar residenciada asimismo en el supuesto de hecho de las mismas. De ahí que la discrecionalidad y el llamado *margen de apreciación* no constituyan dos figuras jurídicas férreamente separadas” (SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP – Marcial Pons, Madrid, 2003, ps. 220 y 221).

“La discrecionalidad es la libertad del órgano para actuar como administrador en la ejecución de la ley. Libertad limitada y encapsulada dentro de la gestión administrativa y en cumplimiento de la ley” (FIORINI, BARTOLOMÉ A. *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Alfa, Buenos Aires, 1948, p. 15). Así, “en ejercicio de la actividad ‘discrecional’, la Administración actúa con mayor libertad: su conducta no está determinada por *normas legales*, sino por la ‘finalidad’ legal a cumplir. Trátase de una predeterminación ‘genérica’ de la conducta administrativa” (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, 4a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 331).

“Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera” (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, T. I, Parte General, Buenos Aires, FDA, 2013, p. X-12). “En suma, entendemos que se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública, en tanto gestora directa o inmediata del bien común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente), todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho” (COMADIRA, op. cit., p. 108).

“En otras palabras, se concibe a la discrecionalidad como margen para optar entre diferentes conductas (indiferentes jurídicamente), una vez que en la aplicación de una norma de estructura condicional se ha verificado la presencia de un caso subsumible bajo el supuesto de hecho normativo. Esas diferentes conductas pueden ser: a) la conocida como discrecionalidad de actuación, que es la que permite a la Administración actuar y no actuar, es decir aplicar o no la consecuencia jurídica o alguna de las consecuencias jurídicas previstas como posibles por la norma habilitante, y b) la discrecionalidad de elección, o sea poder decidir entre una consecuencia jurídica u otra si la Administración opta por actuar o está obligada a ello y son varias las consecuencias jurídicas posibles” (HUTCHINSON, TOMÁS, *Derecho Procesal Administrativo*, T. I, 1ª ed., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 292).

“Así, cabe distinguir entre diversas situaciones, según las reglas preexistentes y su densidad: (a) la existencia de una regla clara y detallada sobre el ejercicio del Poder Ejecutivo, en cuyo caso la potestad es claramente reglada; (b) la inexistencia de reglas específicas, de modo que la potestad es discrecional; (c) la existencia de reglas, pero imprecisas incompletas, en cuyo caso el poder estatal es parcialmente discrecional. (...) En definitiva es una cuestión de grado, es decir, cuánto de libertades o arbitrio dejó el orden jurídico librado al Poder Ejecutivo cuando éste deba aplicar las reglas al caso concreto” (BALBÍN, CARLOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 80 y 81).

creativamente los intereses en juego y adoptar una determinada decisión entre otras igualmente válidas². En el caso de la actividad reglada, por el contrario, la densidad de las normas atributivas de facultades, no dan lugar a esa ponderación.

Como hemos adelantado, el “atributo” o funcionalidad que ha otorgado sentido, desde sus comienzos, a la teoría de la discrecionalidad administrativa es el hecho de que excluyera la posibilidad de que ella sea revisada judicialmente.

Originalmente, los actos dictados en ejercicio de esta facultad eran concebidos como actos (íntegramente) discrecionales y, por ende, no justiciables³. Sin embargo, esta especie de inmunidad fue gradualmente relativizándose⁴, de un

De este modo “en el caso de las potestades discrecionales, el ordenamiento jurídico establece algunas de las condiciones para su ejercicio y remite a una estimación subjetiva de la Administración el resto de las condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable, o bien, finalmente, en cuanto a ambos elementos, pero en todos los casos lo determinante es que aquélla no se encuentra libre para adoptar la decisión sino que tiene la posibilidad de elegir entre dos o más soluciones iguales que son indiferentes en términos jurídicos de valor.” (VINCENTI, ROGELIO W., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. El caso de los elementos reglados del acto”, publicado en esta obra).

Por otro lado, bajo la órbita del Common Law, se ha expresado que la discrecionalidad debe entenderse presente siempre que exista un poder de tomar decisiones entre cursos de acción o cuando, aunque la finalidad se encuentre especificada, puede decidirse sobre el modo en que ella deba ser alcanzada (traducción propia del original: “Discretion for de purposes of these chapters will be defined as existing where there is power to make choices between courses of action I where, even though of end is specified, a choice exists as to how that end should be reached.” CRAIG, P.P., *Administrative Law*, Thomsom, Londres, 2003, 5º ed., p. 521).

Por último, cabe recordar que también se ha entendido que existe poder discrecional cuando la autoridad administrativa tiene un extenso poder de apreciación, la posibilidad de actuar de un modo o de otro, o de tomar o no determinada decisión (traducción propia del original: “il y a pouvoir discrétionnaire lorsque les textes laissent à l’autorité administrative un large pouvoir d’appréciation, la possibilité d’agir dans un sens ou dans l’autre, de prendre ou de ne pas prendre la décision”. RIVERO JEAN y JEAN WALINE, *Droit Administrative*, Dalloz, París, 2004, 20 ed., p. 343).

2 Cabe destacar que prefiero definir a la discrecionalidad como una facultad y no como una modalidad del ejercicio de la facultad, por entender que es la figura que mejor responde a la referida ponderación creativa de intereses y el consecuente poder de decisión que se otorga al órgano administrativo. Es que, el hecho de que constituya una modalidad en el ejercicio de otras facultades y que, por ende, no pueda ser ejercida en forma autónoma o independiente de otra facultad administrativa, no desvirtúa su naturaleza ni las consecuencias jurídicas que de ella se derivan.

3 “Allí donde se daba un acto discrecional –y debemos decir que raro es el acto administrativo donde no se dé un elemento de discrecionalidad–, allí el juez, sin más, constanding el hecho de que ésta discrecionalidad estaba presente en el acto, se abstenía de entrar en el fondo del mismo” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La lucha contra las inmunidades del poder”, en *Democracia, ley e inmunidades del poder*, 2ª ed., Civitas, Pamplona, 2011, p. 33). En similar sentido, PAREJO ALFONSO, op. cit., p. 61.

4 CAMPOLIETI, FEDERICO, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en TAWIL GUIDO S. (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, 1ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 619.

modo que podría ser conceptualizado, a los fines del presente trabajo, en cuatro etapas figurativas aunque no necesariamente cronológicas.

La primera de ellas se caracteriza por el empleo de la técnica de los hechos determinantes⁵ y la de la desviación de poder⁶, que surgieron como una especie de salvoconducto judicial que permitió que los actos discrecionales puedan ser discutidos judicialmente, al menos, en cuanto a la existencia y veracidad de los hechos que le sirvieron de sustento, así como en relación con la adecuación de la finalidad efectivamente perseguida⁷.

En una segunda etapa, se pone en resalto que la existencia misma de actos enteramente discrecionales constituye una idea equívoca⁸. De este modo, se

5 El Consejo de Estado Francés reconoció primero la posibilidad de revisar la calificación jurídica de los hechos y, recién con posterioridad a esa decisión, admitió la revisión de su existencia (FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”, *RAP*, 187,145). De este modo, puede advertirse que ambas cuestiones han quedado saldadas hace ya cien años, con el *arrêt Gomel*, de 1914, y el *arrêt Camino*, de 1916, por lo que no pareciera plausible seguir discutiendo sobre el tema.

Por si cabe alguna duda, sin embargo, siempre es bueno recordar que: “Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra” (GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 40). En igual sentido, ver ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., “El control judicial de la Administración va al jardín de infantes” en AA. VV., ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (dir.), *Estudios de Derecho Público*, Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, 2013, p. 377 y ss., disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-5-alonso-espejitos.pdf>; SCHMIDT-ASSMANN, op. cit., p. 230; TAWIL, GUIDO S., *Estudios de derecho administrativo*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 200 y ss.; TAWIL, GUIDO S. Y LAURA M. MONTI, *La motivación del acto administrativo*, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 92; SESIN, op. cit., p. 305 y ss.; GORDILLO, op. cit., p. x-16 y MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la Administración Pública*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 650 y ss.

6 Para profundizar sobre esta cuestión, puede recurrirse a SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, “Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Revista Ius et veritas*, Vol. 21, N° 43, 2011, p. 265; SESIN, op. cit., ps. 44, 86, 173, 259 y ss.; GORDILLO, op. cit., p. X-29; TAWIL, *Estudios...*, op. cit., p. 6 y ss.; CAMPOLIETI, op. cit., p. 630; MAIRAL, op. cit., ps. 649 y 681; LÓPEZ MENDOZA, JOSÉ A., “Desviación de Poder”, en ALONSO REGUEIRA, *Estudios...*, op. cit., p. 299 y ss., disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>; y BÉJAR RIVERA, LUIS J., *La finalidad del acto administrativo. Estudio sobre la oportunidad y la desviación de poder del acto administrativo en el procedimiento contencioso administrativo mexicano*, RAP, Buenos Aires, 2010, p. 163 y ss.

7 Si bien estas técnicas podrían encuadrarse en etapas posteriores (ya sea dentro del control de los elementos reglados que veremos en la segunda etapa o como parte del principio de razonabilidad característico de la cuarta), entendemos que por la entidad que ellas tienen en la doctrina nacional y comparada, resulta más conveniente su mención diferenciada.

8 “En realidad, como decía M. HARIOU, no hay actos discrecionales y no discrecionales, sino elementos discrecionales de los actos administrativos, más o menos en número, y de mayor

produce una primera revelación: los actos discrecionales no existen. Todo acto administrativo, aun aquellos en donde se vislumbra una gran preeminencia de discrecionalidad, tiene aspectos reglados o no discrecionales que son justiciables⁹.

La tercera etapa emprende un nuevo paso en el camino hacia la judicialización de estas cuestiones, con teorías que pueden calificarse como de reducción

o menor importancia” (SÁNCHEZ MORÓN, op. cit., p. 264). Pues: “Cuando se define la discrecionalidad administrativa como una simple modalidad del hacer de la administración se choca con la pretendida división absoluta entre actividad discrecional y actividad reglamentada o vinculada. Clasificación hecha por simple diferenciación gradual en una misma clase de actividad, transformándose en muchas definiciones, en división substancial de las gestiones públicas. Se confunde conceptualmente pretendiéndose que la gestión reglada o vinculada es el cumplimiento automático, por parte de la administración, de las condiciones positivas impuestas en las normas; en tanto que la actividad discrecional es un hacer libre sin ninguna obligación legal. La segunda definición hurta del pensamiento el concepto primario de que la administración es ejecución de la ley. El equívoco tienda la proclividad de las consideraciones y entra en el campo de las confusiones” (FIORINI, op. cit., p. 41). En igual sentido: GORDILLO, op. cit., p. X-24 y T.V, 1ª ed., *Primeras Obras*, FDA, Buenos Aires, 2012, p. IADA-V-18; GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, *Recursos directos (aspectos sustanciales y procesales)*, 1ª ed., RAP, Buenos Aires, 2008, p. 62; SESIN, op. cit., p. 96 y TAWIL, *Estudios...*, op. cit., ps. 4 y 5.

