

# EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN VA AL JARDÍN DE INFANTES. LA DISCRECIONALIDAD Y “LOS ESPEJITOS DE COLORES”

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy buscamos transmitir algunas ideas sobre las que hemos estado pensando en el último tiempo. El tema de la discrecionalidad administrativa y el alcance de su control judicial es altamente abstracto y complejo, por eso quisiéramos explicarlo del modo más concreto posible, en la medida que esté a nuestro alcance.

Creemos que haber encontrado un ejemplo lo suficientemente versátil y cotidiano y concreto como para simplificar la comunicación de nuestro análisis sobre este complejo tema, de un modo relativamente sencillo. Si bien es probable este no represente la magnitud e importancia que tiene el asunto en el Derecho Administrativo, hemos optado por este camino por cuestiones meramente didácticas.

En todo caso, quedará en el lector, el juicio definitivo acerca del nivel de cumplimiento de nuestro objetivo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Quisiéramos destacar que la finalidad primordialmente didáctica que buscamos, hace conveniente que omitamos citar, a lo largo de este trabajo, la extensa bibliografía que existe sobre la materia, tanto en la doctrina nacional como en la comparada. Lo cierto es que aquella que hemos tenido oportunidad de estudiar, nos ha resultado altamente gratificante, por la seriedad, la profundidad y el alto valor académico y didáctico con que fue escrita. Sin embargo, preferimos no efectuar, tampoco, una lista de dicha bibliografía en esta nota inicial debido a nuestro temor de omitir alguna de ella. Esperamos que el lector sepa disculpar nuestra imprudencia.

## II. UN PUNTO DE PARTIDA TEÓRICO HACIA LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Comencemos por recordar que la Constitución nacional, mediante los principios de legalidad y jerarquía normativa sentados en sus arts. 14, 17, 19, 31 y 99, exige que toda atribución de competencias o potestades a un determinado órgano sea efectuada mediante una norma jurídica. Por consiguiente, en el caso de la Administración, la legitimidad de los actos que tengan efectos directos sobre la esfera de derechos de las personas (se traten de actos administrativos propiamente dichos o reglamentos), se encuentra siempre condicionada a que una ley o la misma Constitución nacional le haya otorgado a la Administración, expresa o implícitamente, una potestad o competencia determinada.

De este modo, cabe recordar que la Administración ejerce su función de modo primordial, a través de la declaración de su voluntad, es decir, mediante lo que se conoce como actos administrativos, los que se encuentran siempre sujetos a lo normado por la Constitución y las leyes, en virtud del principio de legalidad.

Por ende, en el diseño constitucional argentino, todas sus potestades deben derivar, explícita o implícita, pero necesariamente, de normas jerárquicamente relevantes y, en la mayoría de los casos, de alcance general<sup>2</sup>.

De la máxima enunciada se desprenden dos consecuencias ineludibles. La primera, que el órgano administrativo nunca podrá actuar, al menos válidamente, por fuera de las facultades que le fueron normativamente conferidas. La segunda, que cuando así lo haga, el Poder Judicial tiene la potestad, conferida por el art. 116 de la Constitución nacional, de restablecer dicha jurisdicción, mediante el control del actuar administrativo, a fin de garantizar los derechos de las personas que hayan acudido a él mediante el ejercicio de su derecho de acción.

<sup>2</sup> Cabe recordar lo oportunamente explicado por la Corte, en el sentido de que ninguna atribución administrativa (ya sea reglada o discrecional) puede nacer de la existencia de un vacío legal, puesto que “la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la Administración con ese carácter, presentándola como libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma” (CS, 1992, *Consejo de Presidencia de Bahía Blanca de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos*, Fallos 315:1361).

### III. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE DISCRECIONALIDAD?

Estas cuestiones, que parecen en principio de relativa sencillez, comienzan a oscurecerse cuando, en un caso concreto, debe interpretarse si la conducta del órgano administrativo se ajusta efectivamente al ordenamiento jurídico en general y, en particular, a la norma que le ha atribuido la potestad de actuar en el sentido que lo haya hecho.

En cuanto a este punto, cabe recordar que, cuando un órgano atribuye una competencia a otro mediante una norma jurídica, muchas veces lo hace de modo tal que este segundo conserve algún margen de apreciación respecto del modo en que debe ejercer dicha competencia.

En estos casos (cuando la norma de carácter general atributiva de competencia permite un margen de apreciación dentro del cual el órgano puede adoptar más de un camino u opción igualmente justa o válida), se entiende que existe discrecionalidad. Más precisamente, un *ejercicio discrecional*, por parte del órgano administrativo, de las facultades que le fueron conferidas.

Por el contrario, cuando la norma atributiva de competencia define con exactitud qué decisión se debe tomar frente a circunstancias ciertas, el *ejercicio* de dichas facultades se denomina *reglado*.

De este modo, se advierte que la discrecionalidad constituye, en definitiva, la libertad que la norma atributiva de competencia otorga al órgano estatal para que adopte una determinada decisión o conducta, entre dos o más igualmente válidas o justas.

Veamos esto con un ejemplo:

Supongamos que existe un jardín de infantes que se llama *Los espejitos de colores*, el cual funciona gracias al excelente trabajo de su Directora *Ángela* y de sus maestros, entre los cuales destacaremos a *Graciela*, la encargada de la Sala de 4, conocida como *la Salita Celeste*.

Ayer mismo, la Directora *Ángela* les requirió a las maestras del jardín que sus alumnos dejen, de ahora en más, las salas ordenadas antes de que termine el horario de clases. Es decir que, en definitiva, les confirió la potestad (tanto la atribución como la obligación), de hacer que los chicos guarden todos los juguetes y elementos de trabajo, antes de que termine la jornada.

Ahora bien, lo que resulta relevante para este tema es que, al hacerlo, también les dejó, expresa o implícitamente, cierto grado de apreciación para que ellas ejerzan dicha potestad o competencia.

De este modo, puede verse que *Graciela*, a la hora de cumplir con la orden que le fue impartida, tiene la posibilidad de comunicar la novedad a sus alumnos unos minutos antes de que termine dicho horario o también puede hacerlo un tiempo antes, para terminar su clase con otra actividad. Puede elegir que todos ellos guarden todas las cosas en su lugar todas las veces o dividir las tareas

de otro modo más eficiente, divertido o didáctico. Puede llevarlo a la práctica mediante una serie de órdenes cortas, mediante una explicación de la conveniencia de ordenar las cosas, hacerlo mientras les cuenta un cuento o inventar una canción que haga el truco. Todas estas y muchas más, son opciones que puede ejercer la Maestra Graciela, ya que cumplen la orden de la Directora Ángela, sin contradecirla. Por lo que son, en tales términos, igualmente válidas.