9 En este sentido, ha sido clara la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en cuanto a que “el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto” (CSJN, 1992, “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca”, Fallos: 315:1361, considerando 10; luego ratificada, con matices, en 1997, “Solá”, Fallos: 320:2509, considerando 10 –en el cual se expresó, además, que la discrecionalidad debía someterse al examen de razonabilidad–; “Russo”, 1999, Fallos: 322:235, considerando 5; 1999, “Kohn Loncarica”, Fallos: 322:2075, considerando 5 de la Disidencia del Dr. GILLERMO A. F. LÓPEZ; 2002, “González”, Fallos: 325:3435, considerando 6 del Dictamen del Sr. Procurador General de la Nación, al que se remitió la Corte; 2008, “Schnaiderman”, Fallos: 331:735, considerando 4 del Dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, al que se remitió la Corte).

En cuanto a este punto, quisiera destacar que existen casos en los que los elementos del acto podrían ser, también, parcialmente discrecionales, por lo que, cabe precisar que son determinados aspectos –que no necesariamente responden en forma íntegra a alguno de los elementos esenciales del acto administrativo–, los que carecen de discrecionalidad. En similar sentido, cfr. SÁNCHEZ MORÓN, op. cit., p. 263; GORDILLO, T. I, op. cit., p. X-25.

También me permito precisar, aunque no sea este el lugar para abordar la discusión, que, a mi humilde entender, no todo lo que no es discrecional es reglado, puesto que a veces no son ni una cosa, ni la otra (en sentido contrario, ver: PARADA, RAMÓN, *Derecho Administrativo*, T. I, 7ª ed., *Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 102). Que el órgano administrativo deba tomar una decisión que se corresponda con hechos reales y veraces, por ejemplo, es una máxima que debe respetarse, aun si no estuviera expresamente contemplado por las normas que rijan el caso. La veracidad o corrección de los hechos es una cuestión fáctica, más o menos comprobable, pero nunca puede ser una facultad, ni discrecional, ni reglada. En sentido similar: “La llamada actividad discrecional de la Administración pública, no es contraria a la actividad reglada. Ambas no están disociadas entre sí, ni son antagónicas; antes bien, responden a un mismo fenómeno” (CORVALÁN,

de la discrecionalidad, como por ejemplo, la de los conceptos jurídicos indeterminados¹⁰ y la de la discrecionalidad técnica¹¹. Se advierte, así, la existencia de cuestiones que *pueden parecer discrecionales, pero que si se las valora en forma concreta, en cada caso particular, resultan ser regladas y, por ello, justiciables*.

En la cuarta etapa se observa que, por más discrecionalidad que contenga un acto administrativo, esta se encuentra siempre sujeta al ordenamiento jurídico y a los principios generales del Derecho¹² (en particular los de razonabilidad y no arbitrariedad)¹³. De modo que *los actos administrativos, incluso en sus aspectos discrecionales, son justiciables*.

Esta afirmación no siempre es analizada en todo su alcance pero, como ha dicho DOMINGO JUAN SESIN, significa que ya no corresponde declarar la

JUAN G., “Un nuevo enfoque sobre la discrecionalidad administrativa”, *RAP*, 351: 59).

10 Si bien esta doctrina no ha tenido una aplicación jurisprudencial que pueda calificarse de profusa en nuestro país, sí ha sido objeto de jugosos estudios doctrinarios que demuestran su valor: GRECCO, CARLOS M., “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, en GRECCO CARLOS M. Y GUILLERMO A. MUÑOZ, *Fragmentos y testimonios del Derecho Administrativo*, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Tratado en lo contencioso administrativo*, T. II, 11ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 686; CASSAGNE, JUAN C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 185; SESIN, op. cit., p. 190 y ss.; HUTCHINSON, op. cit., p. 315 y GALLEGOS FEDRIANI, op. cit., p. 95.

De igual modo, en el plano internacional, cfr. SAINZ MORENO, FERNANDO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1976; PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “El control, en especial judicial, de los poderes públicos”, en ABBONA, ANGELINA [et al.], *150 años de la Procuración del Tesoro de la Nación 1863-2013: ciclo de conferencias internacionales sobre la “evolución del derecho administrativo”*, Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 2014, p. 172 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 42 y ss. y *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª ed., Civitas – Thomson, Navarra, 2009, p. 147 y ss.; PARADA, op. cit., p. 103 y ss.; AARNIO, AULIS, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *DOXA-8* 1990, p. 24 y ss. y PAREJO ALFONSO, “La intensidad...”, op. cit., p. 90 y ss.

11 Para profundizar sobre esta cuestión, puede recurrirse a: MAIRAL, op. cit., p. 649 y “Control judicial de las políticas públicas”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), Buenos Aires, 2004, p. 327; COMADIRA, op. cit., p. 115 y ss. y CAMPOLIETI, op. cit., p. 630.

12 Cfr. REQUENA LÓPEZ, TOMÁS, “Ideas en torno a una expresión falaz: El control de la discrecionalidad administrativa”, en AA. VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996, p. 93; GORDILLO, op. cit., T. I, ps. VI-31 y ss., X-26, X-29 y ss. y T. VII, *Primeros Manuales*, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2014, ps. VII-1 y VII-2; LINARES, JUAN F., *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2010, ps. 138 y 139; PAREJO ALFONSO, “La intensidad...”, op. cit., p. 66; GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha...”, op. cit., p. 50; SAINZ MORENO, op. cit., p. 350; PARADA, op. cit., p. 427; SESIN, op. cit., 340 y ss.; TAWIL, *Estudios...*, op. cit., ps. 16 y 17 y GARCÍA PULLÉS, op. cit., p. 688.

13 Dos conceptos que, si bien se encuentran lejos de ser idénticos, es habitual que se los utilice en forma indistinta. En este sentido, vale aclarar que, si bien todo lo irrazonable es arbitrario, también entra dentro de esta última noción, el acto o decisión adoptada sin fundamentación o motivación.

inadmisibilidad de una pretensión dirigida al control de lo discrecional, ni como *prius* ni como *posterius*. Ni al momento de analizar la procedencia formal del

Es más, esta última acepción ha sido tomada por TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ como el eje de su teoría del control del poder discrecional (FERNÁNDEZ, “Sobre los límites...”, op. cit., p. 146).

En similar línea argumentativa, cabe destacar lo explicado en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA, “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, Barcelona, In Dret, 1/2015. Ya “no recae sobre el recurrente la carga de argumentación y prueba de la arbitrariedad de la decisión, sino que es la Administración la que debe justificar que la decisión administrativa se ha adoptado conforme a criterios que se encuentran en el expediente. Si no consta expresamente que, a lo largo del procedimiento, la decisión administrativa se ha ido concretando conforme a razones y criterios convincentes, esta simple circunstancia es suficiente para que la decisión se declare inválida y se devuelva a la Administración. Obviamente, además, no es admisible que la Administración pretenda aportar por primera vez en el proceso una motivación con la que no se trabajó en el expediente, ni —mucho menos— corresponde al órgano judicial reconstruir la decisión administrativa descubriendo en el proceso criterios de motivación que la Administración no explicitó en el procedimiento”.

Para analizar el alcance del examen de razonabilidad, me remito a lo ya explicado en ALONSO REGUEIRA, “El control judicial...”, op. cit., p. 381 y ss. Puntualmente, sobre el principio de proporcionalidad, cfr. ALEXY, ROBERT, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, Ratio Juris. Vol. 16, 02/06/03, p. 131-40; “On the Structure of Legal Principles”, Ratio Juris, Vol. 13, 3-9-00, p. 297 y *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cap. III, § 8, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, ps. 111-5; BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007; SANDULLI, ALDO, *La Proporzionalita dell’azione amministrativa*, 1ª ed., CEDAM, Padova, 1998, en particular, cap. III, Sezione Terza, § 4, ps. 371 y 2; BEILFUSS GONZÁLEZ, MARKUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p. 53 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, VICENTE, *El concepto de necesidad en el derecho público*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 448-518; ALVES DA FROTA, HIDEMBERG, *O Princípio tridimensional da proporcionalidade no direito administrativo: um estudo à luz da principiologia do direito constitucional e administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira*, Editora GZ, Río de Janeiro, 2009; BENVINDO ZAIDEN, JULIANO, *On the limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, Berlin Heidelberg, Springer, 2010, p. 83 y ss.

Por último, en el país, puede consultarse CLÉRICO, LAURA, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, 1ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2009; CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 1ª ed., Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004; GRECCO, CARLOS MANUEL Y GUGLIELMINETTI, ANA PATRICIA, “El principio de Proporcionalidad en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina (Glosas preliminares)”, en Documentación Administrativa, Nos. 267-268, El derecho administrativo en Argentina: Situación y tendencias actuales (I), Madrid, Septiembre 2003 - Abril 2004; y ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., “El examen de necesidad ¿razonabilidad o conveniencia?”, *ED*, 2008, 647, disponible en <https://uba.academia.edu/alonsoregueira> y “Comentario al artículo 30 de la CADH”, en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 535-539, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/030-alonso-regueira-restricciones-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>

proceso, ni al momento de resolver el fondo de la cuestión. El juez debe valorar si el acto administrativo se ajusta al orden jurídico y, en caso afirmativo, declarar su validez y rechazar la pretensión¹⁴. *La discrecionalidad, entonces, habría dejado de ser no justiciable; sólo podría ser declarada válida o inválida*¹⁵.

¿Es esta conclusión la estocada que, como anunciara el título del presente trabajo, permitirá que la discrecionalidad finalmente descansa en paz? Probablemente no; sin embargo, el hecho de que la discrecionalidad no sea ya considerada como una cuestión ajurídica y no justiciable tiene una entidad que no puede dejar de ser tenida en cuenta por el intérprete¹⁶. Pues, finalmente, la discrecionalidad ha perdido ese “atributo” o “funcionalidad” original orientada a definir qué puede controlar el juez.

Personalmente, tampoco creo que tenga una mayor utilidad al momento de explicar cómo ha de encausarse su control judicial. En las aulas enseñamos que primero se debe valorar la legalidad de las cuestiones regladas y luego la legitimidad o razonabilidad de las discrecionales, de modo que, frente a la discrecionalidad, debe prestarse especial atención a la valoración de los hechos determinantes y a que se haya cumplido con el deber de motivación y/o con el principio de razonabilidad.

Esta tesis, sin embargo, pareciera olvidar que también deben analizarse tales cuestiones respecto de los aspectos reglados del acto. El acto administrativo que se sustenta en hechos falsos, que se encuentra motivado en forma insuficiente

14 SESÍN, op. cit., p. 41. Puntualmente, allí se expresa que “... jamás puede haber inadmisibilidad de lo discrecional o lo político, como *prius* ni como *posterius*. Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso, desestimación de la pretensión, al resolverse que la discrecionalidad o la actividad política ejercida es producto del orden jurídico. Con tal estrategia se cumplimenta el derecho a la tutela judicial efectiva (...) Avanzar más allá, pretendiendo sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo discrecional implicaría traspasar los límites de la jurisdicción y entrar en la llamada zona de reserva de la administración, ultrajando la división de poderes”. De tal modo: “La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad de las pretensiones” (Ibíd., p. 106).

15 En similar sentido: “El criterio es simple y por demás claro, todos los actos estatales deben sujetarse al control de los jueces y éstos pueden invalidar o no el acto estatal, según su conformidad con el modelo jurídico” (BALBÍN, op. cit., p. 72). “El juez no puede excluir el análisis de la causa *a priori*, excepto que deba rechazarla in limine por alguna causa objetiva prevista; debe analizar en profundidad la causa y resolver en el fondo –excepto que haya alguna defensa previa del demandado que sea procedente– para decidir, mediante un juicio de valor en el cual controla la adecuación o no de la conducta administrativa a la jurisdicción. Lo discrecional queda libre de censura (siempre que no contradiga la jurisdicción) no de control judicial” (HUTCHINSON, op. cit., p. 340).

16 “Se presenta así como un carácter rituario y adjetivo, no sustancial, la expresión *control de la discrecionalidad administrativa*: -No aporta ningún instrumento nuevo en el control de la actividad administrativa, consistente en el examen de legalidad de aquélla. -No presenta en ese examen, en consecuencia, diferencia alguna sustancial respecto al que se realiza sobre la calificado como actividad reglada” (REQUENA LÓPEZ, op. cit., p. 93).

o resulta irrazonable, será siempre inválido, sin importar los aspectos discrecionales o reglados que tenga¹⁷.

De este modo, podría argumentarse que si la discrecionalidad administrativa ya no incide en el *qué* se controla ni en el *cómo*, sí lo hacen en el *hasta dónde*, de modo de permitir que el juez anule el acto pero nunca que sustituya a la Administración en sus facultades propias o discrecionales¹⁸.

Sin embargo, no debe soslayarse que las cuestiones relacionadas con el alcance del control y la prohibición de sustitución constituyen, hoy, temas polémicos, en los que pareciera haber menos acuerdos que desacuerdos¹⁹.

Es más, sobre este punto, quisiera dejar planteada una duda que aún no puedo responder. ¿La prohibición que recae sobre la actividad jurisdiccional de

17 En este sentido, se ha dicho que: “Estos límites negativos que vinculan la actividad administrativa no son, por lo tanto, específicos de la discrecionalidad, sino de toda la gestión administrativa; trátese de la que actúe en forma reglamentaria como de la que actúe libremente” (FIORINI, op. cit., p. 91). “En realidad, debiera hablarse de control de la legalidad (o juridicidad) de la actividad de la Administración, sin más. (...) Por tanto, en ningún caso el objeto del control puede ser la actividad discrecional de la Administración en cuanto tal; puede consistir y de ordinario consiste en la comprobación de que éste respeta los límites a que está sujeta. Y considerando que juegan de modo sustancialmente idéntico para la actividad reglada, aquel examen no debe condicionarse previamente por la idea de la discrecionalidad, sino que ha de efectuarse sin distinciones respecto de la reglada. Debe hablarse de control, fiscalización, enjuiciamiento, del proceder administrativo, sin más aditamentos” (REQUENA LÓPEZ, op. cit., ps. 95 y 92).

18 En cuanto a este punto, ver ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., “El control judicial”, op. cit., ps. 388 y 389; PAREJO ALFONSO, “La intensidad...”, op. cit., p. 87; SESIN, op. cit., ps. 69, 114, 190, 215 y ss.; GALLEGOS FEDRIANI, op. cit., p. 87 y ss.; GARCÍA PULLÉS, op. cit., p. 690 y ss. y MAIRAL, *Control judicial de la Administración...*, op. cit., p. 652.

19 En este sentido: “Resulta extraño que mientras en el proceso judicial se efectúan numerosos esfuerzos tendientes a precisar lo reglado y lo discrecional para marcar en cada caso la intensidad del control, en el ámbito doctrinal, al dársele mayor importancia a la disputa por la extensión de una u otra, o de predominio de una sobre otra, se descuida un tema de tanta trascendencia como es la determinación de sus zonas limítrofes; tal delimitación dista de ser bizantinismo teórico: permitiría establecer con certeza hasta dónde puede llegar el juez en su contenido jurisdiccional” (SEGIN, op. cit., p. 174; también cfr. PAREJO ALFONSO, “La intensidad...”, op. cit., p. 64; GORDILLO, op. cit., T. 1, p. VI-40 y ss.; Cassagne, op. cit., ps. 175 y 215; HUTCHINSON, op. cit., p. 285; GARCÍA PULLÉS, op. cit., p. 677 y GUSMÁN, ALFREDO SILVERIO, “De nuevo sobre la discrecionalidad administrativa y su revisión judicial”, *El Derecho*, Buenos Aires, 2007, p. 495).

Como testimonio de los mencionados desacuerdos, pueden señalarse las siguientes afirmaciones: (i) “Por lo demás, sobre este tema se ha dicho que “De esta suerte, el juez, al amparo de la tradición de reducción de la discrecionalidad, recaba para sí la definición de la frontera entre la legalidad y la oportunidad. Las consecuencias posibles saltan a la vista: al poder administrativo para decidir desde criterios de oportunidad se suma el poder del juez para hacer lo propio. Y el resultado no es otro que la inexistencia de certeza y objetividad ni siquiera en el control judicial, pues la intensidad de éste no depende ya de la definición objetiva de dicho control, sino de la apreciación que el juez tenga de su papel en cada caso. (...) Pero, además, se olvida también que, en la Constitución, el principio de interdicción de la arbitrariedad está referido, tanto por su ubicación sistemática (título preliminar),

sustitución de las facultades propias de la Administración nace, técnicamente, como consecuencia del instituto de la discrecionalidad o, en realidad, lo excede y es independiente de éste?

Pongamos un ejemplo que, por grosero, puede ser ilustrativo. Si una mujer se casara con un niño de 8 años, el juez podría declarar la nulidad del matrimonio, pero no podría decretar en su sentencia que se case con el hermano mayor del niño. Sin embargo, lo cierto es que si ninguna persona legitimada planteara la cuestión en sede judicial, el juez ni siquiera podría decretar dicha nulidad. En ninguno de los casos la limitación del juez se fundamentaría en la prohibición de sustituir las facultades propias de la Administración, sino, simplemente, en que el juez no tendría la facultad para tomar dicha decisión.

Entonces, quizás, podría cambiarse el prisma, analizar estas cuestiones desde otro punto de vista y, probablemente, arribar a resultados similares, pero con independencia de la teoría de la discrecionalidad.

Si este fuera el caso, podría decirse que la revisión judicial del actuar administrativo no encuentra su límite en las facultades propias o discrecionales de los otros poderes constituidos, sino en los límites propios e intrínsecos de la jurisdicción que, como cualquier otra facultad, también es concedida y limitada normativamente²⁰.

Por último, pareciera que se está iniciando una quinta etapa que viene a sellar la defunción de, al menos, la mencionada funcionalidad original de no

como por su misma formulación, a todos los poderes públicos sin distinción y, por tanto, desde luego para el administrativo, pero también para el judicial. Consecuentemente, por sí mismo y directamente no constituye un argumento válido para determinar el control de este último sobre el ejecutivo-administrativo" (PAREJO ALFONSO, "La intensidad...", op. cit., ps. 62 y 66); (ii) "En definitiva, el problema es, en buena parte, de prueba" (FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *De la arbitrariedad de la administración*, 5ª ed., Civitas – Thomson, Pamplona, p. 102); (iii) "Lo que en ningún caso debe hacerse, es partir apriorísticamente de la solución que puede parecer más lógica o más razonable, o de la reclamada por los recurrentes para reducir a la nada la discrecionalidad en los casos en que verdaderamente ésta existe" (SÁNCHEZ MORÓN, op. cit., p. 269).

Por último, también se ha dicho que "el derecho a una buena administración (y la obligación jurídica derivada del mismo para la Administración) provoca que el núcleo metajurídico de la discrecionalidad deje de ser 'indiferente' para el Derecho, en el sentido que éste no sólo limita y encuadra su ejercicio mediante los elementos reglados y los principios generales del Derecho, sino que, además, ofrece principios que orientan en positivo su desarrollo (los ya vistos) y mecanismos (señaladamente el procedimiento administrativo y la motivación, aunque no únicamente) que permiten articular tales principios de buena administración por la Administración y su posterior control judicial no sólo en garantía de los derechos e intereses de los interesados, sino también, y a la vez, en defensa de la buena administración" (PONCE SOLÉ, JULI, "¿Adecuada protección judicial del derecho a una buena administración o invasión indebida de ámbitos constitucionalmente reservados al gobierno?", *Revista de Administración Pública*, N° 173, mayo/agosto de 2007, ps. 244 y 245).

20 "Porque siempre que se aborda la función del control judicial del poder se suele hacer desde la perspectiva del sometimiento del Estado al derecho, contraponiendo así juez y Estado

justiciabilidad que ostentaba la discrecionalidad. Pues, la Justicia ha comenzado a dejar de limitar su análisis a la validez del actuar discrecional. Ha dado un paso más allá para valorar, también, la validez o constitucionalidad de la extensión con la que las normas han atribuido dicha discrecionalidad²¹.

III. RESURRECCIÓN

Como hemos adelantado, el hecho de que la discrecionalidad pueda estar perdiendo relevancia desde el punto de vista teórico no quiere decir que lo mismo suceda en el plano jurídico práctico, quizás todo lo contrario.

En la Argentina, desde que la reforma constitucional de 1994 ha elevado la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)²² al rango constitucional, el intérprete ha prestado cada vez mayor atención a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³. Paulatinamente, dicho Tribunal también ha comenzado a interesarse, con creciente profundidad, en los límites

y olvidando, por tanto, que el juez es también un poder público del Estado, es Estado” (PAREJO ALFONSO, “La intensidad...”, op. cit., p. 60). Es que: “El conocimiento judicial determinado por el objeto del proceso no es, sin embargo, el control (en sentido estricto) de la “actuación” anterior “impugnable”, sino el o las pretensiones deducidas (de entre las previstas en los arts. 31 y 33) en relación con o a propósito de dicha actuación (arts. 1 y 33 LJCA)” (PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “La vigilancia, la supervisión y el control administrativos. (reflexiones sobre su formación, evolución y situación actual)”, publicado en esta obra).

21 Tal es el caso un reciente precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en donde se entendió: “Que de acuerdo con los principios constitucionales y convencionales enunciados, el derecho de toda persona a ser juzgada por un juez independiente exige que el régimen de subrogación no deje librada la elección al arbitrio de la autoridad de turno” (CSJN, 04/11/2015, “Uriarte Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad”, Causa FLP 009116/2015/CS001).

Este nuevo paso, como en un eterno retorno, hace replantearse las palabras de WADE en cuanto a que: “It used to be thought to be classical constitutional doctrine that wide discretionary power was incompatible with the rule of law. But this dogma cannot be taken seriously today, and indeed it never contained much truth. What the rule of law demand is not that wide discretionary power should be eliminated, but that the law should be able to control its exercise” (WADE, H. W. R., *Administrative law*, Oxford, 1986, p. 347, citado por CASARINI, LUIS, “Discrecionalidad administrativa, control judicial y Estado de Derecho [A propósito de un interesante fallo de la Corte Suprema]”, *ED*, 2004, 296).