Puede ser que a esta altura de la explicación haya quienes desconfíen de la aptitud que tienen las cosas que ocurren en Los espejitos de colores para explicar el ejercicio del poder público por parte del Estado. Por ello, debe agregarse un aditamento más y aclarar lo que otros ya habrán sospechado: este jardín de infantes es estatal. Por consiguiente, tanto Ángela como Graciela, no son otra cosa que órganos administrativos. La orden emitida por Ángela, constituye un reglamento administrativo y la comunicación que de ella efectúe Graciela a los alumnos de la Salita Celeste reviste la calidad de acto administrativo en sentido estricto, por lo que constituye, como se ha visto, el ejercicio discrecional de la actividad administrativa.

Este es uno de los miles de ejemplos que pueden utilizarse para explicar que la discrecionalidad administrativa importa, como hemos dicho, la existencia de una norma previa jerárquicamente relevante que otorgue un margen de libertad al órgano administrativo que le permita elegir entre dos o más caminos igualmente válidos. Lo hemos elegido por su relativa sencillez, motivo que nos conduce a intentar retomarlo para explicitar las distintas cuestiones que iremos abordando a lo largo de este trabajo.

Si bien la clasificación entre actos o facultades discrecionales y regladas puede resultar de alguna utilidad a la hora de entender el alcance del control judicial sobre la actividad administrativa, lo cierto es que dicha distinción, en los hechos, no siempre resulta fácilmente visible.

Pues, tal como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la mayoría de los casos, los actos administrativos no son enteramente reglados ni enteramente discrecionales, sino que sólo algunos de sus elementos (o algún aspecto de ellos) participan de uno u otro calificativo<sup>3</sup>.

Hemos visto que la comunicación de que Graciela efectúa a sus alumnos importa el ejercicio discrecional de las potestades que le fueron conferidas. Cuando ella se sienta en una de esas peculiares sillitas, tan propias de los jardines de infantes y decide comunicar la orden de Ángela, tiene un margen de libertad para elegir el modo en que hará que esa orden se cumpla. Sin embargo, existen también otras cuestiones que resultan ajenas a esa libre apreciación. La más clara es que Graciela nunca podría optar comunicarles, por ejemplo, que

<sup>3</sup> Causa A. 910. XLVI, *in re* “Asociación Magistrados y Funcionarios c/ E.N. Ley 26.372 artículo 20 s/amparo ley 16.986”, sentencia del 4/12/2012.

sería preferible que dejen la salita toda desordenada. En este aspecto, su potestad es claramente reglada, en el sentido que tiene un único camino posible. Si Graciela se apartara de ello, incumpliría la orden recibida y, como hemos visto, esa comunicación importaría un acto administrativo que, en este caso, sería inválido por ilegítimo, en cuanto se contradice con la norma en que se sustenta.

#### IV. LA NORMA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA

En el caso de la discrecionalidad administrativa, la norma atributiva de competencia podría identificarse exclusiva o primordialmente con la ley. Esto es así debido a la noción clásica del principio de legalidad y al hecho de que el principio de división de poderes indica que el Poder Ejecutivo tiene como función principal de gobierno, la de administrar y/o ejecutar las leyes dictadas por el Poder Legislativo.

Sin embargo, consideramos que existen algunos reparos a esta aproximación.

En primer lugar, el hecho de que las potestades del Poder Ejecutivo no necesariamente están sujetas a una decisión previa del legislador. Muchas veces, ellas se sustentan en forma directa y, en ocasiones exclusiva, de la Constitución nacional.

En segundo término, el hecho de que los actos administrativos dictados en ejercicio de facultades discrecionales son emitidos, en la gran mayoría de los casos, por órganos administrativos distintos de la Presidencia de la Nación, por lo que su discrecionalidad puede provenir de una norma atributiva de competencia distinta de la ley.

Ello así, se evidencia que puede ocurrir que la atribución de competencias (tanto regladas como discrecionales) sea efectuada por la propia Constitución nacional, un decreto, resolución, decisión administrativa, ordenanza, comunicación, etc. Sin embargo, en todos los casos, se debe recordar que dichas normas deben respetar el mentado principio de legalidad y que su validez se encuentra condicionada por los preceptos receptados en la Constitución nacional.

La orden de Ángela, como hemos visto, es atributiva de competencias que pueden ejercerse en forma discrecional y, claramente, no constituye una ley. Si bien puede decirse que en última instancia tendrá sustento (aunque sólo sea en forma indirecta) en un ley o en la Constitución nacional, la atribución específica de competencias se perfecciona en la orden de Graciela, que constituye un mero reglamento administrativo, ya que alcanza a un grupo indeterminado de alumnos (actuales y futuros) y se ha insertado en el ordenamiento jurídico con pretensiones de permanencia.

Finalmente, existe otro asunto que también debe tenerse en cuenta a la hora de analizar cuál es la norma atributiva de competencias o discrecionalidad. Puntualmente, el hecho de que la potestad de un órgano se encuentra condicionada por otras normas que no son las que suelen identificarse como aquella que la ha atribuido en forma directa o específica. Esto quiere decir que cuando un órgano dicta un acto administrativo (ya sea primordialmente discrecional o reglado), debe respetar tanto la norma que le atribuyó sus competencias concretas, como todas aquellas que incidan en el caso. Un ejemplo claro sería la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), en cuanto dispone los recaudos que todo órgano de la Administración debe tomar para que dicho acto pueda entenderse como válido (la LPA, de este modo, también sería una norma atributiva, aunque sólo sea de modo genérico o indirecto).

En el jardín *Los espejitos de colores*, existe un reglamento interno que indica, entre otras cosas, que durante 20 minutos, de las 11:00 a 11:20 hs., los niños de todas las salas deben tomar una colación (que puede consistir en un vaso de leche, o cualquier otra cosa que estipule la Directora).

Si Graciela decidiera hacer que sus niños guarden y ordenen las cosas durante esos 20 minutos, para no quitarle tiempo a las otras actividades que tenía planificadas previamente, su decisión no implicaría, estrictamente, una violación de la orden impartida por Ángela. Sin embargo, no puede decirse que tiene la libertad de elegir esa posibilidad. No hay discrecionalidad alguna al respecto, sino que la imposibilidad de hacerlo se encuentra, en definitiva, fijada en forma reglada por el reglamento interno citado.

Esto es importante porque implica que el actuar de todo órgano administrativo (sea primordialmente reglado o discrecional) siempre se encuentra condicionado por la totalidad del ordenamiento jurídico y no sólo por la norma que puede identificarse como atributiva de ciertas competencias específicas.

## V. EL CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Tradicionalmente se admitía la irreversibilidad absoluta del actuar discrecional de la Administración. Por lo general, el dictado de actos en ejercicio de facultades discrecionales se identificaba con cuestiones en donde no cabía análisis jurídico alguno, por resultar más propias del ámbito de la política, de lo institucional, lo económico, lo técnico, etc. Como consecuencia de ello, por mucho tiempo se consideró que el mero hecho de que un acto fuera dictado en ejercicio de atribuciones discrecionales, resultaba suficiente para excluirlo de la potestad jurisdiccional revisora.

Sin embargo, la evolución del sistema jurídico argentino y comparado, ha logrado cambiar el rumbo de esta tendencia, reduciendo el ámbito de la

discrecionalidad administrativa y amplificando los casos en que la Administración debe sujetarse a la revisión judicial de su actuar.

De este modo, existe cierto consenso en que todo acto administrativo, ya sea dictado en ejercicio de facultades discrecionales o no, se encuentra sujeto a la revisión de sus aspectos reglados, así como de su conformidad con los principios generales del Derecho, en particular, el de razonabilidad.

#### *a) La presunción de legitimidad*

Es quien alega la irrazonabilidad o ilegitimidad del acto quien debe efectuar una demostración concluyente y categórica de dicho punto. Por más amplias que puedan pensarse las facultades que tiene el juez para revisar el actuar administrativo, es necesario recordar que su control parte, por principio, de la presunción de la legitimidad apuntada, la cual exige que sea el administrado quien pruebe de manera indubitable, lo contrario. Puesto que, en caso de duda, debe estarse a la validez de la norma impugnada.

Esto explica, en definitiva, la absoluta importancia que tiene este tema en cualquier demanda contra el Estado, ya que “la formulación de meras afirmaciones genéricas que sólo alcancen a reflejar una dogmática discrepancia”<sup>4</sup> con la solución administrativa no resultan suficientes a los fines de impugnar judicialmente el actuar estatal.

El juez tiene la potestad de revisar ese actuar, pero es el actor quien debe instar esa revisión, mediante argumentos concretos y aptos de incidir en la convicción del juzgador. Estos argumentos son, principalmente, los que veremos a continuación.

#### *b) El control de legalidad, los aspectos reglados*

Como dijimos anteriormente, la justicia tiene la potestad de revisar los aspectos y/o elementos reglados del acto discrecional. Tanto el elemento competencia, forma y procedimiento, como la causa, la motivación, la finalidad e, incluso, el objeto, pueden ser y, en muchas ocasiones lo son, elementos total o parcialmente reglados.

En la medida que ello suceda, el juez deberá establecer básicamente el grado de cumplimiento de los requerimientos normativos configurativos de la conducta administrativa predeterminada. De no soportar el examen jurisdiccional pleno y ser los vicios graves excluyentes del elemento (o de gravedad equivalente), el acto administrativo será absolutamente nulo.

<sup>4</sup> Causa A. 910. XLVI, *in re* “Asociación Magistrados y Funcionarios c/ E.N. Ley 26.372 artículo 20 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 4/12/2012.

Con esta verificación, la elección discrecional no es examinada sino que el juzgador hace un juicio lógico jurídico de comparación entre las normas que atribuyeron, en forma directa o indirecta, las competencias al órgano y el acto que este emitió.

De este modo, si bien consideramos que todos los elementos del acto pueden tener aspectos reglados, trataremos en forma particularizada, tres cuestiones que entendemos resultan de especial trascendencia. En primer lugar, el deber de fundamentación, que se encuentra comprendido en el elemento motivación. En segundo lugar, el alcance de la revisión judicial de los hechos determinantes de la decisión, cuestión que se encuentra íntimamente relacionada con el elemento causa del acto administrativo. El tercer asunto, se trata de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Consideramos que este último también constituye, aunque desde otra perspectiva, una herramienta para analizar el elemento causa.

### 1. *El deber de fundamentación*

En todo acto administrativo existe un elemento que tiende a identificarse con lo formal y que no siempre se advierte como de importancia a primera vista, pero que en el caso de un acto administrativo discrecional, asume singular relevancia. Se trata del deber de motivación o fundamentación, previsto en el art. 7, inc. *e*, de la Ley de Procedimientos Administrativos.

En cuanto a este punto, tomaremos como paradigmático de la jurisprudencia de la Corte, el caso “Silva Tamayo” de 2011<sup>5</sup>. Allí la Corte enfatizó que, sin bien la motivación tiene gran relevancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades regladas (porque permite determinar la corrección del encuadre fáctico normativo de la decisión), es especialmente exigible cuando el acto es dictado en el marco de facultades discrecionales, pues estas deben hallar en aquella el cauce formal convincentemente demostrativo de la razonabilidad de su ejercicio.

En consecuencia, en ningún caso puede admitirse que el ejercicio discrecional de la función administrativa se encuentre fundado en “fórmulas carentes de contenido”, “expresiones de manifiesta generalidad” o en la mera “mención de citas legales, que contemplan una potestad genérica no justificada en los actos concretos”. Por el contrario, que debe darse un “estricto” cumplimiento de este deber, en forma “concreta” y de acuerdo con los hechos del caso.

En definitiva, la fundamentación permite conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión

<sup>5</sup> CS, 2011, “Silva Tamayo”, Fallos 334:1909, y sus citas.

a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Por ello, el deber de motivación y el derecho a una resolución fundada constituye una de las garantías comprendidas dentro de lo que se conoce como el derecho de defensa, tutelado por el art. 18 de la Constitución nacional.

En consecuencia, este elemento debe ser revisado judicialmente sin importar la extensión del margen de discrecionalidad que ostente el acto cuestionado y constituye, precisamente, una de las herramientas más importantes en el control de este tipo de actos, puesto que la ausencia de motivación o la existencia en ella de un vicio grave, determina la nulidad absoluta del acto administrativo, en los términos fijados por el art. 14, inc. *b*) de la ley 19.549.

## *2. La verificación de los hechos determinantes*

Este aspecto puede traer alguna complejidad en su análisis. Hemos dicho que la discrecionalidad consiste en adoptar una de las opciones igualmente válidas a los fines de concretizar el ejercicio de facultades administrativas. Al efectuar dicha operación, el órgano administrativo toma en cuenta determinados hechos que entiende como determinantes.

Ahora bien, es importante dejar aclarado que, al fiscalizar el ejercicio del poder discrecional, los jueces pueden revisar plenamente la materialidad y exactitud de los hechos, así como del derecho. Incluso la hipótesis más amplia de discrecionalidad normativa se concreta sobre la base de hechos, conductas o acontecimientos verificables objetivamente y susceptibles, por consiguiente, de pleno control judicial.

Esto implica que, si los hechos, conductas o acontecimientos determinantes no existen, son falsos o distintos a los tomados en consideración por el órgano administrativo, el acto será inevitablemente inválido. No cabe, en este aspecto, elección discrecional alguna. El mundo de los hechos no puede ser y no ser, al mismo tiempo. Por ello, en este terreno, el control judicial es pleno, sin que ello importe menoscabo alguno a la discrecionalidad de la Administración.