22 Ver ALONSO REGUEIRA, *La Convención Americana*, op cit., disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-alonso-regueira.php>

23 CORVALÁN, JUAN G., “Reconfiguración de las bases del poder público, a propósito de la relación entre la división de poderes y la justicia contencioso administrativa”, *RDA*, 83:1546; BIANCHI, ALBERTO B., “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, *LL*, 2010-E, 1090; SESIN, op. cit., p. 68.

convencionales a la discrecionalidad administrativa o, dicho esto de otro modo, en el control de convencionalidad de la discrecionalidad administrativa²⁴.

Desde el año 1984, la Corte Interamericana ha reconocido que “el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados”²⁵, pero recién se ha detenido en el tema del control de la actividad administrativa discrecional en el año 2001, en el conocido “Caso Baena”²⁶ (tantas veces citado por nuestra propia Corte Suprema de la Nación²⁷). Este precedente ha importado “un paso significativo en el concierto internacional”²⁸, ya que constituye el punto de quiebre a partir del cual se inicia una línea jurisprudencial que versa, directa o

24 Ver BESTARD, ANA MARÍA, “El control de los actos del Estado. Control de constitucionalidad y de convencionalidad”, publicado en esta obra.

25 Puntualmente, la Corte afirmó que: “La nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos.” “En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana” (*Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 32 y 35. Nótese que este precedente no ha perdido vigencia, en tanto ha sido ratificado por la propia Corte IDH en el “Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas”, sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C 282 [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], párr. 255. En igual sentido, puede verse Corte IDH, “Caso Casitllo Petruzzi y otros”, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, 52, párr. 101; “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, Sentencia de 6 de febrero de 2001 [Reparaciones y Costas], Serie C No. 74, párr. 89; y “Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”, Sentencia de 08/09/2005, Serie C No. 130, párr. 138).

26 Corte IDH, “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 72.

27 CSJN, 2005, “T., R.A.”, Fallos: 328:4832, considerando 4; 2007, “Madorrán”, Fallos: 330:1989, considerando 8; 25/11/2008, “Asociación de Trabajadores del Estado (A.T.E.) c/Estado Nacional y otro s/cumplimiento de recomendación de la O.I.T.”, Causa A. 386. XXXVII ORI, considerando 6 y 8; 2009, “Arriola”, Fallos: 332:1963, considerando 35; 2010, “Ramos”, Fallos: 333: 311, considerando 9; 2010, “Álvarez Maximiliano”, Fallos: 333:2306, considerando 8; 2012, “Losicer”, Fallos: 335:1126, considerando 8; 06/08/2013, “Carranza Latrubesse Gustavo c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia del Chubut s/ Proceso de conocimiento”, Causa C. 568. XLIV. RHE, considerando 5; 09/09/2014, “Ledesma Florencio c/Citrus Batalla SA s/ sumarísimo”, sentencia de 9 de septiembre 2014, Causa L. 263. XLV. REX, considerando 6; 07/07/2015, “Meynet, Alvaro Javier s/queja en: Consejo de la Magistratura s/solicitud ley 3491 (Dr. ALVARO J. MEYNET - Causa “Kielmasz)”, Causa M. 869. XLVIII. REX, considerando 10.

28 SESIN, op cit., p. 106.

indirectamente, sobre el tema²⁹ y que constituye, por ende, el cimiento del análisis que aquí ensayo.

Allí, la Corte acuñó la expresión que, casi a modo de estandarte, ha regido la jurisprudencia interamericana en la materia: “[L]a discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos”³⁰.

Expresión que resulta coherente con la idea de que, en definitiva “[l]a separación de poderes guarda una estrecha relación, no solo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos”³¹. Pues, el ejercicio del poder con sujeción al Estado de Derecho es un elemento esencial y constitutivo de la democracia representativa, tal como lo dispone el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de septiembre de 2001³².

29 Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151; “Caso de las Niñas Yean y Bosico”, op. cit.; “Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela” (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182; “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184; “Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C No. 227; “Caso López Mendoza vs. Venezuela” (Fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C No. 233; “Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de agosto de 2013, Serie C, No. 266; “Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de agosto de 2013, Serie C No. 268; “Caso “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C. No. 293 y “Caso López Lone y otros vs. Honduras” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C. No. 302.

30 En este sentido, la Corte señaló que: “En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados” (Corte IDH, “Caso Baena”, op. cit., párr. 126 y “Caso Chocrón Chocrón”, op. cit., párr. 115). Con menos precisión, en el “Caso Vélez Loor vs. Panamá” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 141 expresó que “la actuación de la administración en casos de este tipo tiene límites infranqueables, entre los que ocupa un primerísimo lugar el respeto de los derechos humanos, por lo que se torna necesario que su actuación se encuentre regulada”.

31 Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos)”, op. cit., párr. 221.

32 Corte IDH, “Caso López Lone”, op. cit., párr. 150. Asimismo, en el párr. 151 se expresó que: “La Carta Democrática Interamericana hace entonces referencia al derecho de los pueblos a la democracia, al igual que destaca la importancia en una democracia representativa de la participación permanente de la ciudadanía en el marco del orden legal y constitucional vigente y señala

III.1. *La presunción de legitimidad*

En este sentido, la Corte ha explicado que “las actuaciones de las autoridades estatales están cubiertas por una presunción de comportamiento conforme a derecho. Y por ello una actuación irregular por parte de las autoridades estatales tiene que aparecer probada, a fin de desvirtuar dicha presunción de buena fe”³³.

Sin embargo, también admitió la existencia de determinadas circunstancias que parecieran relativizar este principio. Tal sería el caso de las restricciones al derecho a la información, en el cual el principio de máxima divulgación establece la presunción de que toda información es accesible, por lo que correspondería al Estado demostrar que las restricciones que establezca cumplan con los requisitos convencionales³⁴. Otro ejemplo puede encontrarse en los casos en los que las restricciones se vinculan con el derecho a la igualdad de categorías sospechosas, es decir, por una discriminación basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social³⁵.

III.2 *El debido proceso*

El artículo 8 de la Convención, titulado “Garantías Judiciales”³⁶, “consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto por un conjunto

como uno de los elementos constitutivos de la democracia representativa el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho”.

33 Corte IDH, “Caso de la Corte Suprema de Justicia, op. cit., párr. 173; “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos)”, op. cit., párr. 210 y “Caso Granier”, op. cit., párr. 189.

34 En Corte IDH, “Caso Claude Reyes”, op. cit., La Corte observa que en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones” (párr. 92). Por ende: “Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos” (párr. 93).

35 Corte IDH, “Caso Granier”, op. cit., párr. 228: “La Corte resalta que tratándose de la prohibición de discriminación por una de las categorías protegidas contempladas en el artículo 1.1 de la Convención, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”.

Cabe destacar que la postura adoptada en el citado precedente resulta coincidente con la que adoptara la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, en CSJN, 2004, “Hooft”, Fallos 327:5118; 2006, “Gottschau”, Fallos 329:2986; 2008, “Mantecón Valdez”, Fallos 331:1715; 2009, “Partido Nuevo Triunfo”, Fallos 332:433; 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ EN Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, Causa R. 401. XLIII, y 04/12/2012, “Asociación Magistrados y Funcionarios c/ E.N. Ley 26.372 artículo 20 s/ amparo ley 16.986”, Causa A. 910. XLVI.

36 Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos³⁷.

Esta norma ha sido una herramienta de gran eficacia en la revisión de la discrecionalidad administrativa ya que, además de la importancia que tiene el respeto del derecho de defensa en general, la Corte ha derivado de ella importantes principios, como la prohibición de arbitrariedad, el deber de motivación y la obligación de que el órgano que emita el acto sea competente y de que siga el procedimiento establecido.

III.2.1. La aplicación de las llamadas garantías judiciales al procedimiento administrativo

¿Cómo puede ser que se emplee un precepto convencional destinado a los procesos judiciales para la revisión del ejercicio discrecional del actuar administrativo?

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Ver THEA, FEDERICO, “Comentario al artículo 8 de la CADH” en ALONSO REGUEIRA, *La Convención Americana...*, op. cit., ps. 127 a 166, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/008-thea-garantias-judiciales-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>

37 Corte IDH, “Caso Chocrón Chocrón”, op. cit., párr. 115, con cita de con cita del “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 69, y “Caso Vélez Loo”, op. cit., párr. 142. Véase también, “Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 27. En similar sentido, en el “Caso Claude Reyes”, op. cit., párr. 116, la Corte estimó que: “El artículo 8 de la Convención Americana se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”.

Es que, si bien estas garantías han sido calificadas por la Convención como “judiciales”, la jurisprudencia de la Corte es conteste en que su alcance no debe limitarse a ese tipo de procesos. De modo que las prescripciones contenidas en el citado artículo 8.1 deben ser respetadas por cualquier autoridad pública, sea personal o colegiada³⁸, sea administrativa, legislativa o judicial³⁹; en las decisiones en las que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales o que determinen derechos⁴⁰ de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter⁴¹; así

38 “El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos” (Corte IDH, “Caso Claude Reyes”, op. cit., párr. 118).

39 “Este Tribunal ha señalado que es exigible a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, que adopte dichas decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal.” De modo que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana” (“Caso Chocrón Chocrón”, op. cit., párr. 115, con cita de “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”. Competencia, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55, párr. 71; “Caso Escher y otros vs. Brasil” [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia de 6 de julio de 2009, Serie C No. 200, párr. 139 y “Caso Vélez Loor”, párrs. 141 y 142).

40 Al respecto, este Tribunal ha señalado que: “Todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. El artículo 8.1 de la Convención, que alude al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, es igualmente aplicable al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos” (Corte IDH, “Caso Apitz”, op. cit., párr. 46).

41 “De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar ‘las debidas garantías’ que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. El incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha disposición convencional” (Corte IDH, “Caso Claude Reyes”, op. cit., párr. 117, con cita de Corte IDH, “Caso Yatama vs. Nicaragua” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 148-164; y “Caso Baena”, op. cit., párrs. 127-134).

Por último, también ha sentado que “todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana” (Corte IDH, “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 111, con cita de “Caso Ivcher Bronstein”, op. cit., párr. 104, y “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú” [Fondo...], op. cit., párr. 71).

como en los procedimientos administrativos en general⁴² y los sancionatorios en particular⁴³.

Pues:

“De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”⁴⁴.

Por lo demás, también cabe recordar que la Corte ha entendido que las garantías receptadas por el artículo 8.2 no se aplican sólo en materia penal, sino que corresponde extender su alcance a los supuestos establecidos en el 8.1, respecto de cualquier determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter⁴⁵.

42 *Ibíd.* Ver asimismo, Corte IDH, “Caso Claude Reyes”, *op. cit.*, párr. 119, con cita de Corte IDH, “Caso Yatama”, *op. cit.*, párr. 149; “Caso Ivcher Bronstein” *op. cit.*, párr. 105; y “Caso Baena”, *op. cit.*, párr. 124).

43 En tal sentido, la Corte afirmó que: “Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (“Caso Baena”, *op. cit.*, párr. 124; lo cual luego fuera reafirmado en el “Caso López Mendoza”, *op. cit.*, párr. 111).

44 Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos)”, *op. cit.*, párr. 166.