Es decir que, el juzgador debe efectuar el control de legalidad del acto discrecional, pero a su vez debe desentrañar los motivos y los extremos fácticos de origen, valorando objetivamente los antecedentes que se encuentran en la causa y que fueron la motivación de su dictado, para dar por sentado que la decisión administrativa resulta o no conforme a derecho. La causa constituye uno de los elementos esenciales del acto administrativo previstos por la Ley de Procedimientos, por lo que todo lo relativo a su existencia o exactitud, constituye un elemento reglado que cae bajo la revisión de legalidad de los jueces.

Los juguetes de la Salita Celeste se guardan en unos estantes verdes y amarillos. Graciela no podría pedirle a sus niños que guarden u ordenen los juguetes si ese día no los usaron y estos están ya guardados y ordenados en sus estanterías. Tampoco podría hacerlo si el día anterior hubiera venido el *Ladrón de Juguetes* y se los hubiera llevado todos. Suponiendo que lo hiciera, no parecería razonable que luego los sancione con un reto por el incumplimiento de su orden, ¿o no?

Sin perjuicio de la conclusión a la que hemos arribado, cabe que pongamos de resalto dos reparos sobre el tema; ya que lo mencionado anteriormente no significa que toda cuestión relacionada con lo fáctico sea siempre plenamente justiciable.

En primer término, que existen cuestiones que escapan a la verificación o comprobación de la existencia o corrección de meras circunstancias fácticas. Ello ocurre cuando la decisión administrativa no se sustenta en los meros hechos, sino en la apreciación discrecional que el órgano administrativo haya efectuado de ellos. En este caso, es tal valoración y no los hechos en sí mismos, la que no debe identificarse con lo reglado.

En este sentido, cabe preguntarse: los juguetes están en las estanterías, pero, ¿están ordenados? Puede haber 35 juguetes en el primer estante, uno en el segundo y tres repartidos entre el tercero y el cuarto; o bien pueden estar los juguetes más pesados arriba, con el peligro de que caigan sobre la cabeza de algún niño que esté justo en esa zona. En ambos los casos los juguetes están en los estantes, pero no pareciera *razonable* decir que están ordenados.

Lo que sucede es que el orden de los juguetes, en realidad, no forma parte, en principio, del mundo fáctico comprobable. Por el contrario, responden a un criterio, a un modo de apreciación.

Ahora bien, en este caso, ¿cuál criterio debe primar? ¿El de Graciela, el de Ángela o el de los niños? ¿O el de sus padres? ¿O el del juez?

Si bien este es un problema complejo que podría justificar un trabajo específico, para contestar estas preguntas en forma suficientemente fundada, pareciera lógico y adecuado a los fines de este breve relato, comenzar por descartar a los niños y a sus padres de las variantes. Luego, habrá que ver si existe alguna norma que limite o incida en el criterio de algunos de los actores restantes.

En el caso de que no la hubiera, puede pensarse que es una de las tantas modalidades que Ángela dejó librado a la discrecionalidad de Graciela cuanto le dio la orden de que los juguetes sean guardados. Por lo que, en tanto el criterio que Graciela adopte no se contraponga con otra norma aplicable, ni Ángela ni el juez podrían decir que es ilegítimo. En esos términos, elegir un criterio constituye un ejercicio discrecional de Graciela que no está, por ende, sujeto al examen de legalidad de los aspectos reglados.

Distinto sería el caso si Ángela hubiera dispuesto previamente que los juguetes grandes y/o pesados (supongamos que se especifica el peso y la medida

del tamaño) se guarden en el estante más bajo. Puesto que entonces sí el criterio de Graciela se vería condicionado por ese reglamento, si ella ordenara lo contrario, su orden sería inválida por ilegítima. Pues, en ese aspecto, el ejercicio de sus facultades es reglado y no discrecional.

Como veremos más adelante, el criterio del juez en todos los casos es completamente irrelevante. Este debe limitarse a convalidar el de Graciela en el primer caso, o el de Ángela en el segundo. Esto lo debe hacer, aun si el de Graciela le parecía más conveniente, puesto que el examen de legalidad sólo le permite evaluar quién estaba jurídicamente facultado para emitir el criterio o norma aplicable al caso. Veremos posteriormente que también podrá analizar la conformidad de ese criterio a principios como el de razonabilidad, pero también veremos que eso dista mucho de poder establecer él mismo, qué criterio es el mejor.

En segundo lugar, cabe destacar que también puede existir otro orden de cuestiones (en las que por lo general intervienen políticas legislativas de estrategia y diseño procesal e, incluso, la propia voluntad del impugnante) que imponga, como principio, la imposibilidad de comprobar judicialmente los hechos del caso.

Esto sucede cuando la persona elige un proceso abreviado o de mayor celeridad, como puede ser el amparo o la generalidad de los recursos directos, cuyo ámbito de cognición se encuentra limitado, no ya por cuestiones relacionadas con la discrecionalidad del acto impugnado o por el principio de división de poderes, sino por el diseño legal del juicio o proceso que se lleva a cabo.

### 3. *Los conceptos jurídicos indeterminados*

Entre las técnicas de reducción de la discrecionalidad y amplificación del espectro de aspectos reglados, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados es una de las que mayor relevancia ha tenido en la doctrina argentina y comparada.

Esta herramienta consiste en identificar los casos en que se utilizan ciertos conceptos jurídicos (como ser “interés público”, “utilidad pública”, “buen padre de familia”, “buena fe”, “precio más conveniente”, etc.) que se caracterizan por ostentar cierta ambigüedad o vaguedad.

Si bien estos resultan potencialmente generadores de dicha discrecionalidad administrativa, lo cierto es que en ocasiones, pueden importar un aspecto reglado del acto. Es decir que puede ser que, sin perjuicio de la vaguedad potencial del término, este dé lugar a un solo camino jurídicamente válido, a la luz del resto del ordenamiento jurídico y, especialmente, de los hechos del caso concreto.

De tal modo, se ha advertido que, dado un caso concreto, no puede admitirse que una decisión pueda responder al interés público y que a la vez que

no lo haga. En igual sentido, determinado bien u emprendimiento no puede ser considerado que sea y que no sea de utilidad público. Una conducta cierta de un empleado público no puede ser de buena fe y, la vez, no serlo. El precio de una oferta no puede calificarse como el más conveniente para una determinada contratación administrativa y admitirse, paralelamente, que haya otro igual o más conveniente que este.

Todos estos conceptos (sean de experiencia o de valor) revisten el carácter de jurídicos y pueden encontrarse en la norma atributiva de la competencia como indeterminados. Sin embargo, su significación puede reducirse en el proceso aplicativo de la norma, de modo de que pueda arribarse a una “única solución justa”, a través de una apreciación disyuntiva.

Se diferencian de la discrecionalidad en que, no se encuentren enteramente definidos en la norma, son precisables en cada caso concreto mediante dicha operación interpretativa. Frente a un concepto jurídico indeterminado, puede existir una sola alternativa válida, en cambio, frente a la discrecionalidad, existen, al menos, dos.

Por ello, debe considerarse que en tales supuestos no estamos en presencia de actividad discrecional, y que en esos casos la labor del juez estará destinada a comprobar si la valoración efectuada por el poder administrador se corresponde con lo establecido por la norma y advertir de ese modo si la Administración se ha equivocado en la aplicación del concepto al caso concreto.

### *c) Control sobre los aspectos discrecionales, los principios generales del Derecho*

Hemos explicado que el juez, ante un acto que cumple tanto con la norma en que se sustenta la competencia del órgano que lo dictó, como con el resto de las normas el ordenamiento jurídico, nunca podrá imponer su criterio, por más que considere que es mucho mejor o más conveniente u oportuno. Ahora bien, la pregunta que surge es: ¿qué puede examinar, entonces, de estos aspectos que no se encuentran reglados por las normas sino librados a la discrecionalidad del administrador?

Lo que puede hacer es verificar que el acto o actuar administrativo se ajuste con lo que se conoce como los principios generales del derecho. La definición y alcance de estos principios es diversa según la concepción iusnaturalista o positivista. Sin embargo, más allá de esta diferencia (que hace al debate propio de la filosofía del derecho), ellos tienen una importancia relevante, ya que no sólo tienen una función al momento de resolver las cuestiones que no tienen solución expresa en la ley, sino que, por ser los fundamentos del

derecho, permiten la formulación, integración e interpretación de las normas jurídicas. Estos son los contornos propios de la discrecionalidad administrativa y no otros.

En última instancia y más allá del progreso en la verificación de los aspectos reglados del acto administrativo, la discrecionalidad, en tanto elección u opción, no es absolutamente libre, ya que se encuentra limitada negativamente por los principios generales del derecho.

Decimos “negativamente”, porque como hemos adelantado, salvo situaciones particulares, no es posible (ni en rigor deseable) derivar de los principios generales del derecho una vinculación positiva para la Administración y habilitante, por tanto, de una única solución válida. Ahora bien, lo dicho no obsta para que, de violarse los límites jurídicos de la discrecionalidad, el acto resulte inválido y así sea declarado por el juez, si es llamado a pronunciarse sobre la cuestión.

Entre los principios generales del Derecho que limitan el actuar administrativo, el principio de razonabilidad es el de mayor utilidad y desarrollo, razón por la que hemos considerado que corresponde analizarlo en profundidad.

### *1. El principio de razonabilidad*

De conformidad con los lineamientos expuestos, resulta claro que no hay actividad de la Administración ajena al control judicial de legalidad y/o razonabilidad. Es decir, aun tratándose de una manifestación de potestades discrecionales, estas en ningún caso pueden resultar contrarias al Derecho.

El ejercicio del poder estatal debe ser racional y justo y la circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales no constituye justificativo de una conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a dichos actos.

Dentro de esa órbita se ha dicho que lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa: conforme a la razón, justo, moderado, prudente; todo lo cual puede ser resumido en arreglo a lo que dicte el sentido común.

Ahora bien, al momento de argumentar determinada pretensión impugnatoria de un acto o actividad (sea particular o estatal), no resulta conveniente limitarse a manifestar que esta resulta arbitraria o injusta y que por tal motivo es irrazonable e inválida. Es necesario concretizar el argumento a fin de fortalecerlo. Para ello, resulta imprescindible entender tanto el marco teórico como la mecánica del examen de razonabilidad.

## *2. El marco normativo que sustenta su aplicación*

Este examen no se encuentra regulado en todo su espectro en un ordenamiento jurídico determinado, sin embargo existe cierto consenso respecto de su alcance, así como determinadas normas que traen luz sobre su mecánica.

Su fundamento constitucional reside en el art. 28 de la Constitución, el cual (siempre es bueno recordarlo), es anterior a las Enmiendas que receptaron la noción de debido proceso sustantivo norteamericana y, por supuesto, muy anterior a la interdicción de arbitrariedad plasmada en la relativamente reciente Constitución española. Es a través de esta norma que el constituyente impuso a los órganos constituidos el deber de no alterar los derechos que la Constitución garantiza.

Este mandato debe interpretarse en forma armónica con lo normado por su art. 33, en cuanto prescribe que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. También con lo previsto por el art. 14, en tanto establece que dichos derechos no son absolutos, sino que serán gozados por los habitantes de la Nación conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio y con el art. 99, inc. 2, en la medida que atribuye al Presidente la potestad de efectuar las reglamentaciones necesarias para la ejecución de dichas leyes, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

Puntualmente, en lo que hace al examen de razonabilidad de los actos administrativos, la propia ley 19.549 ha establecido como requisito ineludible de uno de sus elementos esenciales, el deber de cumplir “con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto”. A lo que agregó que “las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad” (art. 7, inc. f, de la ley cit.).

## *3. La mecánica del principio*

Tomando como base las normas apuntadas, podemos ahora estudiar los mecanismos mediante los cuales se aplica el principio de razonabilidad en el examen de validez de un acto administrativo discrecional.

Para ello resulta imprescindible identificar, en primer lugar, cuál es la finalidad a la que debe dirigirse dicho acto, es decir, la que resulta de la norma atributiva de la mentada potestad discrecional. Este paso inicial es, quizás, el más difícil del mecanismo, puesto que, en ocasiones, dicha finalidad no surge

de manera expresa y manifiesta de la norma atributiva, por lo que ella debe ser *razonablemente* interpretada. Además, también puede ocurrir que, como hemos visto, las facultades discrecionales ejercidas en el acto que se esté revisando, no sean el resultado de una norma precisa, sino de un conjunto de ellas que inciden de distinto modo en el caso, por lo que la interpretación de cuál es la finalidad prevalente puede resultar más compleja aún. Máxime si se advierte que en un determinado mandato, pueden coexistir distintas finalidades que incidan de modo diverso en el actuar administrativo.

Sin embargo, el intérprete debe afrontar este estudio con la mayor intensidad posible, ya que, si bien puede ser la parte más difícil del mecanismo, también es, como se verá, la más importante, en tanto constituye una llave que puede dar lugar a una determinada conclusión o a otra enteramente opuesta.

En el caso que nos concierne, cabe preguntarse: ¿cuál fue la finalidad de Ángela cuando les requirió a sus maestras que los niños ordenen los juguetes al cabo de cada jornada? La respuesta no parece ser demasiado complicada. En nuestra experiencia, la gran mayoría de veces que la hemos formulado, ha sido prácticamente la misma: “que los juguetes estén ordenados”, “mantener el orden” o, simplemente “el orden”.

Una vez identificada la finalidad perseguida por la norma o por el conjunto de normas atributivas de las competencias discrecionales, dicha finalidad debe confrontarse con lo que efectivamente decide o declara el acto discrecional, por lo que debe identificarse el objeto del acto administrativo.

Supongamos que Graciela ejerció sus facultades discrecionales mediante el siguiente canto: ♪ “A guardar, a guardar, cada cosa en su lugar” ♪.

Cada vez que llegaba al final de esa estrofa, verificaba que todos los niños se encuentren haciéndolo. Cuando alguno de ellos parecía distraído, lo incentivaba a que no se desconcentrara del objetivo mediante un pequeño golpecito en la parte posterior de la cabeza, que por lo general, era de muy poca intensidad. Analicemos la razonabilidad de este “incentivo”.

Siempre que el objeto del acto persiga efectivamente la finalidad identificada, podremos decir que este se adecua a ella y, en esos términos, es razonable y, por ende válido. A este primer examen se lo denomina *de adecuación*. No requiere que el acto *cumpla* con dicha finalidad, sólo que *tienda* a ella, que esta sea la finalidad *perseguida*, ello es suficiente para poder afirmar que el acto resulta razonable, en tanto tiene una relación de adecuación con su finalidad.

De lo contrario, si el objeto del acto no tiende o no persigue la finalidad identificada en la norma atributiva de competencias discrecionales, debe

predicarse su nulidad por irrazonabilidad. En estos casos, no será necesario continuar con este examen, ya que nos encontraremos ante el vicio conocido como *desviación de poder*, expresamente establecido en la Ley de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, a esta altura de la explicación, debe aclararse que el intérprete puede efectuar el análisis de razonabilidad con distintos grados de intensidad dependiendo de las circunstancias del caso y de la naturaleza de los derechos involucrados. El examen de adecuación resulta ser el más tenue de los criterios que, potencialmente, comprende el principio de razonabilidad.

Un segundo criterio, que implica un examen más agudo del acto discrecional, constituye el examen de proporcionalidad. Para “aprobar” este test, no alcanza con que el acto administrativo tienda a la finalidad perseguida, sino que se requiere que lo haga en forma proporcional. Es decir que dicha finalidad no puede justificar actos que, si bien se adecuan a ella, contienen una decisión que resulta, en términos absolutos, excesivamente lesiva de los derechos de la persona.

Cabe destacar también que, si bien se ha identificado la utilización de uno u otro criterio de razonabilidad con los casos en que se invoca una lesión al derecho de propiedad y los casos en donde se ventilan otros derechos constitucionales, lo cierto es que la frontera que ha delimitado las circunstancias que han llevado al Poder Judicial a recurrir a uno u otro criterio muchas veces aparece desdibujada. Por lo que, en este sentido, resulta más conveniente efectuar un análisis casuístico y evitar, de ser posible, conformarse con la utilización de reglas generales que, si bien tiene un gran beneficio didáctico, puede representar un riesgo innecesario en los estrados judiciales.

Bajo estos parámetros, la primera conclusión a la arribamos es que el “incentivo” de Graciela puede resultar altamente repudiable y contrario a nuestros valores. Sin embargo, lo cierto es que tiende, en el sentido técnico en que cabe emplearlo aquí, a la finalidad que hemos identificado como la búsqueda por Ángela. En consecuencia, si nos limitáramos al criterio de adecuación, no podríamos afirmar que dicho actuar resulta irrazonable o inválido.

Por suerte, si recurrimos al segundo de los criterios apuntados, rápidamente podemos apreciar que dicha técnica sí aparece como excesivamente lesiva de los derechos de los niños. La finalidad de “mantener el orden” es válida, pero resulta excesivo lesionar la integridad física de menores de edad para lograrlo. Los “golpecitos” de Graciela (que en este esquema actúan, *mutatis mutandis*, como verdaderas sanciones administrativas), no respetan el criterio de proporcionalidad y, por ello, resultan arbitrarios, irrazonables e inválidos.

Sin embargo, aquí no termina el análisis. Existe un problema ulterior y reside en el hecho de que no resulta claro si el juzgador empleará este segundo

criterio para resolver el caso. Por supuesto que nosotros creemos que así debiera hacerlo, pero ello no siempre sucede.

De este modo, vemos que el caso podría resolverse de una manera que consideraríamos injusta. El riesgo que corremos con ello, es dejar librado, en una extensión innecesaria, el resultado del juicio al actuar criterio del juzgador. ¿Será que no hemos analizado suficientemente la cuestión? ¿Este supuesto “incentivo” es realmente razonable en términos de adecuación, o hay algo que no hemos visto?

Hemos dicho que la parte más importante del examen de razonabilidad reside en identificar la finalidad. La finalidad de Ángela, ¿fue efectivamente “mantener el orden”?

Creemos que no, que al ser su función la de Directora de jardín de infantes, su finalidad no debería interpretarse como limitada a “mantener el orden”. Por el contrario, ella debe emparentarse con la de la institución que dirige, debe relacionarse con la educación. No con “el orden”, sino, en todo caso, con que los niños aprendan la importancia del orden, aprendan la importancia de valores como hacerse cargo del desorden que ellos mismos hicieron y, también, de hacerlo en forma solidaria, ordenando los juguetes, sin diferenciar los que usó uno de los que usó el compañero.

Ahora bien, planteamos la finalidad en estos de educación, el “incentivo” de Graciela no puede verse de ninguna manera como adecuado, en tanto no tiende, ni se dirige, a la consecución del aprendizaje de ninguno de los valores tenidos en cuenta en la finalidad.

De este modo, se evidencia la importancia de encontrar la finalidad o las finalidades reales o correctas, ya que la identificación de una u otra finalidad puede, como nos ha sucedido en el ejemplo, conducirnos a soluciones diametralmente opuestas.

La adecuación y la proporcionalidad fueron, tradicionalmente, los dos únicos criterios aceptados por la jurisprudencia como integrantes del juicio de razonabilidad. Sin embargo, la Corte ha aceptado un tercer criterio, que debe emplearse únicamente en situaciones muy puntuales. En el caso “Asociación de Magistrados y Funcionarios”<sup>6</sup> ha reseñado esta postura, presente en su jurisprudencia de los últimos años, donde comienza por explicar que la intensidad con la que es ejercido el examen de razonabilidad se encuentra atada a las circunstancias del caso y a la naturaleza de los derechos involucrados. Desde esta perspectiva, sostiene que el examen de validez de los actos del Estado debe ser más agudo cuando estos establecen una distinción sustentada en lo que se denomina como “categorías sospechosas”, es decir, “en motivos de” raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión, hemos hecho un examen más meticoloso en ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA, *El examen de necesidad. ¿Razonabilidad o conveniencia?*; EDA, 2008-647.

índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En tales casos, no sólo debe valorarse judicialmente que el acto en cuestión sea adecuado y proporcional respecto de la finalidad perseguida por la o las normas atributivas de competencias, sino que, además, debe ser verificable que “se trata del medio menos restrictivo y no solo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad”. Como puede verse, este nuevo criterio se identifica a lo que se conoce como subprincipio de necesidad, dentro del esquema tripartito del juicio de proporcionalidad empleado tanto por Alemania y España, como por las Cortes Europeas e Interamericanas de Derechos Humanos. En adición a este “escrutinio estricto” por el que debe guiarse el juicio de razonabilidad, la Corte ha estimado, además, que dichos actos deben presumirse ilegítimos e inconstitucionales, lo cual provoca una inversión de la carga de la prueba. No será entonces la persona que considera afectados sus derechos quien deba probar la ilegitimidad que alega, sino el propio Estado quien deba acreditar que la norma que ha dictado cumple con dicho escrutinio estricto, en tanto el trato desigual responde a fines sustanciales y no meramente convenientes.

Supongamos que Graciela haya notado que, de los niños de la Salita Celeste, las niñas se concentran más, son más rápidas, prolijas, eficientes y ordenadas, y que estas circunstancias la llevaron a decidir que ellas hicieran el guardado, mientras que los niños las miran. Creemos que podría decirse que esta es un decisión que, en los términos empleados por la Corte, establece una distinción sustentada en una *categoría sospechosa*.

En consecuencia, el juez debe presumirla inválida y será la Administración la que tendrá que probar su razonabilidad, no sólo en términos de adecuación o proporcionalidad. Debe acreditar que se trata de la medida menos lesiva, entre otras igualmente posibles, adecuadas y proporcionales. Si no lo hace, corresponde declarar la invalidez de la decisión de Graciela.

Hemos dicho, al analizar el criterio de proporcionalidad, que la irrazonabilidad se verificaba cuando podíamos decir que el acto era excesivo en sí mismo, en términos absolutos. Entendemos que el nuevo criterio de *escrutinio estricto* empleado por la Corte también evalúa que la norma no resulte excesiva, aunque no ya en forma absoluta, sino relativa, es decir, tomando como punto de comparación otras hipotéticas medidas igualmente posibles, justas y razonables, en términos de adecuación y proporcionalidad.

#### d) *Las cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia*

Como hemos adelantado, las razones de oportunidad, mérito o conveniencia, tenidas en cuenta por los poderes del Estado para adoptar decisiones que les son propias, no están sujetas al control judicial. La Constitución ha atribuido esas facultades a los poderes políticos, reservando para el judicial,

la mera comprobación de que ellos actúen conforme a Derecho, examen que sólo podrá efectuar dentro de un caso concreto, a fin de garantizar o resguardar el derecho constitucionalmente protegido que la parte haya invocado.

Como consecuencia de esta línea argumental, la Corte Suprema ha entendido que la adopción de uno u otro procedimiento por parte del legislador o del Poder administrador se traduce en un examen de conveniencia o mérito; extremo que no compete a la Corte Suprema juzgar, desde el momento en que el control de constitucionalidad no comprende la facultad de sustituir al legislador en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad.

De este modo, cabe preguntarse si este último escrutinio que la Corte ha establecido para los casos en que las normas efectúen una distinción sustentada en *categorías sospechosas* consiste, efectivamente, en lo que tradicionalmente se ha entendido como examen de razonabilidad o, si en realidad constituye una valoración de mera conveniencia o eficacia. Puesto que, si fuera este último el caso, la cuestión no podría someterse a la revisión jurisdiccional, so pena de violentar el principio de división de poderes.

Si bien el problema es harto complejo, consideramos que puede encontrarse una respuesta a este novedoso interrogante si se recuerda que el objeto de este examen resulta sustancialmente ajeno a la conveniencia o a la medición de eficacia de la medida que se haya estipulado. Por el contrario, su validez depende, únicamente, del nivel de intrusión sobre el derecho del particular.

Es decir, que la existencia de una medida alternativa claramente más eficaz o conveniente que la cuestionada, carece de toda relevancia a los fines de evaluar la validez de la norma que se someta a este *escrutinio estricto* o examen de necesidad. El único criterio para evaluar su irrazonabilidad será, siempre, el hecho de ser más o menos intrusiva que la medida alternativa y, nunca, el grado de adecuación, eficacia o conveniencia, en relación al fin que exija la norma atributiva de las competencias que se hayan ejercido.

De este modo, debe entenderse que, cuando pueda determinarse cuál de las dos medidas resulta menos lesiva a los derechos de las personas afectadas (circunstancia que no resulta posible en todos los casos), la elección de una u otra no pertenece al campo de la eficacia o conveniencia, sino al de la razonabilidad y, por ende, su validez o invalidez resultará plenamente justificable<sup>7</sup>.

En realidad, ya hemos explicado cómo funcionan estas cuestiones en el caso de *Los espejitos de colores*. Graciela, sentada en una de esas sillitas tan peculiares que tienen los jardines de infantes, les comunica a sus niños el modo en que entiende que debe cumplirse la orden de Ángela. Al hacerlo, tiene la libertad discrecional para utilizar el criterio que considere mejor. Si el juez entiende que

<sup>7</sup> CSJN, “Asociación Magistrados y Funcionarios”, ya cit., cons. 12.

ese no era el mejor, sino que había otros más convenientes, oportunos o simplemente mejores, su opinión al respecto es jurídicamente irrelevante.

Lo único que puede valorar el juez es si Graciela actuó conforme a Derecho, en términos de legalidad y razonabilidad, a fin de garantizar que no sean conculcados los derechos constitucionalmente protegidos.

Cuando el criterio de conveniencia de Graciela se sustenta en la distinción de una categoría sospechosa, el juez puede analizar si tal decisión era la que restringía en menor medida los derechos de los niños de la Salita Celeste. En caso contrario, debe declarar la invalidez del criterio. No porque sea más o menos conveniente, ello nunca podría analizarlo la justicia, sino porque importa una intromisión excesiva a la esfera de derechos constitucionalmente protegidos. El hecho de que ese exceso lo sea en términos relativos (tomando en consideración otros posibles criterios, normas o medidas) no cambia la naturaleza del examen que debe, según la jurisprudencia comentada, efectuar el juez.

Por último, a fin de despejar cualquier duda que pueda plantearse en este sentido, cabe recordar que en el caso al que hemos hecho referencia, la Corte ha manifestado expresamente que este escrutinio estricto debe considerarse como una vertiente del juicio de razonabilidad, completamente ajeno al de conveniencia. En tal sentido, destacó que dichos juicios se distancian por “un paso, un grande y delicado paso, que no puede ser saltado sin quebrantar el régimen de división de poderes en que se asienta el diseño institucional de esta República”<sup>8</sup>.

#### *e) El riesgo de sustitución judicial de la función administrativa*

Como hemos explicado, el control que puede efectuar el juez respecto del nudo decisional que caracteriza a los actos administrativos discrecionales, ha de ser siempre ejercido en forma negativa.

Esto quiere decir que, una vez comprobada la legalidad de los aspectos reglados del acto y la veracidad de los hechos que sustentan, el juez debe limitarse a controlar que la decisión discrecional efectuada por el ente administrativo se ajuste a los principios generales del Derecho, en particular, al juicio de razonabilidad.

En caso de decidir que ello no ocurre, sólo podría declarar la invalidez del acto. No corresponde, por ende, que el juez efectúe nuevamente el proceso decisional llevado a cabo por la Administración y adopte una nueva decisión. Puesto que, como hemos visto, su poder de jurisdicción sólo puede limitarse a analizar la legalidad y razonabilidad del acto, siendo el órgano administrativo el único facultado para ejercer las atribuciones discrecionales necesarias para

<sup>8</sup> *Ibidem.*

adoptar una determinada decisión sobre la cuestión. Por ende, en caso de que el juez avance más allá de los límites de su jurisdicción y sustituya al órgano administrativo en el ejercicio de sus funciones, se estaría quebrantando el principio de división de poderes que, tal como hemos recordado, constituye uno de los pilares sobre los cuales se asienta el diseño constitucional de la República.

Como hemos dicho, un juez puede analizar la legalidad o razonabilidad de las decisiones o criterios que toma Graciela sobre el modo en que los niños deben guardar los juguetes de la Salita Celeste, lo que nunca podrá hacer, es establecer él, cuál es el modo o criterio que debe emplearse, ya que no se encuentra normativamente facultado para ello.

Un claro ejemplo de esto, puede observarse en el precedente “Buttice, Eduardo” de la Corte Suprema<sup>9</sup>, en donde se reconoció que la decisión discrecional de anular un concurso para acceder a un cargo docente resultaba manifiestamente arbitraria, razón por la que confirmó su anulación. Sin embargo, entendió que la sentencia del Tribunal de la anterior instancia de adjudicar dicho cargo al Sr. BUTTICE por ser él quien se encontraba segundo en el orden de mérito, constituyó un exceso de jurisdicción. En tal sentido, recordó que “el Poder Judicial, al comprobar la existencia de un vicio en un acto que fue dictado en ejercicio de facultades discrecionales, debe limitarse a su declaración y a disponer las medidas consecuentes. Pero al resolver del modo cuestionado, se había obligado a la Universidad a hacer algo que la ley no manda, sustituyendo su criterio de conveniencia o eficacia por el de los jueces, violando así el principio de división de poderes del Estado”.

## VI. DESPEDIDA

Brevemente, hemos intentado utilizar las experiencias de Ángela, Graciela y los niños de la salita celeste del jardín de infantes *Los Espejitos de Colores*, para explicar que la discrecionalidad nace siempre de una o varias normas, a las que no puede contradecir. Debe ser ejercida en forma fundada y puede verificarse tanto los hechos en que se basa, como si realmente se ajusta a los conceptos jurídicos indeterminados que intenta aplicar.

Por otro lado, también debe respetar los principios generales del Derecho, en particular, el de razonabilidad, en términos de adecuación, proporcionalidad y, si corresponde, también el escrutinio estricto de la necesidad. Todo ello, es controlable por el juez, en tanto no se introduzca en el examen propio

<sup>9</sup> CSJN, 2006, “Buttice, Eduardo”, Fallos: 329:5368.

de la oportunidad, mérito y conveniencia, en cuyo caso, su actuar importaría una sustitución de la función administrativa.

Este tema tiene un rol fundamental en el Derecho Administrativo y constitucional, ya que se aplica, prácticamente, a todos los casos en que una persona considere que sus derechos han sido afectados por los actos y normas con los que el Estado lleva a cabo su función. Aquí hemos intentado tratarlo con una cierta liviandad que, probablemente, no sea la que merezca. Sin embargo, nuestra intención ha sido noble; hemos buscado facilitar la comprensión de quienes no son especialistas en la materia (entre los cuales, por supuesto, nos encontramos).

Esperamos, humildemente, haberlo conseguido, ya que este escrito no es más que nuestro modo de entender un tema que consideramos extremadamente complejo y cuyo estudio nos merece, todavía, largas horas de lectura, experiencia e intercambio de ideas<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Por eso, quisiéramos despedirnos del lector dando un paso en esa dirección y agradeciendo, de antemano, todos los comentarios, interrogantes y/o críticas que nos haga llegar ([enrique@alonsoregueira.com.ar](mailto:enrique@alonsoregueira.com.ar)).

# ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

ÁBALOS - ACUÑA - ALONSO REGUEIRA - ALTERINI -  
ÁLVAREZ TAGLIABUE - AMAYA - ASCÁRATE - BASTERRA -  
BESTARD - BONAVERI - BUTELER - CALDERÓN - CANDA -  
CARDACI MÉNDEZ - CARLÍN - CARNOTA - CASARINI -  
CAYSSIALS - CHIACCHIERA CASTRO - DAMSKY - DANESI -  
DIANA - DUBINSKI - FERRARA - FERRER ARROYO -  
FREEDMAN - GALLEGOS FEDRIANI - GARCÍA RAJO -  
GONZÁLEZ MORAS - GUSMAN - IVANEGA - KODELIA -  
LAVIÉ PICO - LÓPEZ MENDOZA - MAQUEDA FOURCADE -  
MARANIELLO - MÁRQUEZ - MARTÍNEZ - MIGLINO - MONTI -  
MORENO - MUÑOZ - OLMOS SONNTAG - PALACIOS -  
PÉREZ HUALDE - REJTMAN FARAH - RIQUERT - ROSATTI -  
SÁ ZEICHEN - SACRISTÁN - SANABRIA - SPOTA -  
THEA - TREACY - URRESTI - URTUBEY - VÍTOLO -  
VITTADINI ANDRÉS - VIVACQUA - VOCOS CONESA -



ASOCIACIÓN  
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*1ª Edición: Diciembre de 2013*

Estudios de Derecho Público / Edgardo Tobías Acuña ... [et.al.] ; prólogo de Alberto Antonio Spota. - 1a. ed. - Buenos Aires : Asociación de Docentes - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UBA, 2013.

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

1. Derecho Público. I. Regueira, Enrique Alonso, coord. II. Spota, Alberto. Antonio, prolog.

CDD 340

## **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