45 En este sentido, la Corte ha observado que “el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes” (“Caso Baena”, *op. cit.*, párr. 125). En este sentido, cabe destacar que el citado precedente ha establecido una doctrina que, por algún tiempo, se ha entendido como de futuro incierto por ser “altamente controversial que incluso ha dividido a los jueces de la Corte” (ver SALMÓN, ELIZABETH Y CRISTINA BLANCO, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1ª ed., Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Cooperación Alemana al

De este modo, cabe coincidir con la conclusión que formularan SALMÓN y BLANCO, en el sentido de que: “Las garantías del debido proceso se extienden a todo acto emanado del Estado que pueda afectar derechos”⁴⁶.

Esta postura, sin embargo, podría verse modulada en el supuesto de autoridades no judiciales, respecto de las cuales se ha dicho que no le son exigibles las garantías receptadas en el artículo 8.1 de la CADH “propias de un órgano

Desarrollo Agencia de la GIZ, Lima, 2012, ps. 87 y 88). Sin embargo, ha terminado por consolidarse en el “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos), en donde se ratifica que “... a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal” (op. cit., párr. 166, con cita con cita del “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú” [Fondo...], op. cit., párrs. 70).

46 SALMÓN Y BLANCO, *El derecho...*, op. cit., ps. 84 a 86; donde, además, precisan que: “La Corte Interamericana, como también la Comisión en el ejercicio de sus funciones, ha planteado el razonamiento de manera consistente en un conjunto de supuestos que no dejan duda acerca de la creación de un verdadero estándar jurisprudencial en la materia. De esta manera, la Corte se ha pronunciado sobre el proceso de titulación de tierras de un pueblo indígena, el proceso administrativo sancionatorio de carácter laboral (Cf. Corte IDH, ‘Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 2 de febrero de 2001; y ‘Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 27 de noviembre de 2008), uno relativo a la cancelación de nacionalidad (Cf. Corte IDH, ‘Caso Ivcher Bronstein vs. Perú’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 24 de septiembre de 1999), procesos seguidos por órganos electorales sobre la inscripción de candidatos (Cf. Corte IDH ‘Caso Yatama vs. Nicaragua’ [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 23 de junio de 2005), los que determinan la situación migratoria de un extranjero (Cf. CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116. 22 de octubre de 2002), procesos disciplinarios de fuerzas armadas o policiales (CIDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos* OEA/Ser.L/V/II.5. 31 de diciembre de 2009), procedimientos decisorios de entrega de información pública (Corte IDH, ‘Caso Claude Reyes y otros vs. Chile’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 19 de septiembre de 2006), la inhabilitación política (Corte IDH, ‘Caso López Mendoza vs. Venezuela’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 1 de septiembre de 2011), las labores de una comisión decisoria sobre prestaciones económicas (Corte IDH, ‘Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 13 de octubre de 2011) y hasta a un procedimiento de juicio político llevado a cabo por el Congreso de la República para destituir magistrados del Tribunal Constitucional (Cf. Corte IDH, ‘Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú’ [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia del 31 de enero de 2001). En este sentido, no cabe una lectura restrictiva o literal de las ‘garantías judiciales’ del artículo 8 de la Convención centrada exclusivamente en los procesos judiciales, sino que su interpretación remite a su aplicación en ‘todas las instancias procesales’ (Corte IDH, *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* [arts 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC- 9/87 del 6 de octubre de 1987)”.

jurisdiccional”, aunque “sí debe[n] cumplir con aquellas destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”⁴⁷.

III.2.2. La prohibición de arbitrariedad y el deber de motivación

De este modo, una de las garantías más interesantes que la Corte ha derivado del artículo 8.1 de la CADH es la prohibición de que las decisiones que se adopten en los procedimientos administrativos (es decir, los actos administrativos) resulten arbitrarias⁴⁸. Pues: “La salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”⁴⁹.

Como corolario de ello, se deriva el deber de que dichas decisiones se encuentren motivadas o fundamentadas. Dicho esto de otro modo, “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”⁵⁰.

La primera vez que se planteó que el deber de motivación constituía una exigencia convencional, en tanto se encontraba entre las garantías mínimas receptadas por el artículo 8.1 fue en el “Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú” (2004), pero allí, la Corte IDH “optó por una posición formalista y distante, en tanto no ingresó a analizar la calidad de la motivación”, por lo que puede decirse que fue recién al siguiente año, en el “Caso Yatama vs. Nicaragua”, que hizo efectivo por primera vez este deber⁵¹.

Sin embargo, tuvimos que esperar hasta el año 2008, en el “Caso Apitz”, para que dejara sentado, en forma expresa, que “el deber de motivación es una de

47 Corte IDH, “Caso López Lone”, op. cit., párr. 207 y “Caso Claude Reyes”, op. cit., párr. 120, con cita de Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne”, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 216; y “Caso Yatama”, op. cit., párr. 152. Así como de “García Ruiz v. Spain” [GC], no. 30544/96, § 26, ECHR 1999-I; y Eur. Court H.R., “Case of H. v. Belgium”, Judgment of 30 November 1987, Series A no. 127-B, párr. 53.

48 Tal como adelantáramos, la Corte expresó: “Cuando una autoridad pública adopte decisiones que determinen derechos ‘debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria’” (Corte IDH, “Caso Claude Reyes”, op. cit., párr. 119).

49 Corte IDH, “Caso Claude Reyes”, op. cit., párr. 129.

50 Corte IDH, “Caso Claude Reyes”, op. cit., párr. 120; “Caso Apitz”, op. cit., párr. 78; “Caso Chocrón Chocrón”, op. cit., párr. 118 y “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 141; en similar sentido, ver “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C No. 170, párr. 107 y “Caso Tristán Donoso vs. Panamá” (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 293, párr. 153.

En cuanto a este punto, es de destacar que JUAN C. CASSAGNE también ha entendido que la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece la prohibición de arbitrariedad como límite a la discrecionalidad administrativa, aunque apunta, para ello, a lo prescripto por sus artículos 4.1 7.3, 11.2 y 20.3 (CASSAGNE, op. cit., p. 94 y nota 93).

51 SALMÓN Y BLANCO, *El derecho...*, op. cit., ps. 233 y 236, con cita de Corte IDH, “Caso

las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso”⁵². Inició, así, un camino jurisprudencial que sigue hasta estos días⁵³ y que dio lugar a reconocer que, en definitiva, la discrecionalidad no fundamentada transforma el acto administrativo en un acto arbitrario⁵⁴.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de este deber?⁵⁵

La Corte definió la motivación como “la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”⁵⁶ y precisó que, en tal sentido,

Lori Berenson Mejía vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párrs. 175 a 181 y “Caso Yatama”, op. cit., párr. 152)

52 Corte IDH, “Caso Apitz”, op. cit., párr. 78.

53 “Caso Chocrón Chocrón”, op. cit., párr. 118 y “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 141; en similar sentido, ver “Caso Tristán Donoso”, op. cit., párr. 153; “Caso Suárez Peralta vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C No. 261, párr. 109; “Caso J. vs. Perú” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 224 y “Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 17 de noviembre de 2015, Serie C No. 306, párr. 151.

54 En este sentido, puntualmente expresó: “En el presente caso, aun cuando la Corte no pudo concluir que el acto que dejó sin efecto el nombramiento de la señora **CHOCRÓN CHOCRÓN** tuviera naturaleza sancionatoria (*supra* párr. 116), el Tribunal considera que la discrecionalidad no fundamentada transformó el acto administrativo de remoción en un acto arbitrario que, al afectar indebidamente su derecho a la estabilidad en el cargo, vulneró el deber de motivación” (Corte IDH, “Caso Chocrón Chocrón”, op. cit., párr. 120).

55 Por lo pronto, cabe precisar este deber también debe ser respetado en las decisiones adoptadas por el poder judicial, ya que, de lo contrario, no sólo se estaría violentando el citado artículo 8.1 de la Convención, sino también su artículo 25, relativo a la protección judicial y al derecho a contar con un recurso judicial efectivo. En Corte IDH, “Caso Chocrón Chocrón”, op. cit., párr. 130 y 131, se valoró que “ante los recursos interpuestos por la señora **CHOCRÓN CHOCRÓN** ésta no recibió una respuesta que pudiera salvaguardar las exigencias mínimas de motivación y derecho a la defensa en relación con el acto administrativo emitido en su contra. La respuesta recibida impidió impugnar efectivamente la decisión de la Comisión Judicial, debido a la utilización de un criterio contrario al principio de independencia judicial”. Por lo que “el Estado violó el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de la señora **CHOCRÓN CHOCRÓN**”. En similar sentido, en el “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 185, “la Corte observa que los recursos judiciales interpuestos por el señor **LÓPEZ MENDOZA** no cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para proteger su derecho a ser elegido (*supra* párr. 109) y que pudiera salvaguardar las exigencias mínimas del deber de motivación en los procesos que derivaron en sanciones de inhabilitación (...), razón por la cual se vulneró el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1, en relación con los artículos 1.1, 8.1, 23.1.b y 23.2 de la Convención Americana, en perjuicio del señor **LÓPEZ MENDOZA**”.

56 Corte IDH, “Caso Chaparro Álvarez”, op. cit., párr. 107; “Caso Apitz”, op. cit., párr. 77; “Caso Tristán Donoso”, op. cit., párr. 152, “Caso Escher”, op. cit., párr. 208; “Caso Chocrón Chocrón”, op. cit., párr. 118 y “Caso J.”, op. cit., párr. 224. En muy similar sentido, la Corte también ha expresado que la motivación constituye “la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” (“Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 141; “Caso Suárez Peralta”, op. cit., párr. 109

“protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”⁵⁷.

Tomando en cuenta ello, la Corte ha explicado que “el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión”⁵⁸. Sin perjuicio de lo cual, también ha precisado que “la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad”⁵⁹.

En este sentido, cabe destacar que, si bien para la jurisprudencia interamericana pareciera que el deber de motivación sólo alcanza a “ciertos actos administrativos”, lo cierto es que en ordenamientos jurídicos como el argentino, que ha previsto este deber en forma generalizada para todos los actos que revistan dicha calidad⁶⁰, resultaría difícil que la Corte IDH relativice dicho alcance, ya que el inciso *b*) del artículo 29 de la CADH prohíbe que ella sea interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes”⁶¹.

Por lo demás, la Corte también ha entendido que la motivación del acto administrativo debe ser autónoma, en el sentido de que deben expresarse los hechos,

y “Caso García Ibarra”, op. cit., párr. 151).

57 Corte IDH, “Caso Apitz”, op. cit., párr. 77; “Caso Chocrón Chocrón”, op. cit., párr. 118 y “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 141.

58 Corte IDH, “Caso Apitz”, op. cit., párr. 90; “Caso Tristán Donoso”, op. cit., párr. 154 y “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 146. En similar sentido, “El deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento señalado en las peticiones, sino puede variar según la naturaleza de la decisión.” (“Caso Escher”, op. cit., párr. 139); “la motivación de una decisión no exige una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes” (“Caso Mémoli vs. Argentina” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 22 de agosto de 2013, Serie C No. 265, párr. 40)

59 Corte IDH, “Caso Chocrón Chocrón”, op. cit., párr. 118 (con cita de “Caso Chaparro Álvarez”, op. cit., párr. 107; “Caso Apitz”, op. cit., párr. 77, y “Caso Escher”, op. cit., párr. 208) y “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 141, en donde se agrega que “[a]demás, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado”.

60 Tal exigencia es requerida por el artículo 7 de la Ley de Procedimientos Administrativos 19549. Sin embargo, ha de recordarse que “la postura todavía predominante en la doctrina y legislación extranjera es, como hemos visto, aquella que sostiene que no todos los actos administrativos requieren motivación, sino que ella sólo resulta obligatoria en aquellos supuestos donde así lo exige una norma o la naturaleza del acto” (TAWIL, Y MONTI, op. cit., p. 59). Tal es el caso, por ejemplo, de los procedimientos informales en Estados Unidos de América y de la República Francesa (TAWIL Y MONTI, op. cit., ps. 24 y 51).

61 En este sentido, ver el comentario efectuado por COMUNE, JOSEFINA Y NATALIA LUTERSTEIN al artículo 29 de la CADH en ALONSO REGUEIRA, *La Convención Americana...*, op. cit.,

motivos y normas en que se basa la decisión puntual que adopta la autoridad administrativa, independientemente de los actos que se encuentren dictados⁶².

En definitiva, “la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”⁶³. Como corolario de ello, la Corte ha entendido que la

ps. 519 a 533, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/029-comune-luterstein-interpretacion-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>

62 Si bien la Corte ha establecido esta exigencia en dos casos en los que se valoraba una sanción disciplinaria, entendemos que resulta comprensiva de cualquier acto administrativo, sin que ello importe, declaración alguna respecto de la posibilidad de motivar *in aliunde*.

Así, en el “Caso Apitz”, op. cit., párr. 87, consideró que: “En suma, para el derecho interno y para el derecho internacional por un lado se encuentran los recursos de apelación, casación, revisión, avocación o similares, cuyo fin es controlar la corrección de las decisiones del juez inferior; y por otro, el control disciplinario, que tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público. Por esta razón, aun cuando existiera una declaración de error judicial inexcusable por parte de un órgano de revisión, debe analizarse la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. Este tipo de revisión exige una motivación autónoma para determinar la existencia de una falta disciplinaria” (párr. 86). “En este punto, la Corte constata que la acusación de la IGT (Inspectoría General de Tribunales) y la resolución de destitución de la CFRSJ tomaron como única prueba y como único componente de motivación los argumentos desarrollados por la SPA (Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia) en su fallo. Es decir, tan solo reiteraron la calificación efectuada por esta última”.

Por su parte, en el “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 146, “observa que en las dos resoluciones de inhabilitación el Contralor se concentró en resaltar los hechos por los cuales el señor LÓPEZ MENDOZA fue declarado responsable por el Director de la Dirección de Determinación de Responsabilidades [...]. Si bien la Corte considera que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, el Tribunal estima que el Contralor General debía responder y sustentar autónomamente sus decisiones, y no simplemente remitirse a las previas declaraciones de responsabilidad. En efecto, de una lectura de dichas resoluciones, la Corte no encuentra un análisis concreto de relación entre la gravedad de los hechos y la afectación a la colectividad, a la ética pública y a la moral administrativa.” Allí se cita ECHR, “Case Hiro Balani v. Spain”, Judgment of 9 December 1994, Serie A no. 303-B, p. 8, § 27, en el cual el Tribunal Europeo ha señalado que: “el artículo 6, párrafo 1 (art. 6-1) obliga a los tribunales a fundamentar sus decisiones; sin embargo, dicho artículo no puede ser entendido como requiriendo que el juez provea una respuesta detallada a cada argumento presentado por las partes (...). El alcance de este deber de fundamentación varía según la naturaleza de la decisión. A su vez, es necesario valorar, *inter alia*, la diversidad de planteos que un litigante somete a consideración de los tribunales y las diferencias que existen entre los diversos Estados parte con relación a su legislación, reglas de costumbre, opinión legal y a la presentación y redacción de sentencias. Por todo ello cabe afirmar que la pregunta relativa a si un tribunal ha incumplido con su obligación de fundamentación derivada del artículo 6 de la Convención sólo puede ser determinada a la luz de las circunstancias de cada caso concreto” (traducción de la Corte).

63 Corte IDH, “Caso Apitz”, op. cit., párr. 78; “Caso Chocrón Chocrón”, op. cit., párr. 118 y “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 148, en este último caso, con cita de Comité de Derechos

falta de motivación podría no ser pasible de subsanación posterior en el marco de los recursos interpuestos contra la decisión inmotivada, ya que este tipo de vicio podría tener un impacto de tal envergadura que impida un reexamen en profundidad de las argumentaciones o evidencias relacionadas con dicha decisión⁶⁴.

Por último, cabe destacar que en materia disciplinaria, la exigencia del deber de motivación es mayor, por lo que ha de darse razones sobre la idoneidad del sancionado, la gravedad de la conducta o falta supuestamente cometida y la proporcionalidad de la sanción⁶⁵.

Humanos, “Hamilton v. Jamaica”, Communication No. 333/1988, CCPR/C/50/D/333/1988, 23 de marzo de 1994, en donde se consideró que cuando un tribunal de apelación se abstuvo de fundamentar por escrito la sentencia, ello reducía las posibilidades de éxito del acusado si solicitaba autorización para apelar ante un tribunal superior impidiéndole así hacer uso de un remedio adicional.

64 Puntualmente, “la Corte ya ha señalado que el señor LÓPEZ MENDOZA tuvo oportunidad de controvertir las consideraciones del Contralor a través de recursos posteriores en los que se rechazaban los argumentos sobre la entidad de las fallas administrativas y la gravedad de las irregularidades cometidas (*supra* párr. 118). Sin embargo, el Tribunal considera que los problemas en la motivación al imponer la sanción de inhabilitación tuvieron un impacto negativo en el ejercicio del derecho a la defensa. La falta de motivación impedía un reexamen a profundidad sobre la argumentación o evidencia directamente relacionada con la imposición de una restricción al sufragio pasivo que, como es evidente y este caso lo demuestra, pueden ser notablemente más graves que la sanción principal” (Corte IDH, “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 148, con cita de Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Hamilton v. Jamaica”, op. cit., en cuanto a que “cuando un tribunal de apelación se abstuvo de fundamentar por escrito la sentencia, ello reducía las posibilidades de éxito del acusado si solicitaba autorización para apelar ante un tribunal superior impidiéndole así hacer uso de un remedio adicional”).

65 Cfr. Corte IDH, “Caso Apitz”, op. cit., párr. 89. Asimismo, en el “Caso Chocrón Chocrón”, op. cit., párr. 120, es expresó que “el Tribunal considera que la facultad de dejar sin efecto el nombramiento de jueces con base en “observaciones” debe encontrarse mínimamente justificada y regulada, por lo menos en cuanto a la precisión de los hechos que sustentan dichas observaciones y a que la motivación respectiva no sea de naturaleza disciplinaria o sancionatoria. Debido a que si efectivamente se tratase de una sanción disciplinaria, además de que ello implicaría la competencia de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración (...), la exigencia de motivación sería aún mayor, ya que el control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público y, por ende, correspondería analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. En el ámbito disciplinario es imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad para justificar que un juez no permanezca en el cargo.” Por su parte, en el “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 147, se consideró que “El Contralor tenía que desarrollar razones y fundamentos específicos sobre la gravedad y entidad de la falta supuestamente cometida por el señor LÓPEZ MENDOZA y sobre la proporcionalidad de la sanción adoptada. Además, la Corte considera que una motivación adecuada para la imposición de la inhabilitación permite verificar que el Contralor ha realizado una evaluación concreta y autónoma, sin remisión a lo determinado por la Dirección de Determinación de Responsabilidades, respecto a los alegatos y evidencia que dieron origen a la declaración de responsabilidad. Sin una motivación adecuada y autónoma, la sanción de inhabilitación para postularse a un cargo de elección popular

III.2.3. Competencia y procedimiento

En un tercer orden de ideas, bajo el amparo del citado artículo 8 de la Convención, la Corte ha sostenido que tanto la competencia⁶⁶ del órgano que dicte el acto administrativo como el procedimiento que se haya seguido a tal fin, son revisables judicial y convencionalmente, en virtud de la garantía de debido proceso⁶⁷.

opera en forma casi automática, a través de un incidente procesal que termina siendo de mero trámite”.

66 Es conveniente puntualizar que, si bien la Corte en el “Caso Corte Suprema de Justicia”, op. cit., párr. 156, había interpretado que el acto dictado por órganos incompetente importa un incumplimiento de la prohibición de arbitrariedad, hemos encuadrado el análisis de este asunto en un apartado diferenciado porque entendemos que tal categorización (que no ha sido mantenida con posterioridad en el “Caso Granier”, op. cit.) resulta inconveniente.

En Corte IDH, “Caso Corte Suprema de Justicia”, op. cit., párr. 157, se manifestó que: “Precisados los estándares generales sobre independencia judicial, la Corte procede a determinar si la resolución adoptada por el Congreso en virtud de la cual declaró el cese de los magistrados, constituyó un acto arbitrario que vulneró las garantías judiciales de las presuntas víctimas. Al respecto, el artículo 8.1 de la Convención Americana establece: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Para analizar si algunas de estas garantías se vulneraron en el presente caso, la Corte considera necesario examinar: i) la competencia del Congreso para cesar a los magistrados; ii) la aplicación de la disposición transitoria vigésimo quinta, y iii) si los magistrados fueron oídos.” En cuanto a la alegada vulneración de las garantías judiciales de los magistrados la Corte estima que se debe “determinar si la resolución adoptada por el Congreso en virtud de la cual declaró el cese de los magistrados, constituyó un acto arbitrario que vulneró las garantías judiciales de las presuntas víctimas”. Para ello, “considera necesario examinar: i) la competencia del Congreso para cesar a los magistrados; ii) la aplicación de la disposición transitoria vigésimo quinta, y iii) si los magistrados fueron oídos”.

67 Puntualmente, explicó “que el artículo 8.1 de la Convención garantiza que las decisiones en las cuales se determinen derechos de las personas deben ser adoptadas por las autoridades competentes que la ley interna determine y bajo el procedimiento dispuesto para ello” (Corte IDH, “Caso Granier”, op. cit., párr. 243).

Cabe destacar que, ya en 2013, la Corte había estimado “que el artículo 8.1 de la Convención garantiza que las decisiones en las cuales se determinen derechos de las personas deben ser adoptadas por las autoridades competentes que la ley interna determine”⁶⁸. Sin embargo, fue recién en 2015 que se entendió, en forma expresa y general, que las garantías estipuladas por dicho artículo requerían que todos los actos administrativos se adoptaran bajo el procedimiento dispuesto para ello⁶⁹.

Esta observación no obsta al hecho de que, con anterioridad al citado precedente, la Corte haya reconocido distintas situaciones que, dentro de un procedimiento administrativo, importan la violación del derecho de defensa del administrado y, por ende, también del citado artículo 8 de la Convención.

Tal podría ser el caso, por ejemplo, de la imposibilidad de presentar alegatos y pruebas⁷⁰ –sin perjuicio de reconocer que ello pueda ser subsanable en

68 Corte IDH, “Caso Corte Suprema de Justicia”, op. cit., párr. 158 (v. asimismo, párrs. 162 y 180) y “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos)”, op. cit., párr. 171.

69 De este modo, en Corte IDH, “Caso Granier”, op. cit., párr. 253 se observó que “en la ley estaba dispuesto un debido proceso para la transformación de los títulos y para la renovación de la concesión y el seguimiento del mismo fue deliberadamente omitido por el Estado, vulnerando con ello las garantías judiciales previstas en el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana”. Por lo demás, cabe también recordar que este principio había sido aplicado anteriormente para el caso particular de las sanciones disciplinarias expulsivas, exigiendo que las víctimas imputadas fuesen “sometidas a un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución” (“Caso Baena”, op. cit., párr. 133).

70 Corte IDH, “Caso Baena”, op. cit., párrs. 133 y 134.

los recursos posteriores⁷¹— o la omisión de proveer la procedencia de la prueba ofrecida⁷² o de resolver los recursos administrativos presentados⁷³.

III.3 *Más allá de la legalidad*

Como hemos visto, el incumplimiento del deber de motivación torna la decisión estatal en arbitraria, sin embargo, no es este el único alcance que la Corte le ha otorgado a dicho término⁷⁴. En primer lugar, veremos que también se obtiene dicho resultado en los casos en que el actuar estatal incurre en desviación de poder y, luego, analizaremos los criterios generales que utiliza la Corte para valorar la convencionalidad de las medidas estatales que importen restricciones a los derechos, entre los que cabe destacar, el papel que se le otorga al principio de razonabilidad⁷⁵.

71 En cuanto a este punto, “si bien la Corte observa que el señor LÓPEZ MENDOZA no contó con una etapa procesal entre las declaratorias de responsabilidad y la imposición de dicha inhabilitación en ninguno de los procesos administrativos que se llevaron a cabo en su contra en la que pudiera presentar alegatos y prueba específica sobre las posibles sanciones accesorias que se le podrían llegar a imponer, lo anterior no implica una violación a su derecho a la defensa por ese solo hecho, dado que el señor LÓPEZ MENDOZA tuvo la oportunidad de controvertir la entidad de las fallas administrativas o de la gravedad de las irregularidades cometidas a través de recursos posteriores. Por tanto, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera que no era necesario que existiera un incidente procesal independiente, en el que se le hubiera dado oportunidad de presentar alegatos o prueba para que se cumpliera con su derecho de defensa frente a la imposición de posibles sanciones accesorias” (Corte IDH, “Caso López Mendoza”, op. cit., párr. 140).

72 “Conforme lo expuesto, la Corte nota que las partes no controvierten que (1) la CFRSJ no se pronunció sobre la solicitud probatoria realizada por los señores APITZ y ROCHA, y (2) la prueba en cuestión estaba al alcance de las víctimas, la pudieron obtener directamente en la oficina estatal pertinente y la pudieron allegar a la CFRSJ. La cuestión a resolver, entonces, es si la CFRSJ debía responder a la solicitud probatoria de las víctimas. La Corte considera que esta prueba fue la única promovida por las víctimas y tenía el propósito de esclarecer un aspecto determinante del caso, esto es que la medida de amparo otorgada por la Corte Primera no tendría efectos constitutivos y que, por ello, no existiría error judicial inexcusable. En razón de lo anterior, a criterio de esta Corte, la CFRSJ debió, al menos, dar una respuesta mínima aceptando o negando la producción de dicha prueba o incluso ordenando que las víctimas fueran quienes la allegaran. Dado que guardó total silencio, el Tribunal estima que el Estado violó las “debidas garantías” ordenadas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores APITZ y ROCHA” (Corte IDH, “Caso Apitz”, op. cit., párr. 94).

73 Corte IDH, “Caso Baena”, op. cit., párrs. 133 y 134.

74 Como ejemplo, puede apuntarse Corte IDH, “Caso de las Niñas Yean y Bosico”, op. cit. párr. 166, en donde se expresa que “el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas DILCIA YEAN y VIOLETA BOSICO”.

75 Para ver cómo actúan estos principios en el sistema jurídico argentino, ver ALONSO REGUEIRA, “El control judicial de la Administración va al jardín de infantes...”, op. cit., p. 381 y ss.

III.3.1. La desviación de poder

Desde el año 2008, la Corte ha comenzado a dar indicios de que esta herramienta de revisión de la discrecionalidad administrativa era compatible con las cláusulas convencionales⁷⁶, pero fue recién en 2013 que la ha empleado para resolver, en forma concreta, dos casos llevados a su conocimiento, en los que “considera necesario analizar el contexto bajo el cual ocurrieron los hechos del cese de los magistrados de sus cargos, por cuanto este resulta útil para entender las razones o motivos por los cuales se arribó a dicha decisión. Tener en cuenta el motivo o propósito de un determinado acto de las autoridades estatales cobra relevancia para el análisis jurídico de un caso, por cuanto una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal

76 En Corte IDH, “Caso Apatz”, op. cit., párr. 147, por ejemplo, concluyó que: “En definitiva, si bien en este caso no ha quedado demostrado que la CFRSJ haya actuado en desviación de poder, directamente presionada por el Ejecutivo para destituir a las víctimas, el Tribunal concluye que, debido a la libre remoción de los miembros de la CFRSJ (Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial), no existieron las debidas garantías para asegurar que las presiones que se realizaban sobre la Corte Primera no influenciaran las decisiones del órgano disciplinario”.

En similar sentido, en el “Caso López Mendoza”, op. cit.: “Frente a lo alegado por las partes en el sentido que el grado de discrecionalidad que puede ejercer el Contralor a la hora de imponer la inhabilitación es desproporcionado y que esto se debe a la presunta falta de un marco normativo para graduar las sanciones principales y las accesorias, la Corte nota que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo señaló lo siguiente en relación con el principio de tipicidad de las sanciones administrativas: ‘Ahora bien, esta potestad discrecional, para ser legal y legítima es necesariamente parcial, ya que el dispositivo legal (en este caso la [LOCGRSNCF]), debe establecer algunas condiciones o requisitos para su ejercicio, dejando las demás a la estimación del órgano competente (...) En tal sentido, el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, exige que la medida o providencia a juicio de la autoridad competente debe mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, lo cual es controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa; lo que es inaceptable es pretender la declaratoria de nulidad de una norma general por el solo hecho de contener una potestad discrecional. El control jurisdiccional del acto discrecional podría implicar la nulidad del acto discrecional, si se advierte incompetencia del ente que lo dicte, incongruencia fáctica (falso supuesto de hecho), incongruencia teleológica (desviación de poder) o incongruencia formal (vicio de procedimiento). (...) [A] estar debidamente tipificados en la [LOCGRSNCF], tanto los hechos lícitos (artículos 91 y 92), como las sanciones administrativas (artículos 93, 94 y 105); la potestad discrecional del órgano contralor no es una “norma en blanco”, pues debe ajustarse a los parámetros expresamente establecidos en la Ley Orgánica” (párr. 201). “Sobre el particular, la Corte considera que los problemas de indeterminación no generan, *per se*, una violación de la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca. La Corte constata que existen criterios que el Contralor General debe seguir para tomar la decisión de imponer cualquiera de las tres sanciones que consagra el artículo 105 de la LOCGRSNCF (...), y que existen parámetros a la discrecionalidad que le concede dicha norma al Contralor” (párr. 202).

para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria”⁷⁷ o una “desviación de poder”⁷⁸.

En cuanto a este punto, es paradigmático el reciente “Caso Granier”, en el cual la Corte, tras un examen de la prueba producida, estimó “que la finalidad declarada no era la real y que sólo se dio con el objetivo de dar una apariencia de legalidad a las decisiones”⁷⁹. La Corte concluyó: “... entonces, como lo ha hecho en otros casos, que los hechos del presente caso implicaron una desviación de poder, ya que se hizo uso de una facultad permitida del Estado con el objetivo de alinear editorialmente al medio de comunicación con el gobierno. La anterior afirmación se deriva a partir de las dos conclusiones principales a las cuales puede arribar este Tribunal a partir de lo descrito anteriormente, a saber, que la decisión se encontraba tomada con anterioridad y que se fundaba en las molestias

77 Corte IDH, “Caso de la Corte Suprema de Justicia”, op. cit., párr. 173 y “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos)”, op. cit., párr. 210. En ambos precedentes el voto mayoritario concluyó que “la resolución en virtud de la cual se acordó el cese de los magistrados fue el resultado de una alianza política, la cual tenía como fin crear una Corte afín a la mayoría política existente en dicho momento e impedir procesos penales contra el presidente en funciones y un ex presidente” (párrs. 177 y 219, respectivamente).

78 Corte IDH, “Caso Granier”, op. cit., párr. 189, en donde se consideró “necesario, tener en cuenta que el motivo o propósito de un determinado acto de las autoridades estatales cobra relevancia para el análisis jurídico de un caso, por cuanto una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o una desviación de poder” (el destacado no obra en el original). Allí, también se recordó que: “Al respecto, el Tribunal Europeo ha tenido en cuenta el propósito o motivación que las autoridades estatales mostraron a la hora de ejercer sus funciones, para determinar si existió o no una violación al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el Caso Gusinskiy vs. Rusia, el Tribunal Europeo consideró que la restricción del derecho a la libertad de la víctima, autorizada por el artículo 5.1 (c) del Convenio Europeo, se aplicó no solo con la finalidad de hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, por estimar que había indicios razonables de la comisión de un delito, sino también con el propósito de obligarlo a vender su compañía al Estado. En el Caso Cebotari vs. Moldavia declaró que se violó el artículo 18 del Convenio Europeo en virtud de que el Gobierno no logró convencer al Tribunal que había una sospecha razonable para considerar que el solicitante había cometido un delito, concluyendo el referido Tribunal que el verdadero objetivo del proceso penal y la detención del solicitante era para presionarlo y con ello impedir que su compañía ‘Oferta Plus’ demandara ante la Corte. Finalmente, el Tribunal Europeo en el Caso Lutsenko vs. Ucrania determinó que la privación de la libertad del solicitante, autorizada por el artículo 5.1 (c), se aplicó no solo con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, por existir indicios razonables de que cometió un delito, sino también por otras razones, relacionadas con el intento de la Fiscalía de acusar al solicitante por expresar públicamente su oposición a las acusaciones en su contra. Cfr. TEDH, Caso Gusinskiy vs. Rusia, (No. 70276/01), Sentencia de 19 de mayo de 2004, párrs. 71 a 78; Caso Cebotari vs. Moldavia, (No. 35615/06), Sentencia de 13 de noviembre de 2007, párrs. 46 a 53, y Caso Lutsenko vs. Ucrania, (No. 6492/11), Sentencia de 3 de julio de 2012, párrs. 100 a 110” (nota 273).

79 Ídem, párr. 196.

Asimismo, en el primero de dichos precedentes se agrega que: “La Corte ha comprobado que la resolución del Congreso no fue adoptada en virtud de la exclusiva valoración de unos datos fácticos concretos y con el fin de dar debido cumplimiento a la legislación vigente, sino que la misma perseguía un fin completamente distinto y relacionado con un abuso de poder” (párr. 177).

En el segundo, que resulta necesario “resaltar que el mismo día en que se declaró el cese de los vocales se realizó el nombramiento de quienes los reemplazarían en sus funciones. Por tanto, detrás de la aparente legalidad y justificación de estas decisiones, existía la voluntad de una mayoría parlamentaria de ejercer un mayor control sobre el Tribunal Constitucional y facilitar el cese de los magistrados de la Corte Suprema. La Corte ha comprobado que las resoluciones del Congreso no fueron adoptadas en virtud de la exclusiva valoración de unos datos fácticos concretos y con el fin de dar debido cumplimiento a la legislación vigente, sino que la mismas perseguían un fin completamente distinto y relacionado con una desviación de poder dirigida a obtener el control de la función judicial a través de diferentes procedimientos, en este caso, el cese y los juicios políticos. Ello, implicó una desestabilización tanto del poder judicial como del país en general (...) y desencadenó que, con la profundización de la crisis política con los efectos negativos que ello implica en la protección de los derechos de los ciudadanos. Por ello, la Corte resalta que estos elementos permiten afirmar que es inaceptable un cese masivo y arbitrario de jueces por el impacto negativo que ello tiene en la independencia judicial en su faceta institucional” (párr. 219). “De igual forma, la Corte recuerda que la imparcialidad exige que la autoridad judicial que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan. En razón de los aspectos mencionados en el párrafo anterior, esta Corte concluye que el Congreso Nacional no aseguró a los vocales destituidos la garantía de imparcialidad requerida por el artículo 8.1 de la Convención Americana” (párr. 220).

Por lo que, en ambos precedentes, “la Corte declara la violación del artículo 8.1 en relación con el artículo 23.1.c y el artículo 1.1 de la Convención Americana, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial y la consecuente afectación a la independencia judicial, en perjuicio de las (...) víctimas del presente caso” (párr. 180 y 222, respectivamente).

Cabe también destacar que el juez EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT, en su voto concurrente al “Caso de la Corte Suprema de Justicia”, op. cit., precisa que “... la diferencia entre este caso y el caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador se centra en que el Congreso Nacional no era competente para cesar a los magistrados de la Corte Suprema, mientras sí lo era para realizar juicios políticos en contra de los vocales del Tribunal Constitucional. Dicha falta de competencia para sancionar, en principio, hacía innecesario que en el presente caso se declarara la existencia de una sanción implícita y de una desviación de poder. Por esta razón mi voto en el presente caso es concurrente y no disidente” (párr. 89). “La desviación de poder implica una extralimitación en una función asignada a un agente estatal. Se trata de una figura que exige que la autoridad tenga la facultad o competencia para tomar la decisión respectiva. En el presente caso el Congreso no tenía competencia para cesar a los magistrados de la Corte Suprema. Al no existir una competencia para sancionar, encuentro razonable que no se estime oportuno en la Sentencia indagar a profundidad en si existía una sanción implícita en el presente caso” (párr. 90).

generadas por la línea editorial de RCTV, sumado al contexto sobre el ‘deterioro a la protección a la libertad de expresión’ que fue probado en el presente caso”⁸⁰.

III.3.2. Los criterios de convencionalidad de las decisiones que restrinjan derechos. El principio de razonabilidad

Si bien este es un tema de gran delicadeza y de no siempre fácil comprensión, se puede decir que la Corte IDH ha efectuado un profundo e iluminador análisis en el “Caso Castañeda Gutman”, en el cual explicó que existen tres criterios para valorar la convencionalidad de las restricciones a los derechos, en tanto ellos no sean absolutos⁸¹.

El primer criterio está constituido por el principio de legalidad formal⁸². El segundo criterio, exige que: “... toda restricción se relación[e] con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo las finalidades de protección del orden o salud públicas, de los artículos 12.3, 13.2.b y 15, entre otras), o bien, en las normas que establecen finalidades generales legítimas (por ejemplo, ‘los derechos y libertades de las demás personas’,

80 Ídem, párr. 197. En tal sentido, se agregó que: “Se encuentra probado, en consecuencia, que en el presente caso se configuró una restricción indirecta al ejercicio del derecho a la libertad de expresión producida por la utilización de medios encaminados a impedir la comunicación y circulación de las ideas y opiniones, al decidir el Estado que se reservaría la porción del espectro y, por tanto, impedir la participación en los procedimientos administrativos para la adjudicación de los títulos o la renovación de la concesión a un medio que expresaba voces críticas contra el gobierno, razón por la cual el Tribunal declara la vulneración del artículo 13.1 y 13.3” (párr. 199).

81 Corte IDH, “Caso Castañeda Gutman”, op. cit., párrs. 174 y ss. En este sentido, cabe destacar que, para la Corte, existen “algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (párr. 174).

82 Ídem, párr. 176. “El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material” (con cita de Corte IDH, Colegiación Obligatoria de Periodistas [artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 39; La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 34; y “Caso Yatama”, op. cit., párrs. 27 y 32).

En cuanto al alcance convencional del principio de legalidad, puede verse ALONSO REGUEIRA, “Comentario al artículo 30 de la CADH”, op. cit.

o ‘las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática’, ambas en el artículo 32)”⁸³.

El tercero, quizás, sea el que resulte más interesante para el tema que nos ocupa, por ser, también, el más cercano al principio de razonabilidad, en tanto exige que la restricción sea “necesaria para una sociedad democrática” o “necesaria y proporcional”.

Este criterio fue establecido en forma específica por la CADH para determinados derechos, como los de reunión, de asociación y de circulación⁸⁴ y extendido por la Corte para la totalidad de las restricciones a derechos protegidos por dicho instrumento⁸⁵.

“Con el fin de evaluar si la medida restrictiva bajo examen cumple con este último requisito la Corte debe valorar si la misma: a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo”⁸⁶.

Si bien este recaudo puede pensarse como exclusivo del análisis de convencionalidad de restricciones que sean decididas mediante actos de alcance general o normativo, cabe destacar, al menos, dos ejemplos en que la Corte lo ha utilizado con relación a la valoración de actos de alcance particular.

En el “Caso Claude Reyes”, por ejemplo, la Corte destacó que este criterio exige, respecto de las restricciones al derecho a la información, que ellas “estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo,

83 Ídem, párr. 180.

84 Para una mayor comprensión de estos derechos, puede acudir a GUARDIA, LUCAS, “Artículo 15. Derecho de Reunión”; PABLO LEPERE “Artículo 16. Libertad de Asociación” y LUCIANA T. RICART “Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia”, todos ellos en AA. VV., ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (dir.), *La Convención Americana...*, op. cit.

85 Corte IDH, “Caso Castañeda Gutman”, op. cit., párr. 185, en donde se expresa que: “En el sistema interamericano existe un tercer requisito que debe cumplirse para considerar la restricción de un derecho compatible con la Convención Americana. La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser necesaria para una sociedad democrática. Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos”. En igual sentido, Corte IDH, “Caso Yatama”, op. cit., párr. 206 y ss. y “Caso Argüelles y otro, vs. Argentina”(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C 288, párrs. 221 a 231.

86 Ídem, párr. 186.

interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”⁸⁷. Por ello, concluyó que el acto impugnado (cuyo objeto era rechazar parcialmente un pedido de información pública) resulta violatorio del artículo 13.2, en tanto “el Estado no demostró que la restricción respondiera a un objetivo permitido por la Convención Americana, ni que fuera necesaria en una sociedad democrática”⁸⁸.

También puede traerse a colación el “Caso Baena”, en el cual la Corte valoró, en relación con la destitución de los dirigentes sindicales allí involucrados, que: “No ha sido demostrado ante la Corte que las medidas adoptadas por el Estado fueron necesarias para salvaguardar el orden público en el contexto de los acontecimientos, ni que guardaron relación con el principio de proporcionalidad; en suma, la Corte estima que dichas medidas no cumplieron con el requisito de ‘necesidad en una sociedad democrática’ consagrado en el artículo 16.2 de la Convención”⁸⁹.

IV. CONCLUSIÓN

En el plano del análisis teórico, cabe concluir que la discrecionalidad administrativa ha perdido su “atributo” original de no justiciabilidad. Hoy es revisable en forma plena por el juez, quien, a lo sumo, declarará la validez o la invalidez del actuar administrativo.

Puede que esta conclusión no parezca de gran entidad, sin embargo, los jueces no son más que hombres y no es lo mismo poder resolver un conflicto jurídico-institucional recurriendo a la límpida técnica de Poncio Pilato que terminar por declarar, con todas las letras, la validez del actuar administrativo. Lo cual, por supuesto, no permite olvidar que estará obligado a declarar dicha validez cuando así corresponda y que, aun cuando se compruebe un actuar ilegítimo, sus competencias ostentarán, siempre, los límites propios de la jurisdicción.

En el plano de la praxis, puede verse el nacimiento de una doctrina judicial interamericana con reglas claras y coherentes que también se dirigen a una plena revisión convencional de la discrecionalidad o actividad administrativa.

La Corte Interamericana ha resuelto, en forma puntual, a favor de la flexibilización de la presunción de legitimidad, de la primacía del derecho al debido proceso en la faz administrativa, de la prohibición de arbitrariedad, del deber de motivación, del examen de elementos reglados como la competencia y el procedimiento, de la desviación de poder y del principio de razonabilidad o de necesidad en una sociedad democrática.

87 Corte IDH, “Caso Claude Reyes”, op. cit., párr. 91.

88 Ídem, párrs. 95 y 103.

89 Corte IDH, “Caso Baena”, op. cit., párr. 172.

En definitiva, más allá de las disquisiciones que puedan efectuarse, debe ser motivo de alegría el hecho de que tanto en el plano nacional como en el internacional, el Derecho se encuentra fuertemente encaminado a continuar con la lucha contra las inmunidades del poder⁹⁰.

90 GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha...”, op. cit.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA - LUIS ARROYO JIMÉNEZ - MARIANO BACIGALUPO SAGGESE
ANA MARIA BESTARD - FEDERICO CAMPOLIETI - WALTER FABIÁN CARNOTA
LUIS CASARINI - DARÍO CIMINELLI - PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO
ISAAC AUGUSTO DAMSKY - NICOLÁS DIANA - GUIDO JULIAN DUBINSKI
TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ - AGUSTÍN GORDILLO - MIRIAM MABEL IVANEGA
EMMANUEL JIMÉNEZ FRANCO - ENRIQUE LAVIÉ PICO - XIMENA LAZO VITORIA
SERGIO MOHADEB - ORLANDO JAVIER MORENO - LUCIANO PAREJO ALFONSO
JULI PONCE SOLÉ - CLAUDIO MATÍAS POSDELEY - GALA RAMOS
MARIO REJTMAN FARAH - RICARDO RIVERO ORTEGA - HORACIO ROSATTI
JOSÉ L. SAID - SILVANA SANTORO - FABIANA HAYDEÉ SCHAFRIK DE NÚÑEZ
ADRIÁN R. TIMPANARO - JUAN ANTONIO TRAVIESO - GUILLERMO F. TREACY
ROGELIO W. VINCENTI - FRANCISCO VIQUE



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

El control de la Actividad Estatal I / Horacio Rosatti ... [et.al.] 1a. edición para el profesor - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

1. Derecho Administrativo. I. Rosatti, Horacio. II. Alonso Regueira, Enrique, director. CDD 342

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina