

EL OCASO DE LA DISCRECIONALIDAD

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Secretario de la Asociación de Docentes de la Facultad de
Derecho, Universidad de Buenos Aires;
Juez en lo Contencioso Administrativo Federal.

¡Qué esfuerzo!

¡Qué esfuerzo del caballo por ser perro!

Federico García Lorca, Muerte.

SUMARIO: 1. Aurora. 2. Control de legitimidad. 3. Presunción de legitimidad. 4. Control de legalidad. 4.1. Deber de fundamentación. 4.2. Hechos. 4.3. Conceptos jurídicos indeterminados. 4.4. Discrecionalidad técnica. 4.5. Legalidad y discrecionalidad sancionatoria. (i) Previsibilidad y precisión. (ii) Discrecionalidad circumscripta. 5. Control de razonabilidad. 5.1. Marco normativo. 5.2. Mecánica del principio. 5.3. La búsqueda de la finalidad. 5.4. Razonabilidad por adecuación (desviación de poder). 5.5. Razonabilidad por proporcionalidad. 5.6. Razonabilidad por necesidad. 5.7. Razonabilidad convencional. 6. Interdicción de sustitución. 7. Crepúsculo. 8. Ocaso. *

I. AURORA

Tradicionalmente se admitía la irreversibilidad absoluta del actuar discrecional de la Administración¹.

Por lo general, el dictado de actos en ejercicio de facultades discrecionales se identificaba con cuestiones en las cuales no cabía análisis jurídico alguno, por

* El presente trabajo es una reversión de ALONSO REGUEIRA, Enrique, *Discrecionalidad, Convencionalidad y Administradxs*, 1º ed., Buenos Aires, Lajouane, 2024, Capítulo II, pp. 31-76.

1 LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico*, 4º ed., Navarra, Civitas, 2022, p. 442.

Definimos discrecionalidad como la facultad normativamente conferida a la Administración para valorar jurídicamente los hechos y ponderar creativamente los intereses en juego y adoptar una determinada decisión en relación con otra u otras, válidas (ALONSO REGUEIRA, ya cit., p. 21 y ss., en similar sentido, VINCENTI, Rogelio W., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. El caso de los elementos reglados del acto”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *El control de la Actividad Estatal I*, 1º ed., Buenos Aires, ADD-UBA, 2016, p. 316; disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-el-control-de-la-actividad-estatal.php>.

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 revisora².

“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 [la magistratura], sin más, constando el hecho de que esta discrecionalidad estaba presente en el acto, se abstenía de entrar en el fondo del mismo”³.

Tan importante es esta idea inicial que puede decirse que todavía hoy “se siente el eco de la vieja equiparación de lo discrecional con lo no contencioso”⁴. Incluso, se ha entendido que, “la evolución del derecho público, más concretamente del administrativo, se define por una situación inicial de exención del poder discrecional de todo control y una progresión ulterior en el desarrollo de éste, es decir, de la limitación (excepcionando la exención) de aquél”⁵.

Ahora bien, lo cierto es que los actos administrativos no suelen ser enteramente reglados y nunca son enteramente discrecionales, sino que participan en forma parcial de uno u otro calificativo⁶.

2 Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, t. 1, *Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, FDA, 2013, p. X-24.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Lucha contra las inmunidades del poder”, en *Democracia, ley e inmunidades del poder*, 2ª ed., Pamplona, Civitas, 2011, p. 33.

4 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “La discrecionalidad técnica: Un viejo fantasma que se desvanece”, en ALONSO REGUEIRA, *El control de la...*, ya cit., p. 174.

5 PAREJO ALFONSO, Luciano, “La intensidad del control judicial de la administración pública: el juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad”, *RDA*, 15/16, p. 61. También, ver CAMPOLIETI, Federico, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en ALONSO REGUEIRA, *El control de la...*, ya cit., pp. 107-120.

6 No se encuentra ya discutida la inexistencia del acto totalmente discrecional (PAREJO Alfonso, ya cit., p. 85; FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la Administración Pública*, 1ª ed., Buenos Aires: Alfa, 1948, p. 41). “En el Estado de derecho no hay ni pueden existir actos discrecionales” (FIORINI, ya cit., p. 18). Por el contrario, sí se ha entendido que puede ocurrir que determinados actos sean completamente reglados, por ejemplo, en el caso de la licencia de conducir (CAMPOLIETI, ya cit.). Este sería el “ámbito natural donde podría gestarse y dictarse el acto administrativo automático” (TRABAGLIA, Juan Ignacio, *Acto administrativo Electrónico y Acto Administrativo Automático*, 1º ed., Santiago, Olejnik, 2022, p.105).

Desde otro ángulo, se ha expresado que “nunca las atribuciones de [una autoridad administrativa] podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales; es imposible en la práctica –y en todo caso altamente inconveniente– prever hasta el último detalle de lo que [la autoridad] debe hacer [...] Siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante, salvo que se pueda interpretar judicialmente que se trata de un caso de ‘discrecionalidad cero’” (GORDILLO, ya cit., p. X-24; en igual sentido, CAPUTI, María Claudia, “Las cláusulas accidentales del acto administrativo” en *Acto Administrativo y Reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad*

No hay actos discrecionales⁷, “sino elementos discrecionales de los actos administrativos, más o menos en número, y de mayor o menor importancia”⁸.

“Por todo ello, el debate sobre los actos discrecionales debe ser trasladado del plano radical de su exclusión del sometimiento al control judicial, al más modesto de determinar cuándo estamos realmente en presencia de potestades y actos discrecionales, qué elementos dentro de éstos son reglados y cuáles no, así como al análisis de las técnicas de control judicial”⁹.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina explica 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, la finalidad¹⁰ y, en ocasiones, a la motivación¹¹.

Austral-Facultad de Derecho, Vol. 1, Buenos Aires, RAP, 2002, p. 136; COMADIRA, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, 1ª ed., Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2022, p. 94).

7 “Uno de los progresos más significativos en la incesante búsqueda por aminorar la libertad de quienes expresan la voluntad del Estado, ha sido la fulminación del ‘acto discrecional’ que tan elocuentemente ha pregonado la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera” (SESÍN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma LexisNexis, 2004, p. 336).

8 “La discrecionalidad recae, según los casos, sobre unos u otros aspectos de la decisión: sobre el *an*, el *quid*, el *quomodo*, el *quando*, etc. Es más amplia o más estrecha, mínima o máxima, fuerte o débil, según las orientaciones, condiciones o estipulaciones de las normas que la confieren, pero siempre está sometida a unos límites jurídicos generales” (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Revista Ius et veritas*, vol. 21, nro. 43, 2011, p. 264). En igual sentido: GORDILLO, ya cit., p. X-24 y T. 5, Primeras Obras, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2012, p. IADA-V-18; GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Recursos directos* (aspectos sustanciales y procesales), 1ª ed., Buenos Aires, RAP, 2008, p. 62; SESÍN, ya cit., p. 96 y TAWIL, Guido S., *Estudios de derecho administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, pp. 4 y 5.

9 PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, T. 1, Parte General, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 103.

10 CSJN, “Consejo de Presidencia de Bahía Blanca de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos”, 1992, Fallos: 315:1361, considerando 10; ratificado, con matices, en “Solá”, 1997, 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; “Kohn Loncarica”, 1999, Fallos: 322:2075, considerando 5 de la Disidencia de LÓPEZ; “González”, 2002, Fallos: 325:3435, considerando 6 del Dictamen del Sr. Procurador General de la Nación, al que se remitió la Corte; “Schnaiderman”, 2008, Fallos: 331:735, considerando 4 del Dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, al que se remitió la Corte; y “Barrios Rojas”, 2020, Fallos: 343:990, voto de Rosatti.

11 CSJN, “Roa Restrepo”, 2021, Fallos: 344:1013, Voto mayoritario suscripto por Highton de Nolasco, Maqueda y Lorenzetti; y “Alaguibe”, 2023, Fallos: 346:854, voto suscripto por Rosenkrantz y Lorenzetti.

En doctrina, es difícil encontrar defensores a ultranza de que el elemento causa sea siempre reglado, aunque sí se ha predicado dicho carácter en cuanto a la competencia¹², la forma¹³ y la finalidad¹⁴.

A nuestro entender, no resulta conveniente descartar, de antemano, la posibilidad de que los citados elementos del acto puedan ser parcialmente discrecionales, sobre todo, ante la existencia de competencias implícitas o inherentes, formas esenciales cuya reglamentación no resulta tan completa como uno quisiera y la posibilidad de que no existan criterios normativos de apreciación de los hechos. Por ello, creemos que sería prudente analizar caso a caso, ya que puede ocurrir que lo reglado, o lo discrecional, no responda al elemento esencial de un acto administrativo en forma íntegra, sino que se vincule con algún aspecto de éste¹⁵.

Quizás, el único elemento que sí podría ser siempre reglado es la finalidad, ya que, por definición, se encuentra en la norma atributiva de facultades. Sin embargo, incluso frente a este elemento, son frecuentes los casos en los cuales dichas normas presentan una vaguedad y/o ambigüedad tal, que sólo permite acceder a la finalidad a través de una interpretación razonable que se asemeja mucho a lo discrecional¹⁶.

Tal vez, por eso la ley establece que, cuando el vicio del acto se observa en el elemento finalidad, la autoridad administrativa ha ejercido su competencia en forma irrazonable o ha actuado con desviación de poder. Es decir, supuestos típicamente relacionados con la discrecionalidad administrativa.

2. CONTROL DE LEGITIMIDAD

Así, la evolución del sistema jurídico ha logrado cambiar el descontrol inicial, 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 un control de legitimidad. El cual comprende, por un lado, el de legalidad, con

12 Sesén, ya cit., p. 152; GALLEGOS FEDRIANI, ya cit., p. 113; CAMPOLIETI, ya cit.

13 GALLEGOS FEDRIANI, ya cit., p. 113. Aunque se ha admitido “la existencia de un margen de discrecionalidad en este elemento cuando la norma establece distintas formas alternativas o no impone la estricta observancia de una forma determinada, en cuyo caso la Administración es libre para determinar aquella que juzgue más conveniente” (CAMPOLIETI, ya cit.).

14 TAWIL, Estudios..., ya cit., pp. 4 y 5; Sesén, ya cit., p. 152; GALLEGOS FEDRIANI, ya cit., p. 113; CAMPOLIETI, ya cit.

15 “Estimo que ni siquiera corresponde hablar de elementos discrecionales o reglados, porque incluso un mismo elemento o requisito del acto puede manifestar ambos aspectos” (Sesén, ya cit., p. 96). En similar sentido, SÁNCHEZ MORÓN, ya cit., p. 263; GORDILLO, t. 1, ya cit., p. X-25.

16 “La aplicación de la ley no importa solamente lógica sino una cierta dosis de poder discrecional” (LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 87).

relación a sus aspectos reglados y, por el otro, un control de conformidad con los principios generales del Derecho, en particular, el de razonabilidad.

Sin embargo, antes de abordar las particularidades de estas cuestiones, ha de recordarse que dichos controles parten de una premisa (que también actúa como principio): La presunción de legitimidad, constitucionalidad o convencionalidad de los actos que dictan las autoridades constituidas.

3. 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 la magistratura 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 quien impugna judicialmente el acto, pruebe de manera indubitable su invalidez. Puesto que, en caso de duda, debe estarse a la validez de la norma impugnada.

Desde otra perspectiva, se ha entendido que “la presunción de legalidad de los actos importa la carga de la persona de impugnarlos, pero una vez impugnados, la carga de la prueba constituye otra cuestión que debe regirse por las reglas de distribución generales y no por una presunción que ha agotado previamente sus efectos propios”¹⁷.

Es absoluta la 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” con la solución administrativa no suele ser suficiente a los fines de impugnar judicialmente el actuar estatal¹⁸.

El Poder Judicial tiene la potestad de revisar el actuar administrativo, pero es la persona que se dice afectada quien debe instar esa revisión mediante argumentos concretos y aptos de incidir en la convicción de la magistratura. Estos argumentos son, principalmente, los que veremos en los siguientes títulos.

17 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la administración*, 5ª ed., Pamplona, Civitas - Thomson, pp. 86 y 87. En sentido similar, se ha dicho que “la presunción de legitimidad del acto administrativo no invierte, pues, la carga de la prueba, ni libera [la autoridad administrativa] de aportar las pruebas que sustenten su acción” (GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3, *El acto administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, FDA, 2011, p. V-23; en similar sentido, Casarini, Luis y José Luis López Castiñeira, “La prueba en el proceso contencioso administrativo”, publicado en este tomo).

18 CSJN, “Asociación Magistrados y Funcionarios”, 04/12/2012, Fallos: 335:2418. En el particular caso de las sanciones administrativas, sin embargo, la mentada presunción de legalidad debe conciliarse con el consabido principio de inocencia, al punto que se ha llegado a afirmar que esta garantía importa la supresión misma de la presunción de legalidad y de la ejecutoriedad de los actos y actas administrativos (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, 1ª ed., Buenos Aires, Thomson - Civitas - La Ley, 2006, p. 181).

En consonancia con esta tesis, la Corte Interamericana explica 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”¹⁹.

No obstante, también cabe recordar que su jurisprudencia admite 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 convencionales²⁰.

Otro ejemplo puede encontrarse en los casos en los que las restricciones se vinculan con el derecho a la igualdad de *categorías protegidas*, 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 social.

“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

19 Corte IDH, casos “Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/08/2013, Serie C No. 266, párr. 173; “Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 29/08/2013, Serie C No. 268, párr. 210 y “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 22/06/2015, Serie C No. 293, párr. 189.

20 “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”. Por ende: “Corresponde al Estado demostrar que al establecer restricciones al acceso a la información bajo su control ha cumplido con los anteriores requisitos” (Corte IDH, caso “Claude Reyes y otros Vs. Chile” [Fondo, Reparaciones y Costas], 19/09/2006, Serie C No. 151, párrs. 92 y 93).

demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio”²¹. A igual conclusión ha arribado en la jurisprudencia de la Corte Suprema²².

En cuanto a este particular, la Corte Interamericana entiende que “el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*”, que “se desprende directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y [que] es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación”²³.

Por ello, “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto*. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”²⁴.

21 Corte IDH, caso “Granier”, ya cit., párr. 228. Ello “implica que las razones utilizadas por el Estado para realizar la diferenciación de trato deben ser particularmente serias y estar sustentadas en una argumentación exhaustiva” (caso “Guevara Díaz Vs. Costa Rica” [Fondo, Reparaciones y Costas], 22/06/2022, Serie C No. 453, párr. 49). Por consiguiente, no puede dejar de brindar “una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni una razón para justificar esa diferenciación como un método menos lesivo para alcanzar esa finalidad” (Corte IDH, caso “Flor Freire Vs. Ecuador” [Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas], 31/08/2016, Serie C No. 315, párrs. 125 y 126).

22 CSJN, “Hooft Pedro”, 2004, Fallos: 327:5118; “Gottschau Evelyn”, 2006, Fallos: 329:2986; “Mantecón Valdez”, 2008, Fallos: 331:1715; “Partido Nuevo Triunfo”, 2009, Fallos: 332:433; “Pérez Ortega”, 2013, Fallos: 336:131; “Z. J. J.”, 2014, Causa Z. 9. XLVIII. RHE y “Vázquez Miriam”, 2020, Fallos: 343:1447.

23 Corte IDH, casos “Guevara Díaz”, ya cit., párrs. 46 y 48 y “Flor Freire”, ya cit., párr. 109 y Opinión Consultiva OC-27/21 “Derechos a la Libertad Sindical, Negociación Colectiva y Huelga, y su Relación con Otros Derechos, con Perspectiva de Género”, 05/05/2021, Serie A No. 27, párr. 152.

24 Corte IDH, casos “Flor Freire”, ya cit., párr. 110 y 101 y “Pavez Pavez Vs. Chile” (Fondo, Reparaciones y Costas), 04/02/2022, Serie C No. 449, párrs. 65 y 67. La Corte Interamericana define “la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (Opinión Consultiva OC-27/21, ya cit., párr. 153).

“La orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género, son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por este instrumento interamericano

4. CONTROL DE LEGALIDAD

La Justicia tiene la potestad de revisar los aspectos reglados del acto. Tanto el elemento competencia, como la forma, el procedimiento, la causa, la motivación, la finalidad e, incluso, el objeto, pueden ser reglados (y, en muchas ocasiones, lo son).

En la medida en que ello suceda, la magistratura 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 nulo, de nulidad absoluta.

Con esta verificación se efectúa un juicio lógico jurídico de comparación entre las normas que atribuyeron, en forma directa o indirecta, las facultades a la autoridad administrativa y el acto.

Si bien consideramos que todos los elementos del acto administrativo pueden tener aspectos reglados, trataremos en forma particularizada cuatro cuestiones que resultan de especial trascendencia. En primer lugar, el deber de fundamentación, que se encuentra comprendido en el elemento motivación. En segundo, 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. Tercero, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y, finalmente, lo que se dio a conocer como discrecionalidad técnica. Consideramos que estas últimas dos cuestiones también constituyen, aunque desde otra perspectiva, una herramienta para analizar el elemento causa.

4.1. *Deber de fundamentación*

En todo acto administrativo existe un elemento que tiende a identificarse con lo formal y que no siempre se advierte su real importancia a primera vista. Sin embargo, la fundamentación o motivación es “no sólo una elemental corte-sía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos, una garantía elemental del derecho de defensa incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en derecho”²⁵. Constituye el deber de explicitar cuáles fueron los hechos y

cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género” (párr. 155).

25 FERNÁNDEZ, T-R., *De la arbitrariedad...*, ya cit., p. 82. “El derecho de defensa y la tutela judicial efectiva comprenden también el derecho de obtener una decisión fundada” (SESÍN, ya cit., p. 37. En igual sentido, CASARINI, Luis, “La motivación como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa”, en ALONSO REGUEIRA (dir.), *El control de la...*, ya cit., p. 121.

normas²⁶ en los que se basó la autoridad para tomar su decisión a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad²⁷.

El deber de motivación o fundamentación suficiente se encuentra en el art. 7º, inc. e) de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos, como directa aplicación del derecho de defensa receptado en art. 18 de la Constitución Nacional²⁸ y en el art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁹.

En tal sentido, se ha explicitado que “la motivación de los actos estatales se impone necesariamente –aun a falta de norma expresa que así lo requiera– en sistemas jurídicos tales como el argentino”³⁰.

También se ha entendido que “conviene matizar algunos de los aspectos de esta obligación. Obviamente, como la ley dispone, la motivación de los actos (de los miles de actos discrecionales que cada día se dictan) debe ser sucinta, pues de lo contrario se gravaría a la Administración con una carga desmesurada. Pero, además, debe ser adecuada a cada tipo de acto, pues no es lo mismo, por ejemplo, motivar un acto simple y singular que una disposición, acto o medida compleja y de alcance general”³¹.

Es decir que una motivación sucinta³² o incluso *in aliunde* puede, según el caso, resultar suficiente, siempre y cuando dé “razón al proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión”³³. “La motivación o expresión de la causa se incluye generalmente en los llamados ‘considerandos’ o ‘vistos y considerandos’ que el acto tiene, pero nada impide que el acto se remita a informes o dictámenes

26 “En el derecho argentino se ha entendido que la motivación del acto administrativo no solo consiste en la expresión de la causa sino también de su finalidad” (TAWIL, Guido S. y Laura M. MONTI, *La motivación del acto administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 1).

27 Incluso, se ha entendido que “la motivación y la justificación son exigibles a cualquier norma jurídica” (REVUELTA PÉREZ, Inmaculada, “Análisis de impacto normativo y control judicial de la discrecionalidad reglamentaria”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193, Madrid, 2014, p. 90).

28 Cfr. COVIELLO, Pedro, J.J., “La motivación del acto administrativo como medio de control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales”, en ALONSO REGUEIRA, *El control de la...*, ya cit., pp. 129 y ss.

29 Sobre el desarrollo interamericano respecto de este deber, ALONSO REGUEIRA, Enrique, “Tutela administrativa y Convencional Efectiva”, publicado en el Tomo Celeste de esta obra.

30 TAWIL - MONTI, ya cit., p. 98-99.

31 SÁNCHEZ MORÓN, ya cit., p. 269. “Es indudable que una motivación válida no depende necesariamente de su extensión” (TAWIL - MONTI, ya cit., p. 61).

32 TAWIL - MONTI, ya cit., pp. 8 y 61.

33 Ibidem, p. 62. Su concepción “transpira la función democrática de la motivación, entendida como rendición de cuentas del poder ejercido y sometimiento del mismo al control de sus [personas destinatarias]” (IGARTUA SALAVERRIA, Juan, “Control de la Discrecionalidad Técnica: Error Manifiesto, Inmediación, Sana Crítica”, en *Revista de Administración Pública*, nro. 204, septiembre-diciembre [2017], Madrid, p. 25., <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.204.01>).

previos que enuncian el porqué—de hecho y de derecho—del acto, siempre que los informes y dictámenes de que se trate sean a su vez notificados al interesado”³⁴.

Más allá de lo expresado, tampoco debe soslayarse que “son los actos discrecionales y no los reglados los que requieren de una motivación en mayor medida [...] a mayor libertad, más precisa y cuidadosa debe ser la fundamentación de la decisión”³⁵. “Por discrecional que la decisión sea, la Administración debe explicar las razones por las que la adopta”³⁶.

En cuanto a este punto, resulta paradigmático el caso “Silva Tamayo” (2011). Allí la Corte Suprema argentina enfatizó que, si 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 ejercicio³⁷.

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, debe darse un “estricto” cumplimiento de este deber, en forma “concreta” y de acuerdo con los hechos del caso³⁸.

34 GORDILLO, t. 1, ya cit., p. X-28. “Desde esa óptica, la Procuración del Tesoro ha señalado que, aun cuando ella no esté contenida en un acto administrativo, se debe considerar que existe motivación suficiente—a pesar del defecto técnico que ello significa—si obran informes y antecedentes con fuerza de convicción, dado que a las actuaciones administrativas se las debe considerar en su totalidad, y no aisladamente, porque son partes integrantes de un procedimiento, y como etapas de él, son interdependientes y conexas entre sí” (TAWIL - MONTI, ya cit., p. 70).

35 FERNÁNDEZ, T-R., *De la arbitrariedad...*, ya cit., pp. 82 y 85. En similar sentido, ver TAWIL - MONTI, ya cit., p. 61. En coherencia con esta postura, también se ha recordado que “la temática que debe abordar la justicia administrativa pasa por limitar el poder, el cual ‘es siempre por esencia, en cualquier situación, capacidad de dominación’, de tal manera que ‘a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un acrecentamiento de los controles, un vigorizamiento de las garantías y un acentuación de las responsabilidades’” (FURNARI, Esteban C. y Roberto O. FURNARI, *Proceso contencioso administrativo federal*, 1º ed., Buenos Aires, Astrea, 2018, p. 2).

36 SÁNCHEZ MORÓN, ya cit., p. 268. Como contracara de esta máxima, también se ha entendido que los actos primordialmente reglados pueden estar motivados en forma mínima, incluso con la sola cita de la norma en que se sustentan (TAWIL - MONTI, ya cit., pp. 64, 78, 79 y 82); “criterio que debe admitirse con algunos reparos, pues la hermenéutica—siempre presente en la aplicación de la ley—exigirá aun en el campo reglado la motivación adecuada” (GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado en lo contencioso administrativo*, T. 2, 11ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 683).

37 CSJN, “Silva Tamayo”, 2011, Fallos: 334:1909 y sus citas.

38 “Respecto a la extensión del motivo, éste ha de ser real, y adaptado a cada caso discutido, no pudiendo limitarse a utilizar frases típicas o fórmulas prefabricadas. En general se admite

“Si la motivación constituye un requisito esencial del acto –o parte de uno de ellos– y su carencia conduce a que el acto sea irregular –como lo admite la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia argentina–, la falta de motivación no puede ser saneada posteriormente por la Administración en tanto ello sólo resulta posible en los supuestos de actos regulares, mas no en el caso de los irregulares”³⁹.

En sentido contrario, se ha entendido que “la ausencia o insuficiencia de motivación no significa necesariamente que el acto carezca de razones, incluso plenamente conformes a Derecho. En consecuencia, es exagerado concluir que una decisión discrecional no motivada es, por esa sola razón, arbitraria. El defecto de motivación (al igual que la motivación formal) no exime, por tanto, [a la autoridad] judicial de indagar las razones reales de la decisión y valorarlas hasta donde sea posible en Derecho; pero si es la falta de motivación la que no permite conocer esas razones, el acto debe ser anulado, para que la Administración motive, en su caso, la decisión”⁴⁰.

Por último, cabe recordar que “la motivación carece de autonomía funcional. No es una ‘mónada’ que permita ser examinada ‘en sí y por sí sola’; por tanto, la racionalidad de la motivación no es de carácter *autorreferencial* nada más (racionalidad como coherencia intrínseca), sino, ante todo, *relacional*. En efecto, hay una doble circunstancia que condiciona la hechura de la motivación. Por un lado, la [...] resolución consta de dos elementos articulados entre sí: decisión y motivación. Por otro, la [...] resolución se emite como colofón de un proceso o procedimiento y, por ende, guarda con este un vínculo”. “En síntesis, controlar la motivación supone verificar: a) la completitud de la justificación que aporta; b) la fidelidad de la información en la que se basa; c) la racionalidad de la argumentación construida”⁴¹.

que la motivación pueda ser breve, pero a condición de que resulte concreta y precisa” (TAWIL - MONTI, ya cit., pp. 61 y 62).

39 TAWIL - MONTI, ya cit., p. 73. En similar línea argumentativa, se ha entendido que 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 [a la autoridad] judicial reconstruir la decisión administrativa descubriendo en el proceso criterios de motivación que la Administración no explicitó en el procedimiento” (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).

40 SÁNCHEZ MORÓN, ya cit., p. 269.

41 IGARTUA SALAVERRIA, ya cit., pp. 32 a 34.

4.2. *Hechos*

Este aspecto puede traer alguna complejidad en su análisis. Hemos dicho que la discrecionalidad consiste en la facultad normativamente conferida que tiene la autoridad administrativa para ponderar creativamente los intereses en juego y adoptar una determinada decisión entre otras igualmente válidas. Al efectuar dicha operación, toma en cuenta ciertos hechos que entiende como determinantes.

Ahora bien, es importante dejar aclarado que, al fiscalizar el ejercicio del poder discrecional, la magistratura puede revisar plenamente la materialidad y exactitud de los hechos. Incluso, la hipótesis más amplia de discrecionalidad normativa se concreta sobre la base de hechos, conductas o acontecimientos verificables objetivamente.

Si los hechos no existen, son falsos o distintos a los tomados en consideración por la autoridad administrativa, 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. El milagro, “no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo”⁴². Por ello, en este terreno, el control judicial es pleno, sin que ello importe menoscabo alguno a la discrecionalidad de la Administración.

Antes de continuar, sin embargo, cabe que pongamos de resalto dos reparos sobre el tema, ya que no toda cuestión relacionada con lo fáctico es siempre ajena a la discrecionalidad administrativa.

a) En primer término, existen cuestiones que escapan a la mera verificación o comprobación de la existencia o corrección de circunstancias fácticas. Ello ocurre cuando la decisión administrativa no se sustenta en los meros hechos, sino en la valoración que la autoridad administrativa haya efectuado de ellos⁴³.

En este sentido, cabe recordar que el Consejo de Estado francés reconoció primero la posibilidad de revisar la calificación jurídica de los hechos en el *arrêt*

42 GARCÍA DE ENTERRÍA, “Lucha...”, ya cit., p. 40. En igual sentido, ver SCHMIDT-ASSMANN, ya cit., p. 230; TAWIL, *Estudios...*, ya cit., p. 200 y ss.; TAWIL - MONTI, ya cit., p. 92; SESÍN, ya cit., pp. 305 y ss.; GORDILLO, T. 1, ya cit., p. X-16 y MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, T. 2, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 650 y ss.

43 “En cuanto al control de los hechos determinantes, la doctrina y la jurisprudencia han evolucionado desde la verificación de la existencia y exactitud de los hechos (*accertamento*, en expresión italiana) en que se funda el ejercicio de la potestad hacia el control de su valoración o ponderación por la Administración (*apprezzamento*). Pero, mientras que la mera existencia y realidad de los hechos determinantes es un elemento reglado, que “escapa a toda discrecionalidad”, su ponderación o valoración implica, la mayoría de las veces, la utilización de criterios técnicos o políticos, no susceptibles de ser sustituidos por razonamientos puramente jurídicos. Por eso, la jurisprudencia de todos los países suele ser muy cauta al ejercer este tipo de control” (SÁNCHEZ MORÓN, ya cit., p. 265).

Gomel, de 1914 y, unos años después, la revisión de su existencia, en el *arrêt Camino*, de 1916⁴⁴.

Dicho tribunal distingue entre “existencia”, “calificación jurídica” y “apreciación” de los hechos determinantes. Si bien, acepta la revisión judicial de las primeras dos categorías, “se niega a entrar en lo que llama ‘apreciación de los hechos’, por considerar que eso supondría una auténtica sustitución del criterio de la Administración por el criterio del Tribunal, y, por consecuencia, una violación de la legítima potestad discrecional de aquélla (...) Teóricamente, la distinción es muy sencilla: en la calificación jurídica de los hechos nos encontramos ante un fenómeno o elemento jurídico, y por eso pueden intervenir los Tribunales; mientras que la ‘apreciación de los hechos’ se sitúa en el terreno de la oportunidad –no de legalidad–, en el que no pueden entrar los Tribunales”⁴⁵.

De este modo, si quisiéramos apropiarnos de la terminología francesa, podríamos afirmar que cuando el criterio de valoración de los hechos se encuentra predeterminado por criterios normativos, la autoridad administrativa efectúa una “calificación jurídica” identificable con el ejercicio de facultades regladas; mientras que, por el contrario, nos encontramos con una “apreciación” cuando la norma atributiva deja librada la formulación de tal criterio a la discrecionalidad de la autoridad emisora del acto⁴⁶.

En un caso, la valoración fáctica que efectúa la autoridad administrativa es reglada y, en el otro, discrecional. Sin embargo, en ambos casos la cuestión se vincula con lo jurídico, no con lo netamente fáctico.

b) En segundo lugar, 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 de las personas impugnantes 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 algunos recursos directos, cuyo ámbito de cognición se encuentra limitado, no ya por cuestiones relacionadas con la

44 FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, “Sobre los límites constitucionales del poder discrecional”, *RAP*, 187, 145.

45 Sin embargo, “no todos los ejemplos jurisprudenciales en que se ha respetado el criterio administrativo de apreciación de los hechos son tan claros. La realidad es que la línea fronteriza marcada por el *Conseil d'Etat* dista mucho de ser convincente” (Nieto, Alejandro “Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 44, Madrid, 1964, p. 152).

46 Puede analizarse esta cuestión mediante ejemplos en ALONSO REGUEIRA, Enrique, “El control judicial de la Administración va al jardín de infantes. La discrecionalidad y ‘Los Espejitos de Colores’”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *Estudios de Derecho Público*, 1ª ed., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho (UBA), 1ª ed., Buenos Aires, 2013, p. 383 y ss., disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/libro-estudios-de-derecho-publico.php>.

discrecionalidad del acto impugnado o por el principio de división de poderes, sino por el diseño procesal del juicio que se lleva a cabo. En estos casos existe una limitación del control judicial, pero no se vincula con discrecionalidad alguna.

4.3. *Conceptos jurídicos indeterminados*

Las normas atributivas utilizan ciertos conceptos jurídicos (como ser “interés público”, “utilidad pública”, “buen padre de familia”, “buena fe”⁴⁷, “precio más conveniente”, etc.) que se caracterizan por ostentar cierta ambigüedad o vaguedad⁴⁸.

Si bien estos resultan potencialmente generadores de discrecionalidad administrativa, lo cierto es que, en ocasiones, pueden importar un aspecto reglado del acto. Es decir, puede suceder 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.

Dado un caso concreto, no puede admitirse que una decisión pueda responder al interés público y que, a la vez, no lo haga. Lo mismo ocurre con la calificación de utilidad pública respecto de determinado bien o emprendimiento. Una conducta cierta de una autoridad pública no puede ser de buena fe y, a la vez, no serlo. El precio de una oferta no puede calificarse como el más conveniente

47 “El criterio de la buena fe resulta en la práctica excesivamente elástico, jugando como un arma argumental de dos filos –la buena y la mala fe– en manos de la discrecionalidad administrativa más plena” (LÓPEZ MENUDO, Francisco, “La Revisión de oficio, imperio de la discrecionalidad”, *Revista de Administración Pública*, 2022, nro. 217, p. 37).

48 Si bien es una teoría que, en nuestro país, no ha tenido una aplicación jurisprudencial que pueda calificarse de profusa, 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., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 719 y ss.; GARCÍA PULLÉS, ya cit., p. 686; CASSAGNE, Juan C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 185; SESÍN, ya cit., p. 190 y ss.; HUTCHINSON, Tomás, *Derecho Procesal Administrativo*, T. 1, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 315 y GALLEGOS FEDRIANI, ya cit., p. 95.

De igual modo, en el plano internacional, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1976; PAREJO ALFONSO, ya cit., pp. 90 y ss. y “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”*, Buenos Aires, Procuración del Tesoro de la Nación, 2014, p. 172 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, “Lucha...”, ya cit., p. 42 y ss. y *Democracia, jueces y control de la Administración*, 6ª ed., Navarra, Civitas - Thomson, 2009, p. 147 y ss.; PARADA, ya 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 BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, “Las potestades administrativas y la vinculación de su ejercicio al ordenamiento jurídico. Potestades regladas y discrecionales”, en ALONSO REGUEIRA, *El control de la...*, ya cit., p. 81 y ss.

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 facultad como indeterminados. Sin embargo, su significación puede reducirse en el proceso aplicativo de la norma, de modo que pueda arribarse a una “única solución justa”, a través de una apreciación disyuntiva.

Para una parte de la doctrina los conceptos jurídicos indeterminados se diferencian de la discrecionalidad en que, si bien no se encuentran enteramente definidos en la norma, podrían ser precisables en cada caso concreto mediante dicha operación interpretativa. Frente a un concepto jurídico indeterminado podría existir una sola alternativa válida, en cambio, frente a la discrecionalidad existen, al menos, dos.

Considera que, en tales supuestos, no estamos en presencia de una actividad discrecional propiamente dicha y que la labor de la magistratura está 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.

Sostiene que ambos institutos difieren en cuanto a su naturaleza. “Según esta tesis, la discrecionalidad consiste en un verdadero margen de volición, mientras que el margen de apreciación [propio de los conceptos jurídicos indeterminados] sería un mero margen de cognición”⁴⁹.

Sin embargo, tal postulado “no resulta convincente”. Pues, “en la zona de incertidumbre los conceptos jurídicos indeterminados no ofrecen [...] ningún parámetro o criterio que le permita discernir cuál [sería] la subsunción procedente del caso concreto. Por lo tanto, en esta zona del concepto la decisión sobre la aplicación que proceda del mismo la acaba adoptando [la propia autoridad administrativa] con arreglo a criterios necesariamente ajenos al concepto y, por ende, conforme a criterios extrajurídicos. En consecuencia, se trata –al igual que sucede cuando se ejerce una potestad discrecional– de una decisión volitiva que en modo alguno emana de un juicio meramente cognitivo”⁵⁰.

49 BACIGALUPO SAGGESE, ya cit., p. 98.

50 *ibidem*, p. 99, con cita de BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 203. En similar sentido, CASSAGNE, ya cit., p. 192. Allí se agrega: “Además, resulta notoria la similitud que existe entre la ‘amplia extensión’ que se predica del margen de apreciación y la del margen de decisión que ofrecen las genuinas potestades discrecionales, así como la proximidad de los cánones del control jurisdiccional de ambos márgenes. En ambos casos el control posible es un típico control negativo, de intensidad muy parecida, y basado en cánones muy similares”.

Sobre este tema, también se ha expresado que la distinción clásica que se efectúa “entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados es útil, ya que permite diferenciar los casos en que la norma confiere a la Administración capacidad para decidir sobre las consecuencias jurídicas de aquellos otros en los que solo ha de apreciar o valorar la presencia del supuesto de hecho. No obstante, no permite una separación radical entre ambas categorías. No hay que olvidar que se trata de una distinción elaborada por la dogmática alemana que se generaliza después en el Derecho español, pero que no está presente en el resto de las tradiciones jurídicas, que reconducen todo al ámbito de la discrecionalidad administrativa. A este respecto, hay que tomar tres argumentos: A. En las potestades discrecionales la ‘discrecionalidad’ puede estar más en el supuesto de hecho que en las consecuencias [...] B. [...] la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados puede permitir un margen de apreciación [...] Dicho de otra forma, [...] un cierto grado de discrecionalidad [...] C. La extensión del control judicial tiende a aproximarse en ambos casos”⁵¹.

4.4. *Discrecionalidad técnica*

Una parte de la doctrina ha calificado a esta noción como “un auténtico oxímoron, que proclama en el sustantivo inicial una libertad de decisión que el adjetivo que lo acompaña niega”⁵².

En tal sentido, entiende que “los aspectos técnicos involucrados en una determinada decisión administrativa forman parte de los antecedentes del acto y, por lo tanto, no escapan al control del tribunal judicial por ser ajenos a la esfera de la discrecionalidad propiamente dicha”⁵³.

También, sostiene que la discrecionalidad técnica constituye “en lo esencial, y pese a su tradicional denominación (equívoca y por ello controvertida),

51 “Los conceptos jurídicos indeterminados pueden comportar también un *margen de apreciación* [...] permite por definición que sean jurídicamente posibles una decisión y su contraria, siempre que ambas puedan presentarse como aplicaciones jurídicamente defendibles del concepto normativo en cuestión. Así las cosas, si la Administración puede llegar a varias soluciones jurídicas aceptables, es que está ejerciendo una potestad discrecional. Esta discrecionalidad no es *volitiva* (la decisión ha sido tomada por [la legislatura]), sino *cognitiva*, o *de juicio* (*Kognitives Ermessen*), pero discrecionalidad al fin y al cabo” (Laguna de Paz, ya cit., pp. 438-441).

52 FERNÁNDEZ, T-R, “La discrecionalidad técnica...”, ya cit., p. 169.

53 CAMPOLIETI, ya cit. Bajo esta postura, se ha observado que “[p]ocas decisiones resultan tan ilustrativas de un enfoque errado en esta materia como el pronunciamiento recaído en la conocida causa ‘López de Reyes’, en la que el Alto Tribunal aceptó la validez de un control judicial limitado exclusivamente a las cuestiones jurídicas en virtud de la especial deferencia de la que resultaba acreedora la Administración frente a la ‘creciente complejidad’ de sus funciones. Este pronunciamiento –digno de ser recordado más por la disidencia de Boffi Boggero que por los argumentos vertidos por quienes concurrieron a formar la opinión mayoritaria– demuestra la facilidad con que se ha llegado a confundir en ocasiones la exigencia de conocimientos técnicos que faciliten la apreciación de los hechos con la atribución implícita de potestades discrecionales” (TAWIL, *Estudios...*, ya cit., p. 208).

una manifestación del margen de apreciación [...] que provocan en su zona de incertidumbre aquellos conceptos jurídicos indeterminados que remiten a reglas, criterios o parámetros propios de conocimientos especializados, ajenos tanto al saber jurídico como a la experiencia común [una persona media]”⁵⁴.

Asimismo, se ha afirmado que los juicios técnicos, “tanto cuando se formulan en el marco de un procedimiento administrativo por [una autoridad, más o menos especializada], de la propia Administración como cuando se producen en el curso de un proceso por [una pericia] judicial o por una academia o institución cultural o científica, plantean siempre el mismo problema. Un tribunal no está en condiciones de afirmar o negar la corrección de las valoraciones realizadas por [las personas expertas], no tanto o no solo porque carece de los conocimientos necesarios para ello, sino también y sobre todo porque no puede hablar otro lenguaje que el del Derecho ni utilizar otros instrumentos que los de naturaleza estrictamente jurídica. Ello no significa, como es obvio, que esas valoraciones le vinculen y que no pueda apartarse de ellas a la hora de resolver. Las leyes procesales le autorizan a valorarlas, ‘según las reglas de la sana crítica’”⁵⁵.

Esta concepción supone que la discrecionalidad técnica, por el sólo hecho de identificarse con los antecedentes de la decisión, excluye la noción de discrecionalidad, conclusión que ha quedado descartada en varias oportunidades en esta obra. Sin embargo, la discrecionalidad administrativa, “no está limitada al ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas”⁵⁶.

Otra parte de la doctrina, indica que “[l]a discrecionalidad no sólo proviene de una norma expresa o implícita sino de la propia naturaleza de las cosas”. Bajo este instituto postula que la “oponibilidad debe agotar la hermenéutica

54 BACIGALUPO SAGGESE, ya cit., p. 99. En similar sentido, se ha entendido que “la discrecionalidad que las normas jurídicas otorguen [la Administración] no significa que éste pueda actuar en contra de las reglas de la técnica, cuando éstas sean claras y uniformes” (GORDILLO, t. 1, ya cit., p. X-19). Pero, a los fines de declarar la ilegalidad de la medida, “no basta con la existencia de opiniones técnicas discordantes, sino que se requiere que todas las opiniones técnicas allegadas al expediente (con la posible excepción de las emanadas de la Administración) sean unánimes en el juicio técnico disvalioso de la decisión administrativa”. De modo que [la judicatura] no puede tenerse como “incapaz de entender en cuestiones de índole técnica, sino que allí donde no existen otras razones que exijan un control judicial pleno, la deferencia del Poder Judicial hacia tales conclusiones no hace sino respetar un razonable principio de división de tareas entre los distintos poderes del Estado” (MAIRAL, ya cit., pp. 649 y 681).

55 En definitiva, concordamos con el autor, en cuanto a que “de la mal llamada discrecionalidad técnica ya solo queda el nombre, el rótulo, la mera denominación, que [la ley] cometió la imprudencia de utilizar cuando estaba a punto de quedarse sin contenido y que la jurisprudencia [...] sigue usando por pura inercia” (FERNÁNDEZ, T-R., “La discrecionalidad técnica...”, ya cit., pp. 173, 183 y 184).

56 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, 1ª ed., Madrid, INAP - Marcial Pons, 2003, pp. 220 y 221.

interpretativa acompañada con la profunda verificación de los hechos para separar lo que corresponde a lo ‘técnico-reglado’ y a lo ‘discrecional’ relacionado con la técnica. En definitiva, [que] se tratará siempre de actividad reglada o discrecional, pues aun cuando se interrelacione con lo técnico no pierden su identidad”⁵⁷.

En el marco de esta tesis, se ha entendido que “lo técnico –en el sentido expresado– forma parte del orden jurídico y, por tanto, el control de juridicidad es posible. Lo contrario podría cercenar la tutela judicial efectiva”. Consecuentemente, no tienen asidero las “posturas jurisprudenciales que sustentan que frente a cuestiones técnicas complejas lo resuelto por [las autoridades técnicas] de la Administración es irrevisable por [la magistratura]”⁵⁸. En todo caso, tal discrecionalidad técnica solo “comporta una presunción *iuris tantum* de acierto de sus decisiones”⁵⁹, la cual puede “ser desvirtuada por una prueba en contrario lo suficientemente concluyente para evidenciar el error patente de la decisión”⁶⁰.

En el pasado he defendido la primera de estas dos posturas⁶¹ y hoy, en cambio, mi posición resulta más cercana a la segunda.

En este sentido, sigo pensando que las reglas de la técnica no constituyen reglas jurídicas. Sigo pensando que la discrecionalidad solo puede provenir de normas jurídicas atributivas de facultades, que no es de generación espontánea

57 SESÍN, ya cit., pp. 44 y 173.

58 Ibidem, p. 44.

59 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Sobre la Discrecionalidad Técnica y la Sana Crítica”, en *Revista de Administración Pública*, nro. 197, mayo-agosto (2015), Madrid, p. 211 y ss., <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.197.06>.

60 Es interesante el tratamiento que le ha otorgado el Tribunal Supremo español a la cuestión. En primera medida, distingue entre el “núcleo material” no susceptible de revisión y los “aleaños” del juicio técnico que efectúa la autoridad administrativa, que serían aquellas “actividades preparatorias e instrumentales”.

“Sobre esta base teórica –expresada o no en la sentencias–, los tribunales han anulado el resultado de determinados procedimientos de selección porque [la autoridad] de selección introdujo exigencias o méritos valorables no contemplados en las bases de la convocatoria, porque las preguntas formuladas a los aspirantes en pruebas de tipo test no eran suficientemente claras o exactas, o bien porque las respuestas tachadas de incorrectas en ese mismo tipo de pruebas eran en realidad correctas, cuando se ha producido un error aritmético de puntuación fácilmente detectable, o cuando es posible constatar una desigualdad en los méritos que se valoran a unos u otros candidatos o no se justifica la diferente puntuación otorgada a dos o más de ellos que realizan ejercicios sustancialmente iguales”.

El Tribunal Supremo “dio un paso más afirmando la necesidad de que [las autoridades] de selección motiven el juicio técnico en que fundan sus decisiones”, pues “no solo es jurídicamente inaceptable y, por tanto, causa de nulidad que no se lleguen a exteriorizar las razones del juicio técnico, sino que también cabe controlar por [las autoridades] judiciales si la motivación es suficiente o adecuada, o sea, que explique con claridad dichas razones” (SÁNCHEZ MORÓN, “Sobre...”, ya cit., p. 211 y ss.).

61 ALONSO REGUEIRA, Enrique, *El Control de Convencionalidad de la Actividad Estatal*, 1ª ed., Buenos Aires, Lajouane, 2017, p. 41.

y que no proviene de la naturaleza de las cosas. Mantengo también que la discrecionalidad técnica se relaciona con el elemento causa del acto administrativo, más precisamente, con los hechos y su valoración.

Sin embargo, debo reconocer que todo ello no excluye la existencia de la discrecionalidad. Por consiguiente, tal como se explicara en el apartado 4.2 del presente y utilizando los términos apropiados del Consejo de Estado Francés, considero que la discrecionalidad técnica se identifica, sin más, con un supuesto de apreciación discrecional de los hechos determinantes. Es decir, un supuesto en que la norma atributiva, a lo sumo, le ha otorgado la facultad de valorar discrecionalmente los hechos a la autoridad emisora del acto administrativo. Tal discrecionalidad, como toda discrecionalidad, resulta revisable en los términos que serán explicados en el apartado siguiente.

4.5. *Legalidad y discrecionalidad sancionatoria*

En materia sancionatoria, el control de legalidad adquiere, sobre todo a partir de la jurisprudencia interamericana sobre la materia, un mayor protagonismo en el control de la discrecionalidad administrativa.

“El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática al establecer que ‘[ninguna persona] puede ser [condenada] por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable’. Dicho principio preside la actuación de [todas las autoridades] del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo [...] también [...] el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible”⁶².

Así ha definido la Corte Interamericana la garantía que se encuentra receptada por el art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y que obliga a los tres poderes del Estado. Al Poder Ejecutivo, le impide la creación de los tipos penales; al Poder Legislativo, le exige que emplee, en tal creación, términos claros, precisos, estrictos y unívocos; y al Poder Judicial, en tanto sólo puede considerar como delictiva una conducta que se encuentre previamente

62 Corte IDH, caso “Mémoli Vs. Argentina” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 22/08/2013, Serie C No. 265, párr. 154, con cita de casos “Cinco Pensionistas Vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), 28/02/2003, Serie C No. 98, párr. 155; “Suárez Peralta Vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C No. 261, párr. 19; “Baena Ricardo y otros Vs. Panamá” (Fondo, Reparaciones y Costas), 02/02/2001, Serie C No. 72, párr. 107, y “Mohamed Vs. Argentina” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/11/2012, Serie C No. 255, párr. 130. En sentido similar, caso “Flor Freire”, ya cit., párr. 146.

determinada como tal por la ley, prohibiendo, por ende, tanto la aplicación retroactiva como el uso de la analogía, en los casos que perjudique [a la persona imputada]⁶³.

En “Baena” (2001), la Corte Interamericana estimó que “el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal”⁶⁴.

“Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última [materia]. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contraviene y que se pretende sancionar”⁶⁵.

“La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, [las personas] particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva”⁶⁶.

Con posterioridad a este precedente, la Corte parece esbozar la intención de alejarse del art. 9º de la CADH, como sustento de las limitaciones al poder sancionatorio del Estado. Así, en el caso “López Mendoza” (2011), se inclina hacia la necesidad de preservar la seguridad jurídica, en virtud de lo preceptuado en los arts. 2º y 8º.1 de la Convención.

“[E]n el marco de las debidas garantías establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana se debe salvaguardar la seguridad jurídica sobre el momento en el que se puede imponer una sanción. Al respecto, la Corte Europea

63 PIQUÉ, María Luisa, “Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad”, en ALONSO REGUEIRA, *La Convención...*, ya cit., p. 169 y ss.

64 Corte IDH, caso “Baena”, ya cit., párr. 106, postura luego ratificada en los casos “Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 03/05/2016, Serie C No. 311, párr. 89 y “Cuya Lavy y otros Vs. Perú” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/09/2021, Serie C No. 438, párr. 141.

65 Corte IDH, caso “Baena”, ya cit., párr. 106.

66 Ídem. Esta postura fue posteriormente ratificada en Corte IDH, caso “Ricardo Canese Vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), 31/08/2004, Serie C No. 111, párr. 176.

ha establecido que la norma respectiva debe ser: *i*) adecuadamente accesible, *ii*) suficientemente precisa, y *iii*) previsible. Respecto a este último aspecto, la Corte Europea utiliza el denominado ‘test de previsibilidad’, el cual tiene en cuenta tres criterios para determinar si una norma es lo suficientemente previsible, a saber: *i*) el contexto de la norma bajo análisis; *ii*) el ámbito de aplicación para el que fue creado la norma, y *iii*) el estatus de las personas a quienes está dirigida la norma”⁶⁷.

Finalmente, termina por retomar la senda originaria en el caso “López Lone” (2015) y encuadra la aplicación del referido “test de previsibilidad” en el principio de legalidad y no retroactividad penal, receptado por el art. 9º citado⁶⁸.

Sin perjuicio de lo cual, en relación con las faltas disciplinaria, estima que “su alcance depende considerablemente de la materia regulada. La precisión de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que cada una está destinada a resolver”⁶⁹.

En definitiva, lo que ha de garantizarse es que la aplicación de las sanciones administrativas sea previsible, ya “sea porque está expresa y claramente establecida en la ley la conducta sancionable de forma precisa, taxativa y previa o porque la ley delega su asignación [a la autoridad juzgadora] o a una norma *infra* legal, bajo criterios objetivos que limiten el alcance de la discrecionalidad”⁷⁰. Es decir que, en palabras de la propia Corte Interamericana, la Convención admite que “las faltas disciplinarias pueden estar establecidas en normas que no tengan rango legal”⁷¹.

(i) Previsibilidad y precisión

Si bien la jurisprudencia reseñada es lo suficientemente clara como para que no sea necesario efectuar mayores explicaciones, quisiéramos profundizar el análisis de dos exigencias que pueden verse como complementarios. A partir

67 Corte IDH, caso “López Mendoza Vs. Venezuela” (Fondo, Reparaciones y Costas), 01/09/2011, Serie C No. 233, párr. 199.

68 Corte IDH, caso “López Lone y otros Vs. Honduras” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 05/10/2015, Serie C No. 302, párr. 257. Postura que ratificara con posterioridad, en casos “Flor Freire”, ya cit., párr. 146 y “Martínez Esquivá Vs. Colombia” (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones), 06/10/2020, Serie C No. 412, párr. 110.

69 Corte IDH, casos “López Lone”, ya cit., párr. 257; “Maldonado”, ya cit., párr. 89; “Rico Vs. Argentina” (Excepción Preliminar y Fondo), 02/09/2019, Serie C No. 383, párr. 102; “Flor Freire”, ya cit., párr. 146; “Urrutia Laubreaux Vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 27/8/2020, Serie C No. 409, párr. 129; “Martínez Esquivá”, ya cit., párr. 113 y “Mina Cuero Vs. Ecuador” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 7/09/2022, Serie C No. 464, párr. 100.

70 Corte IDH, caso “López Lone”, ya cit., párr. 259.

71 Corte IDH, caso “Mina Cuero”, ya cit., párr. 105.

de ellas, será necesario que la norma que contempla la calificación de un hecho como ilícito otorgue previsibilidad y, al mismo tiempo, sea suficientemente precisa⁷².

En lo atinente a la primera exigencia, resulta interesante el hecho de que la Corte no pareciera requerir que la conducta sancionada tenga que encontrarse estipulada por una ley formal del Congreso, sino que tal regulación podría efectuarse mediante la delegación de la ley a la autoridad juzgadora o a una norma *infra* legal. Lo que sí resultaría inadmisibles es que dicha delegación no contenga “criterios objetivos que limiten el alcance de la discrecionalidad”⁷³.

En cuanto a la segunda, 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”⁷⁴.

(ii) *Discrecionalidad circumscripta*

Como puede verse, dentro del diseño de control de convencionalidad que establece la Corte Interamericana en materia disciplinaria, la aplicación de principio de legalidad penal, con sus subprincipios de previsibilidad y precisión, tiene una incidencia directa en el alcance de la discrecionalidad administrativa. Puesto que esta debe encontrarse siempre limitada o circumscripta a criterios objetivos

72 En el ámbito infraccional, la Corte Suprema Argentina, con una integración distinta a la actual, efectúa una interpretación similar de la cuestión, al pregonar “la necesidad de que los particulares conozcan de antemano las ‘reglas claras de juego’ a las que atenerse en aras de la seguridad jurídica (Fallos: 311:2082, considerando 7º *in fine*), y destacar la ‘especial prudencia’ que debe presidir la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios (Fallos: 308:552)” (CSJN, “IBM Argentina S.A”, 1998, Fallos: 321:1248).

73 Corte IDH, “López Lone”, ya cit., párr. 259. Esta postura, a nuestro entender, es la cristalización de lo que ya había dejado entrever la Corte IDH en los casos “Baena”, ya cit., párr. 114 y “López Mendoza”, ya cit., párr. 200.

74 Corte IDH, “López Mendoza”, ya cit., párr. 202. Postura que fuera ratificada en los casos “López Lone”, ya cit., párr. 259; “Rico”, ya cit., párr. 103 y “Urrutia”, ya cit., párr. 130. En los últimos dos casos, hace referencia expresa a “los problemas de indeterminación del tipo sancionatorio”.

Habiendo arribado a este punto, es de destacar que en estos casos la Corte Interamericana contempla la posibilidad de la arbitrariedad no importe únicamente una vulneración al debido proceso receptado por el art. 8º y que sí constituya una “violación del principio de legalidad contenido en el art. 9 de la Convención” (Corte IDH, caso “Rico”, ya cit., párrs. 106 y 108).

previamente reglados o vinculados por las normas o la jurisprudencia⁷⁵. Veamos algunos ejemplos:

En “López Lone” (2015) resalta que “aun cuando puede aceptarse que la precisión requerida en materia disciplinaria sancionatoria sea menor que en materia penal [...], el uso de supuestos abiertos o conceptos indeterminados tales como la ‘dignidad de la administración de justicia’ o el ‘decoro del cargo’ requiere el establecimiento de criterios objetivos que guíen la interpretación o contenido que debe darse a dichos conceptos a efectos de limitar la discrecionalidad en la aplicación de las sanciones. Estos criterios pueden ser establecidos por vía normativa o por medio de una interpretación jurisprudencial que enmarque estas nociones dentro del contexto, propósito y finalidad de la norma, de forma tal de evitar el uso arbitrario de dichos supuestos, con base en los prejuicios o concepciones personales y privadas [de la autoridad juzgadora] al momento de su aplicación”⁷⁶.

En “Flor Freire” (2016), dicho señor había sido sancionado por una conducta que “se encontraba tipificada en una norma *infra legal*, contenida en el Reglamento de Disciplina Militar (...) Sin embargo, dicha norma y la sanción impuesta en consecuencia fueron dictadas con base en una norma legal más general, contenida en los arts. 76 y 87 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, que regulaba la dada de baja y puesta en disponibilidad por ‘mala conducta’ cuando ‘conven[ía] al buen servicio’, haciendo una delegación expresa al ‘Reglamento correspondiente’ para la determinación de estas circunstancias”. Por ello, la Corte Interamericana concluye que “el señor Flor Freire no fue sancionado con base exclusivamente en una norma reglamentaria. El señor Flor Freire fue sancionado con fundamento en el art. 117 del Reglamento de Disciplina Militar, en combinación con los arts. 76 y 87 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, entre otras normas”. “En materia disciplinaria sancionatoria, ciertos conceptos abiertos o indeterminados como la ‘mala conducta’, pueden ser precisados en cuanto a su interpretación o contenido por vía reglamentaria o jurisprudencial, de forma tal de evitar la excesiva discrecionalidad en el uso de dichos supuestos. En virtud de lo anterior, la Corte no encuentra que el simple hecho de que la conducta sancionada fuera precisada en el Reglamento de Disciplina Militar infrinja el principio de legalidad”⁷⁷.

75 En materia sancionatoria “lo discrecional resulta mucho más estrecho” (COVIELLO, “El Exceso...”, ya cit., p. 168). En sentido contrario, la Corte Suprema considera que en “el ejercicio de esas facultades disciplinarias debe reconocerse a la autoridad competente una razonable amplitud de criterio en la apreciación de los distintos factores en juego” (CSJN, “Ramos Villaverde”, 2022, Fallos: 345:1365, con cita de Fallos: 305:102; 330:4429).

76 Corte IDH, caso “López Lone”, ya cit., párr. 272.

77 Conforme al art. 29.b, “ninguna disposición de la Convención puede ser 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 Parte’ de la Convención. De acuerdo al representante, el art. 24.1 de la Constitución ecuatoriana exigía que la infracción establecida en el art. 117 del

En línea con el citado referente, cabe traer a colación el caso “Mina Cuero” (2022), en el cual se hace especial hincapié en la importancia que adquiere el deber de motivación frente a supuestos de indeterminación del tipo disciplinario. Allí, la Corte insiste sobre el hecho de que “los problemas de indeterminación de un tipo disciplinario no pueden ser examinados en abstracto, sino a la luz de la motivación [de la autoridad juzgadora] al momento de su aplicación. A juicio de la Corte, la aplicación de un tipo disciplinario abierto no constituye, en principio, una violación del derecho al debido proceso, siempre que se respeten los parámetros jurisprudenciales que se han definido para tal efecto. De esta manera, al aplicar normas abiertas o indeterminadas, se debe tener en cuenta la afectación que la conducta realizada puede tener en la función policial, ya sea establecida positivamente a través de la determinación de criterios normativos para su aplicación o por medio de un adecuado razonamiento e interpretación [de la autoridad juzgadora] al momento de su aplicación. De lo contrario, se expondría el alcance de estos tipos disciplinarios a las creencias morales o privadas [de ella]. En esa medida, ante la falta de criterios normativos que orienten la conducta [de la autoridad juzgadora], la motivación del fallo sancionatorio permite dar claridad a los tipos disciplinarios abiertos o indeterminados”⁷⁸.

Reglamento de Disciplina Militar estuviera tipificada en una norma de carácter legal en sentido formal. No obstante, este Tribunal constata que el representante no ha aportado elementos adicionales al texto de dicha norma como fundamento de su aseveración. La Corte recuerda que la jurisdicción internacional tiene carácter coadyuvante y complementario. A este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre los efectos jurídicos de las leyes internas, en el ámbito interno o nacional, ni su interpretación. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho. En consecuencia, correspondía al representante la carga argumentativa y probatoria para fundamentar que la interpretación correspondiente al art. 24.1 de la Constitución ecuatoriana de 1998, conforme fue aplicada en el foro jurídico nacional, es aquella que ha alegado ante esta Corte. No obstante, el representante no brindó fundamentación en este sentido”. “[N]o existe una obligación convencional por la cual no se pueda sancionar, por vía disciplinaria, conductas que no sean delitos penales. El control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño de una persona para el cargo o función que desempeña como funcionario público. El control penal tiene como propósito sancionar conductas que lesionan bienes e intereses jurídicos y que [la ley] estimó razonable y proporcional repudiar para el buen funcionamiento de la sociedad. Si bien ambos son una expresión del poder punitivo del Estado, no siempre coinciden ni tienen que coincidir” (Corte IDH, caso “Flor Freire”, ya cit., párrs. 147 a 150).

78 “En cuanto a los alegatos referidos a la violación al principio de legalidad, el Tribunal observa que, en abstracto, el contenido de los numerales 5 y 26 del artículo 64 del Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional, así como los literales c), d) y m) del artículo 30 del mismo Reglamento, proveen elementos que permiten deducir los supuestos de hecho contenidos normativamente, con la precisión requerida dada la naturaleza administrativa disciplinaria de dichos preceptos. Cuestión distinta es que, en su aplicación, la autoridad administrativa no haya logrado explicitar, mediante una motivación suficiente, cómo habrían concurrido en el caso concreto tales supuestos de hecho [...]. Por su parte, frente al alegato del representante, referido a la inobservancia del principio de reserva de ley, el Tribunal estima que las faltas disciplinarias pueden estar

En “Maldonado” (2016), los hechos acreditados, conducen a la solución contraria. Allí la Corte nota que en la normativa local “no se indicaba que la ‘honorabilidad’ o la ‘autoridad moral’ fueran requisitos que debían cumplir quienes ostentaran los cargos de Auxiliar Departamental o de Educador. Dichas características fueron invocadas como causales para la destitución de la señora Maldonado sin que se encontraran contempladas en los requisitos para cumplir las funciones de su cargo titular o su cargo interino. Por lo tanto, la señora Maldonado fue destituida por una conducta que no se encontraba tipificada en el Reglamento del Personal del Procurador de Derechos Humanos como infracción disciplinaria y que además no correspondía a la conducta descrita en [las] disposiciones [...] invocadas [...] para justificar la sanción impuesta [...] De lo anterior se concluye la vulneración del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora Maldonado”⁷⁹.

Esta postura es mantenida en “Urrutia” (2020), en el que, frente a una sanción disciplinaria a un magistrado, la Corte agrega que la norma inconvecional también resultaba contraria a la garantía de imparcialidad de lx magistradxs judiciales, receptada en el art. 8º.1 de la CADH. Puntualmente, explica que “la Corte Suprema de Chile al sancionar al señor Urrutia Laubreaux utilizando el numeral 4 del artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales utilizó una norma que permitía una discrecionalidad incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma en violación del principio de legalidad contenido en el artículo 9 de la Convención”⁸⁰.

5. CONTROL DE RAZONABILIDAD

La magistratura, ante un acto que cumple con la norma en que se sustenta la facultad de la autoridad administrativa que lo dictó y con el resto de las normas del

establecidas en normas que no tengan rango legal y así lo ha señalado la Corte en casos previos, por lo que no se advierte la vulneración alegada” (Corte IDH, caso “Mina Cuero”, ya cit., párrs. 100 y 105).

79 Corte IDH, caso “Maldonado”, ya cit., párrs. 94 y 95.

80 “El propio Estado implícitamente reconoce estos argumentos al manifestar que esta causal disciplinaria fue utilizada por última vez contra el señor Urrutia, lo cual “fue una excepción en la jurisprudencia disciplinaria chilena”, y que la misma no se ha aplicado en los últimos 14 años, admitiendo de esa manera su inconvecionalidad. Asimismo, se advierte que normas como la presente vulneran no solo el principio de legalidad sino también la independencia judicial. En efecto, independientemente de la imprecisión en la formulación legal de la norma de referencia, esta Corte no puede dejar de observar que la garantía para [toda persona, de ser juzgada por una magistratura] “independiente” del art. 8.1 de la Convención, presupone la existencia de [magistraturas] “independientes”, es decir, que todo Estado respete la independencia judicial. Si bien es obvio que existen limitaciones inherentes a la función judicial en cuanto a sus manifestaciones públicas, en especial referidas a los casos sometidos a sus decisiones jurisdiccionales, no deben confundirse éstas con las que hacen a la crítica que pueda dirigir a [las otras magistraturas] y, menos aún, a la defensa pública de su propio desempeño funcional” (Corte IDH, caso “Urrutia”, ya cit., párrs. 135 a 137).

ordenamiento jurídico, nunca podrá imponer su criterio, por más que considere que es más meritorio, conveniente u oportuno. Ahora bien, la pregunta que surge es: ¿qué es lo que puede examinar, entonces, de estos aspectos que no se encuentran reglados por las normas, sino librados a la discrecionalidad del poder administrador?

Lo que debe hacer es verificar que el acto o actuar administrativo se ajuste a los “principios generales del Derecho”⁸¹. La definición y alcance de estos principios es diversa según se tenga una concepción iusnaturalista o positivista⁸². Sin embargo, más allá de esta diferencia que hace al debate propio de la filosofía del Derecho, ellos tienen una importancia relevante y una función específica al momento de resolver las cuestiones que no tienen solución expresa en la ley. Además, por ser los fundamentos del Derecho, permiten la formulación, integración e interpretación de las normas jurídicas⁸³.

Entre los principios generales del Derecho que limitan el actuar administrativo, es paradigmático el principio de razonabilidad⁸⁴, debido a su mayor utilidad y desarrollo, razón por la que corresponde analizarlo con mayor profundidad.

5.1. *Marco normativo*

La razonabilidad no se encuentra regulada en todo su espectro en una norma determinada, sin embargo, existe cierto consenso respecto de su alcance y su mecánica⁸⁵.

En la Argentina, su fundamento constitucional reside en el art. 28 de la Constitución Nacional, el cual (siempre es bueno recordarlo)⁸⁶ es anterior a las

81 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*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 93; GORDILLO, ya cit., T. 1, pp. VI-31 y ss., pp. X-26, X-29 y ss. y T. 7, *Primeros Manuales*, 1ª ed., FDA, Buenos Aires, 2014, pp. VII-1 y VII-2; LINARES, ya cit., pp. 138 y 139; PAREJO ALFONSO, ya cit., p. 66; GARCÍA DE ENTERRÍA, “Lucha...”, ya cit., p. 50; SAINZ MORENO, ya cit., p. 350; PARADA, ya cit., p. 427; SESÍN, ya cit., pp. 340 y ss.; TAWIL, *Estudios...*, ya cit., pp. 16 y 17 y GARCÍA PULLÉS, ya cit., p. 688.

82 SAGGESE, Roberto M. A., *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, 1º ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 37 y ss.

83 ALONSO REGUEIRA, Enrique y Luis E. CASARINI, “El control jurisdiccional de las sanciones administrativas”, *LL*, Año LXXVI, N° 231, 7-12-2012, p. 1.

84 COVIELLO, Pedro J. J., “El Exceso de Punición en el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria en Relación con el Empleo Público”, *RAP*: 430:167, p. 172.

85 Existe una trama, “construida en el mundo y, sobre todo, en los Tribunales Administrativos muy acumuladamente, de principios jurídicos que limitan la actividad administrativa, sea reglada o discrecional, sin necesidad de que haya norma y sin discusión alguna respecto a si hay, o no, norma” (GORDILLO, Agustín, “Los valores en el Derecho Administrativo Global, en ALONSO REGUEIRA, *El control de la...*, ya cit., pp. 695-700).

86 Pues, “el sistema jurídico de cada país es fruto de una realidad histórica, social y económica propia e irrepetible” (CAPUTI, María Claudia, “El Principio revisor en versión norteamericana”,

Enmiendas que receptaron la noción norteamericana de debido proceso sustantivo y, por supuesto, muy anterior a la interdicción de arbitrariedad plasmada en la relativamente reciente Constitución española. A través de esta norma, el Poder Constituyente argentino impuso a las autoridades constituidas 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 por el art. 99, inc. 2, en la medida en que atribuye al Poder Ejecutivo la potestad de efectuar las reglamentaciones necesarias para la ejecución de dichas leyes, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

En lo atinente al examen de razonabilidad de los actos y procedimientos administrativos, la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos (conf. Ley 27.742 de Bases) no define, pero introduce en el art. 1º *bis.*, dos principios que califica como fundamentales del procedimiento administrativo. El de proporcionalidad y el de razonabilidad.

Asimismo, para darle contorno al elemento finalidad, puede leerse que el art. 7º, inc. *f*, ahora exige que se cumpla “con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes” y que “las medidas que el acto involucre deben ser razonables y proporcionalmente adecuadas” a su finalidad (art. 7º, inc. *f*)⁸⁷.

5.2. *Mecánica del principio*

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 razonable. La circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales no constituye

LL 2000-F, 620).

87 Según la Ley de Bases, las medidas no deben ser razonable y proporcionalmente adecuadas, sino que debe ser razonables (por un lado) y proporcionalmente adecuadas (por el otro). La autoridad legislativa no solo diferencia razonabilidad de proporcionalidad en el art. 1º *bis*, sino que también la diferencia del concepto de adecuación. Cabe preguntarnos, entonces, si lo razonable no es lo proporcional ni lo adecuado, ¿qué es? Quizás podría acudirse al principio convencional que informa que las decisiones administrativas deben ser “necesarias para una sociedad democrática”, tal como veremos en el punto 5.7 del presente.

justificativo de una conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a dichos actos⁸⁸.

Dentro de esa órbita se ha dicho que lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario⁸⁹, 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 la impugnación de un acto estatal, no conviene limitarse a manifestar que resulta arbitrario o injusto y que por tal motivo es irrazonable e inválido. Es necesario concretizar el argumento a fin de fortalecerlo. Para ello se debe entender tanto el marco teórico como la mecánica del examen de razonabilidad.

5.3. *La búsqueda de la finalidad*

En primer lugar, resulta imprescindible identificar, la finalidad a la que debe dirigirse dicho acto. Es decir, la que resulta de la norma atributiva de la facultad discrecional. Este paso inicial es, quizás, el más difícil. Pues, en ocasiones, la 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 aún⁹⁰. Máxime si se

88 La circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos [...] del Estado y que permite a [las jurisdicciones], ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia (CSJN, “Industria Maderera Lanin”, 1977, Fallos: 298:223; ratificado, con matices, en “Almirón”, 1983, Fallos: 305:1489; “Arenzón”, 1984, Fallos: 306:400; “Verdaguer”, 1985, Fallos: 307:2205, Disidencia de Fayt; “Berrutti”, 1985, Fallos: 307:639; “D’Argenio”, 1986, Fallos: 308:727; “Ducilo”, 1990, Fallos: 313:153; “Elías”, 1993, Fallos: 316:3077; “Sola”, 1997, Fallos: 320:2509; “Cedale”, 1998, Fallos: 321:1970, Voto de Nazareno, Moliné O’Connor, López y Vázquez; “Goldemberg”, 1999, Fallos: 322:3066, Disidencia de Moliné O’Connor y Fayt; “Unisys Sudamericana”, 2001, Fallos: 324:1691; “Instituto Dupuytren”, 2004, Fallos: 327:5; “Banco Latinoamericano”, 2007, Fallos: 330:3714, Disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni; “Schneiderman”, ya cit.; “Granillo Fernández”, 2012, Fallos: 335:1523; “Díaz”, 2019, Fallos: 342:58, Disidencia de Maqueda; “Barrios Rojas”, ya cit., Voto de Rosatti y “Farmacity”, 2021, Fallos: 344:1557, Disidencia de la conjueza Sotelo de Andreau).

89 Irrazonabilidad y arbitrariedad son conceptos que, si bien se encuentran lejos de ser idénticos, habitualmente se los utiliza en forma indistinta. Si bien todo lo irrazonable es arbitrario, también entra dentro de esta última noción, el acto o decisión adoptada sin fundamentación o motivación. Es más, esta última acepción ha sido tomada por Tomás-Ramón FERNÁNDEZ como el eje de su teoría del control del poder discrecional (“Sobre los límites...”, ya cit., p. 146).

90 “Todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica [...] No obstante, tratándose de una regulación limitada –pudiendo en muchos casos

advierte que en un determinado mandato pueden coexistir distintas finalidades que incidan de modo diverso en el actuar administrativo.

Por ello, el intérprete debe afrontar este estudio con la mayor intensidad posible, ya que la identificación de una u otra finalidad puede conducirnos a soluciones diametralmente opuestas⁹¹.

5.4. *Razonabilidad por adecuación (desviación de poder)*

Una vez identificada la finalidad, debe valorarse si el objeto del acto persigue efectivamente dicha finalidad. En tal caso, será 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. Ello es suficiente para poder afirmar que el acto resulta razonable, en tanto tiene una relación de adecuación con su finalidad.

Como puede verse, el referido examen de razonabilidad por adecuación tiene fuertes puntos de contacto con el instituto de origen francés conocido como desviación de poder, *expresamente* establecido en la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos⁹². Puede decirse incluso, que constituyen dos modos de emplear la misma herramienta de control sobre el actuar administrativo, en tanto varían, casi exclusivamente, en cuestiones de vocabulario y tradición u origen jurídico-cultural⁹³.

“La desviación de poder o *détournement de pouvoir* se configura, así, cuando [una autoridad administrativa] realiza un acto de su competencia, respetando en la mayor parte de las ocasiones las formas legales para ello, pero utilizando su poder con motivos o fines distintos de aquellos en vista de los cuales la autoridad le fuera conferida. Implica, pues, un abuso de mandato [...] o de derecho [...] que puede darse no solo en el dictado de actos administrativos, sino también en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Se trata, siempre, de una actuación

existir más de una posibilidad de cumplimiento de la finalidad establecida por la norma— el fin opera más bien como uno de los límites elásticos de la discrecionalidad administrativa” (GORDILLO, T. 1, ya cit., p. X-17).

91 Sobre este punto, ver ALONSO REGUEIRA, “El control judicial de la Administración va al jardín de infantes...”, ya cit., p. 381 y ss.

92 “Esbozada tímidamente aún en algunas ocasiones anteriores, la consolidación definitiva de la desviación de poder como técnica de fiscalización jurisdiccional de la legitimidad del obrar administrativo se produjo, en Francia, en la última mitad del siglo XIX. Notable resultó, en este aspecto, su recepción durante el Segundo Imperio —especialmente a partir de la intervención de Laferrière como *maitre des requetes* en el año 1870—, momento a partir del cual la desviación de poder se transformó —junto con la incompetencia, el vicio de forma y la violación a la ley— en una de las *formes de ouvertures* o motivos de impugnación clásicos del recurso por exceso de poder. Con ciertas variantes, esta construcción fue adoptada en Italia bajo la denominación de *sviamento di poere*” (TAWIL, *Estudios...*, ya cit., pp. 6 y 7)

93 En sentido contrario, TAWIL, *Estudios...*, ya cit., pp. 10 y 11.

inspirada por consideraciones ajenas al interés del servicio, sea teniendo en mira el interés egoísta o personal de quien dicta el acto o un interés público distinto al perseguido en ocasión de otorgarse la potestad [...] Deviene [...] en la violación de la ley en su espíritu, aun cuando no siempre en su texto”⁹⁴.

En mi opinión, resulta más conveniente controlar la discrecionalidad administrativa mediante el principio de razonabilidad. Por un lado, porque constituye un criterio más comprensivo. Por el otro, porque, frente a la desviación de poder, se tiende a pensar que el “carácter clandestino con que se manifiesta este vicio [...] torna prácticamente imposible la plena prueba de su existencia”⁹⁵. Es que, cuando se analiza la desviación de poder, muchas veces la discusión termina direccionándose a las intenciones subjetivas de la autoridad administrativa. En cambio, en el análisis de razonabilidad por adecuación, tal tentación es más sencilla de resistir⁹⁶.

Sin perjuicio de esta opinión, la desviación de poder constituye una herramienta que ha tenido un importantísimo reconocimiento por parte de la jurisprudencia argentina y su utilización, en forma independiente del examen de razonabilidad, es de gran valor para el control de la actividad administrativa, sobre todo, en el marco del empleo público⁹⁷.

94 TAWIL, *Estudios...*, ya cit., pp. 9 y 10. Para profundizar sobre esta cuestión, también puede recurrirse a SÁNCHEZ MORÓN, “Función...”, ya cit., p. 265; SESÍN, ya cit., pp. 44, 86, 173, 259 y ss.; GORDILLO, T. 1, ya cit., pp. X-29 y ss.; CAMPOLIETI, ya cit.; MAIRAL, ya cit., pp. 649 y 681; 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. y LÓPEZ MENDOZA, JOSÉ A., “Desviación de Poder”, en ALONSO REGUEIRA, *Estudios...*, ya cit., p. 299 y ss.

95 TAWIL, *Estudios...*, ya cit., pp. 16-17, en donde se explica que “algunas de las nuevas técnicas de fiscalización ensayadas resultan particularmente aptas para superar el mayor obstáculo con el que se ha enfrentado la desviación de poder: su acreditación. Tradicionalmente difícil –a punto de haber sido considerado este el ‘gran problema práctico’ de la desviación de poder–”.

En similar sentido, se ha reconocido que “no es frecuente encontrar la invocación del desvío de poder, pues se considera que los vicios formales son más prácticos y de más fácil apreciación para los operadores jurídicos” (BÉJAR RIVERA, ya cit., p. 164 y, en igual sentido, TAWIL, *Estudios...*, ya cit., p. 13).

96 “La desviación de poder, a diferencia de la razonabilidad, presenta la dificultad de que por tratarse de intenciones subjetivas del funcionario, es necesario encontrar pruebas indiciarias o elementos probatorios circunstanciales, para poder acreditar que la finalidad desviada realmente existió; pocas veces es el acto mismo el que permite demostrar, a través p. ej. de su motivación, que adolece de este vicio: Más normalmente la prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al aspecto externo del acto, pero que están en la realidad y en los antecedentes del caso” (GORDILLO, T. 1, ya cit., pp. X-29-30).

97 A modo de ejemplo, pueden citarse algunos de los precedentes en los que la Corte Suprema ha empleado la mentada herramienta: “Sánchez Oscar”, 2022, Fallos: 345:477; “Gómez, Orlando”, 2014, Fallos: 337:1337; “Quaranta, Daniel, 6/03/2014, Causa Q. 87. XLVIII; “Cerigliano Carlos”, 2011, Fallos: 334:398; “Sánchez Carlos”, 2010, Fallos: 333:335; “Ramos José”, 2010,

5.5. Razonabilidad por proporcionalidad

Ahora bien, a esta altura de la explicación debe aclararse que puede efectuarse el análisis de razonabilidad con distintos grados de intensidad. El examen de adecuación resulta ser el más tenue de los criterios que, potencialmente, comprende el principio de razonabilidad.

El examen de proporcionalidad constituye un segundo criterio, que implica un examen más agudo del acto discrecional. 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, la 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 que 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 simplificadas que pueden representar un riesgo innecesario en los estrados judiciales.

En caso de duda, sin embargo, debe recordarse (aunque no siempre se lo haga) que la propia Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos exige que se emplee el criterio de proporcionalidad sobre todos los actos administrativos, independientemente de la materia sobre la que verse su objeto. Pues, en todos los casos: “[l]as medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas” (art. 7º, inc. f, *in fine*).

5.6. Razonabilidad por necesidad

La adecuación y la proporcionalidad fueron, tradicionalmente, los dos únicos criterios aceptados como integrantes del juicio de razonabilidad. Sin embargo, la Corte Suprema argentina ha aceptado un tercer criterio para situaciones

Fallos: 333:311; “Boggiano Antonio”, 2006, Fallos: 329:3235; “Gorodisch David”, 2006, Fallos: 329:2162; “Laboratorios Ricar”, 1995, Fallos: 318:2311; “Savino Ángel”, 1986, Fallos: 308:1260; “Hughes Tool”, 1985, Fallos: 307:178; “Vaillard Elbio”, 1985, Fallos: 307:1926; “González Luis”, 1985, Fallos: 307:1907; “Castiñeira de Dios”, 1985, Fallos: 307:1189; “Di Giovani Juan”, 1983, Fallos: 305:445; “Adelphia”, 1974, Fallos: 288:287.

Por lo demás, también ha tenido un interesante desarrollo a nivel interamericano, Corte IDH, casos “Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) Vs. Venezuela” (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 05/08/2008, Serie C No. 182, párr. 147; “Corte Suprema de Justicia”, ya cit., párr. 173, 177, 180; “Tribunal Constitucional (Camba Campos)”, ya cit., párr. 210, 219, 222 y arg. voto de Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 90 y, principalmente, “Granier”, ya cit., párr. 189, 196-199.

muy puntuales. En el caso “Asociación Magistrados”⁹⁸ reseña esta postura, presente en su jurisprudencia de los últimos años⁹⁹. 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 protegidas*, es decir, “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 social”¹⁰⁰.

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 la facultad, sino que, además, debe ser verificable que “se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad”. Como puede verse, este nuevo criterio se identifica con lo que se conoce como subprincipio de necesidad, dentro del esquema tripartito del juicio de proporcionalidad empleado en Alemania, España y en Corte Europea de Derechos Humanos¹⁰¹.

98 CSJN, “Asociación Magistrados”, ya cit.

99 CSJN, “Hooft Pedro”; “Gottschau Evelyn”; “Mantecón Valdez”; “Partido Nuevo Triunfo”; “Pérez Ortega”; “Z. J. J.” y “Vázquez Miriam”, ya cit.

100 En cuanto a este punto, ver TREACY, Guillermo F., “El principio de igualdad y las personas nacidas en el exterior: problemas y perspectivas”, en DALLA VÍA, Alberto Ricardo (dir.), *Derecho constitucional*, 2º ed., Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2015, pp. 881 a 920; e “Igualdad y nacionalidad”, en RIVERA, Julio César (h) (dir.), *Tratado de los derechos constitucionales*, 1º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, pp. 1044 a 1082). Estas categorías también se conocen como “sospechosas” y con esa denominación pueden ser encontradas en gran parte de la doctrina.

101 Sobre esta visión (que en nuestra opinión no resulta aplicable en forma automática al Derecho argentino) ver 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., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 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., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; SANDULLI, Aldo, *La Proporzionalità dell'azione amministrativa*, 1ª ed., Padova, CEDAM, 1998, en particular, cap. III, Sezione Terza, § 4, pp. 371 y 2; BEILFUSS GONZÁLEZ, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1ª ed., Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 53 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en el derecho público*, 1ª ed. Madrid, Civitas, 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*, 1ª ed., Río de Janeiro, Editora GZ, 2009; BENVINDO ZAIDEN, Juliano, *On the limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, 1ª ed., Berlin Heidelberg, Springer, 2010, p. 83 y ss.

En adición a este “escrutinio estricto” por el que debe guiarse el juicio de razonabilidad, la Corte ha estimado, además, que los actos que establecen distinciones basadas en categorías protegidas se presumen ilegítimos e inconstitucionales, lo cual provoca una inversión de la carga de la prueba. No es entonces la persona que considera afectados sus derechos quien debe probar la ilegitimidad que alega, sino el propio Estado quien tiene que acreditar que la norma que ha dictado cumple con el criterio de razonabilidad enunciado, en tanto el trato desigual responde a fines sustanciales y no meramente convenientes.

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 necesidad 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.

Este criterio podría entenderse, a primera vista, como cercano a los de oportunidad, mérito o conveniencia, que, en palabras de la Corte Suprema, “no son susceptibles de revisión judicial”¹⁰².

Asimismo, CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009; CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 1ª ed., Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2004; GRECCO, Carlos Manuel y Ana Patricia GUGLIELMINETTI, “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, pp. 121-134; y Alonso Regueira, Enrique, “El examen de necesidad ¿razonabilidad o conveniencia?”, ED, 2008, 647 y “Artículo 30. Alcance de las Restricciones”, en ALONSO REGUEIRA, Enrique (dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino*, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 535-539, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/ind-alonso-regueira.php>.

102 Las decisiones “adoptadas sobre la base de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta al momento de su dictado, no son susceptibles de revisión judicial, y sólo corresponde a [la judicatura] controlar la legitimidad del obrar de las autoridades administrativas, sin estar facultados para sustituirse a ellos en la valoración de circunstancias ajenas al campo de lo jurídico” (“Gómez, Alberto”, 2015, Fallos: 338:1583). “La potestad del Poder Judicial de revisar los actos administrativos solo comprende, como principio, el control de su legitimidad –que incluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades de las que se hallan investidos los funcionarios competentes–, pero no el de la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas por estos adoptadas” (CSJN, “Hoyos Darío” 2015, Causa H. 147. XLVIII). En similar sentido: “Ferrocarriles Argentinos”, 2012, Fallos: 335:770; “Méndez Daniel”, 2011, Fallos: 334:1216; “Aceval Pollacchi”, 2011, Fallos: 334:799; “Mamic Construcciones”, 2005, Fallos: 328:2712; “Partido Demócrata Progresista”, 2003, Fallos: 326:2004; “Berón, Luisa” 2005, Fallos: 328:91; “Smith, Carlos”, 2002, Fallos: 325:28; “González de Delgado”, 2000, Fallos: 323:2659; “Prodelco”, 1998, Fallos: 321:1252; “Rodríguez, Rafael”, 1998, Fallos: 321:663; “Rodríguez, Jorge”, 1997, Fallos: 320:2851; “Miguel Ángel Baz”, 1997, Fallos:

Cabe preguntarse, entonces, si este último escrutinio de necesidad que la Corte ha establecido para los casos en que las normas efectúen una distinción sustentada en *categorías protegidas* 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. Pues, si fuera este último el caso, la cuestión no podría someterse a la revisión jurisdiccional, sin violentar el principio de división de poderes.

Si bien el problema es harto complejo, consideramos que puede encontrarse una respuesta a este 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 de las personas.

Es decir, la existencia de una medida alternativa 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. El único criterio para evaluar su irrazonabilidad será, siempre, el hecho de ser más o menos intrusiva, restrictiva o lesiva que la medida alternativa y nunca el grado de adecuación, eficacia, oportunidad, mérito o conveniencia en relación con el fin que exija la norma atributiva de las facultades que se hayan ejercido¹⁰³.

De este modo, 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)¹⁰⁴, la elección de una u otra pertenece al campo de la razonabilidad y, por ende, su validez o invalidez es justiciable.

320:976; “Chocobar, Sixto”, 1996, Fallos: 319:3241; “Superintendencia de Seguros”, 1993, Fallos: 316:188; “Consejo de Presidencia”, ya cit.; “Astilleros Alianza”, 1991, Fallos: 314:1202; “Gamberale de Mansur”, 1989, Fallos: 312:435; “Carbonaro, Raúl”, 1988, Fallos: 311:2128; “Piaggio de Valero”, 1988, Fallos: 311:1206; “Ferrer, Roberto”, 1986, Fallos: 308:2246; “Martínez Bolin”, 1986, Fallos: 308:1486; “Moen, Alberto”, 1986, Fallos: 308:434; “Ramírez Aragón”, 1984, Fallos: 306:1792.

103 ALONSO REGUEIRA, “El examen de necesidad”, ya cit. En sentido contrario, CIANCARDO, ya cit., p. 90.

104 “Pues, sólo puede ejercerse una preferencia respecto de medidas al menos tan eficaces [o adecuadas] como la cuestionada. Es decir que existen dos pasos necesarios en la aplicación del subprincipio. En un primer momento, debe determinarse la existencia de otras medidas posibles que no tengan un menor grado de adecuación para la obtención del fin perseguido. Una vez encontradas, se procede a un segundo paso, analizar si ella resulta la menos intrusiva para los derechos de [la persona] y únicamente si ello se constatare, se la considerará constitucionalmente válida. Sin embargo, no cabe el juicio de mínima intrusión si no existieren medidas alternativas con tales características” A lo que debe anudarse que este criterio “puede no resultar aplicable en los casos de constelaciones complejas, ya sea que se encuentren en juego más de dos principios, o más de dos personas” (ALONSO REGUEIRA, “El examen de necesidad”, ya cit., con cita de ALEX, Robert, *Teoría...*, ya cit., p. 113 y “On the Structure...”, ya cit., p. 298).

En otras palabras, cuando el criterio adoptado por la Administración se sustenta en la distinción de una categoría protegida, la magistratura puede analizar si tal decisión es la que restringe en menor medida los derechos de la persona afectada. En caso contrario, debe declarar su invalidez. 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 sea en términos relativos (tomando en consideración otras posibles medidas) no cambia la naturaleza del examen que se efectúa.

Por último, a fin de despejar cualquier duda que pueda plantearse en este sentido, cabe recordar que la Corte Suprema argentina ha manifestado expresamente que este escrutinio estricto debe considerarse como una vertiente de la razonabilidad, completamente ajeno a la conveniencia. Pues, ambos 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”¹⁰⁵.

5.7. *Razonabilidad convencional*

Cabe comenzar por recordar que, en términos interamericanos, también rige el principio que informa que el “ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales”¹⁰⁶. Sin perjuicio de que la Corte Interamericana reconozca que 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”¹⁰⁷.

Si bien este es un tema de gran complejidad y delicadeza, la Corte IDH efectúa un profundo e iluminador análisis en el Caso “Castañeda Gutman” (2008), en el cual explica que existen tres criterios para valorar la convencionalidad de las restricciones a los derechos, en tanto ellos no son absolutos.

El primer criterio está constituido por el principio de legalidad formal. Pues, “[e]l 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”¹⁰⁸.

105 CSJN, “Asociación Magistrados”, ya cit., cons. 12.

106 Corte IDH, caso “Moya Chacón y otros Vs. Costa Rica” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/05/2022, Serie C No. 451, párr. 73.

107 Corte IDH, caso “Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 06/08/2008, Serie C No. 184, párrs. 174 y ss.

108 Ibidem, párr. 176 (con cita de Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”.

El segundo, 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 arts. 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’, o ‘las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática’, ambas en el art. 32)”¹⁰⁹.

El tercero, requiere que la restricción sea “necesaria para una sociedad democrática” o “necesaria y proporcional”. Este criterio es primero establecido en forma específica por la CADH para determinados derechos, como los de expresión¹¹⁰, reunión, asociación y circulación¹¹¹; y luego extendido por la Corte para la totalidad de las restricciones a derechos protegidos por dicho instrumento¹¹².

13/11/ 1985, Serie A nro. 5, párr. 39; Opinión Consultiva OC-6/86, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 09/05/1986, Serie A nro. 6, párr. 34 y Caso “Yatama Vs. Nicaragua” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 23/06/2005, Serie C No. 127, párrs. 27 y 32). En cuanto al alcance convencional del principio de legalidad, ver ALONSO REGUEIRA, “Artículo 30...”, ya cit., p. 541 y ss.

109 Corte IDH, caso “Castañeda Gutman”, ya cit., párr. 180. Ver FREJO, Agustina, “Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos, en ALONSO REGUEIRA, *La Convención Americana...*, ya cit., pp. 555-567.

110 “De acuerdo a la propia Convención, la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa” (Corte IDH, caso “Urrutia”, ya cit., párrs. 81 y 85). A fin de analizar el alcance de lo normado por el precepto citado, ver SCIOSCIOLI, Sebastián, “Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión”, en ALONSO REGUEIRA, *La Convención...*, ya cit., pp. 237-250.

111 Para una mayor comprensión de estos derechos, acudir a GUARDIA, Lucas, “Artículo 15. Derecho de Reunión”; LEPERE, Pablo, “Artículo 16. Libertad de Asociación” y RICART, Luciana T. “Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia”, todos ellos en ALONSO REGUEIRA, *La Convención...*, ya cit.

Como ejemplo, puede recordarse que si bien “los Estados gozan de un cierto grado de discreción al evaluar el riesgo al orden público, a efectos de disponer el uso de la fuerza, esa discrecionalidad no es ilimitada ni carece de condiciones, particularmente cuando se trata de reuniones, protestas o manifestaciones protegidas por el artículo 15 de la Convención. Corresponde al Estado demostrar que adoptó las medidas estrictamente necesarias y proporcionales para controlar el riesgo percibido al orden público o a los derechos de las personas, sin restringir o violentar innecesariamente el derecho a la reunión pacífica de las demás personas” (Corte IDH, caso “Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 28/11/2018, Serie C No. 371, párr. 167).

112 “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

“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”¹¹³.

Es importante observar que este recaudo no resulta exclusivo del análisis de convencionalidad de restricciones que sean decididas mediante actos de alcance general o normativo, por el contrario, son varias las oportunidades en que la Corte lo ha utilizado con relación a la valoración de actos de alcance particular.

En “Claude Reyes” (2006), respecto de las restricciones al derecho a la información, exige requiere que ellas “estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla 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, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”¹¹⁴. Por ello, concluye que el acto impugnado (cuyo objeto era rechazar parcialmente un pedido de información pública) era 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”¹¹⁵.

También puede traerse a colación “Baena” (2001), en relación con la destitución de los dirigentes sindicales allí involucrados, en cuanto se expresa que no ha sido demostrado “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”¹¹⁶.

Por último, cabe recordar el caso “Pavez Pavez” (2022), en el cual el Estado parte había revocado la habilitación como profesora de religión de una persona y reasignado sus funciones en un centro educativo público, con sustento en su

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” (Corte IDH, caso “Castañeda Gutman”, ya cit., párr. 185 y arg. casos “Yatama”, ya cit., párr. 206 y ss. y “Argüelles y otro, Vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 20/11/2014, Serie C 288, párrs. 221 a 231).

113 Corte IDH, caso “Castañeda Gutman”, ya cit., párr. 186.

114 Corte IDH, caso “Claude Reyes”, ya cit., párr. 91.

115 Ibidem, párrs. 95 y 103.

116 Corte IDH, caso “Baena”, ya cit., párr. 172.

orientación sexual. Allí la Corte considera que “los criterios de análisis para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato. En este sentido, la Corte estima que, cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de [las] categorías protegidas en el artículo 1.1 de la Convención, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma”¹¹⁷.

6. INTERDICCIÓN DE SUSTITUCIÓN

El control que puede efectuar el Poder Judicial respecto del nudo decisional que caracteriza a los actos administrativos discrecionales ha de ser ejercido en forma negativa¹¹⁸.

La magistratura sólo puede declarar la invalidez del acto. Nunca efectuar nuevamente el proceso decisional llevado a cabo por la Administración y adoptar

117 Como nota de color, se destaca que, en el citado precedente, el Estado discutía la condición de funcionaria pública, “debido al hecho que la contratación se regía por un contrato de derecho privado y no de derecho público. Sin embargo, para [la] Corte, lo relevante es que Sandra Pavez Pavez ejercía un cargo de docente de educación pública, en un establecimiento de educación público, y remunerada con fondos públicos. En ese sentido, la naturaleza de las funciones que ejercía Sandra Pavez Pavez eran las de una funcionaria pública, cuyo acceso y permanencia dependía finalmente de la decisión de una institución estatal, por lo que, gozaba de las protecciones establecidas en el artículo 23.1.c) de la Convención Americana, el cual contiene el derecho al acceso a la función pública en condiciones de igualdad”. En cuanto a este último punto, la Corte recuerda que los “procesos de destitución” de personas que sean funcionarias públicas se relacionan “con la garantía de estabilidad o inamovilidad en el cargo” (Corte IDH, caso “Pavez Pavez”, ya cit., párrs. 137 y 142).

118 Este principio general, sin embargo, contiene modulaciones, sobre todo en materia disciplinaria a partir del conocido precedente de la Corte Suprema “Demchenko” (Fallos: 321:3103); tal como se ilustra en GUSMAN, Alfredo Silverio, “Poder Judicial y Poder Discrecional. Problemas Contemporáneos”, en *Revista de Derecho Público*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2021, pp. 119 a 139. En igual sentido, se ha expresado que la judicatura “podrá sustituir la decisión administrativa cuando –en las circunstancias concretas– se elimine el margen de discrecionalidad (*ermessenreduzierung auf null*): porque cuando el tribunal tiene todos los datos en su mano así lo exige el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva” (Laguna de Paz, ya cit., p. 477).

una nueva decisión. Su jurisdicción se limita a analizar la legalidad y razonabilidad del acto, siendo la autoridad administrativa la única facultada para ejercer las atribuciones discrecionales necesarias para adoptar una determinada decisión sobre la cuestión. En caso de que la magistratura avanzara más allá de los límites de su jurisdicción y sustituyera a la autoridad administrativa en el ejercicio de sus funciones, se estaría quebrantando el principio de división de poderes.

Un claro ejemplo de esto puede observarse en el precedente “Buttice, Eduardo” de la Corte Suprema, en el cual 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, se 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, se explicó 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 [demandada] a hacer algo que la ley no manda, sustituyendo su criterio de conveniencia o eficacia por el de [la judicatura], violando así el principio de división de poderes del Estado”¹¹⁹.

7. CREPÚSCULO

“Es posible y deseable que con el correr del tiempo la distinción [entre facultades regladas y discrecionales] pierda importancia, en la medida que la asuman en mayor medida principios tales como el de la razonabilidad”¹²⁰.

Hemos visto que todos los actos administrativos, incluso en sus aspectos discrecionales, son justiciables y pasibles de control de legalidad y razonabilidad. Esta afirmación no siempre es analizada en todo su alcance.

Significa que ya no corresponde declarar la 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 proceso, ni al momento de resolver el fondo de la cuestión. La magistratura debe valorar si el acto administrativo se ajusta al orden jurídico y, en caso afirmativo, declarar su validez y rechazar la pretensión¹²¹.

119 CSJN, “BUTTICE Eduardo”, 2006, Fallos: 329:5368. En similar sentido, ver “Barrios Rojas”, 2020, Fallos: 343:990.

120 GORDILLO, T. I, ya cit., p. X-11.

121 SESÍN, ya 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 juridicidad y entrar en la llamada zona

Suele decirse que la magistratura no se encuentra habilitada a revisar la discrecionalidad, salvo los casos de arbitrariedad manifiesta. A mi entender, esto equivale a decir, por ejemplo, que no puede mirar un semáforo, a menos que se encuentre en verde. ¿Cómo?

Para poner un poco más de condimento a la cuestión, puede decirse que el razonamiento de la discrecionalidad no justiciable, por más atractivo que resulte, termina siendo circular: como un perro que intenta morderse la cola.

Esta conclusión no significa la muerte jurídica de la discrecionalidad¹²², sin embargo, tiene una entidad que no puede dejar de ser tenida en cuenta¹²³. Pues, finalmente, la discrecionalidad ha perdido ese “atributo” o “funcionalidad” original orientada a definir qué es lo que puede ser controlado judicialmente.

Es probable que tampoco conserve mayor utilidad al momento de explicar cómo ha de encausarse su control judicial. En las aulas se enseña que primero se debe valorar la legalidad de las cuestiones regladas y luego la legitimidad o razonabilidad de las discrecionales. De tal modo, 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 razonabilidad¹²⁴.

Esta tesisura, 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 falsos¹²⁵, que se encuentra motivado en forma

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” (p. 106).

“El criterio es simple y por demás claro, todos los actos estatales deben sujetarse al control de [la judicatura y esta puede] invalidar o no el acto estatal, según su conformidad con el modelo jurídico” (BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 72). El Poder Judicial “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 juridicidad. Lo discrecional queda libre de censura (siempre que no contradiga la juridicidad) no de control judicial” (HUTCHINSON, ya cit., p. 340).

122 Ver ALONSO REGUEIRA, Enrique, “Discrecionalidad: Muerte y Resurrección”, en ALONSO REGUEIRA, *El Control de la...*, ya cit., p. 47 y ss.

123 “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 aquella. -No presenta en ese examen, en consecuencia, diferencia alguna sustancial respecto al que se realiza sobre la calificado como actividad reglada” (REQUENA LÓPEZ, ya cit., p. 93).

124 Tan afincada está esta tesis, que la propia estructura del presente trabajo responde a ella.

125 “La verificación de la exactitud de los hechos invocados por [la Administración] como origen o ‘causa’ de su acto constituye un capítulo esencial del control judicial de la Administración, tanto del ejercicio de facultades regladas –para establecer si efectivamente se ha configurado el presupuesto de hecho que conforme a la norma aplicable, debía dar lugar a la emisión del acto

insuficiente¹²⁶ o resulta irrazonable, será siempre inválido, sin importar los aspectos discrecionales o reglados que tenga. “Los límites negativos que vinculan la actividad administrativa no son, por lo tanto, específicos de la discrecionalidad, sino de toda la gestión administrativa; trátase de la que actúe en forma reglamentaria como de la que actúe libremente”¹²⁷. “En realidad, debiera hablarse de control de la legalidad (o juridicidad) de la actividad de la Administración, sin más”¹²⁸.

Desde un punto de vista desfibrador, podría argumentarse que, si la discrecionalidad administrativa ya no incide en el *qué* se controla ni en el *cómo*; sí lo hace en el *cuánto*, de modo de permitir que la magistratura anule el acto, pero nunca que sustituya a la Administración en sus facultades propias o discrecionales¹²⁹.

Sin embargo, no debe soslayarse que las cuestiones relacionadas con el alcance del control y la prohibición de sustitución constituyen, temas en los que pareciera haber menos acuerdos que desacuerdos¹³⁰.

con objeto predeterminado por parte de ésta— como, especialmente, de facultades discrecionales” (GORDILLO, T. 1, ya cit., p. x-16).

126 “La motivación resulta esencial tanto en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales como regladas. En el primer supuesto, porque permite develar si el uso por parte [de la autoridad administrativa] de su libertad de apreciación ha resultado correcto o incorrecto [...] En el caso de las potestades regladas porque permite controlar si se ha aplicado correctamente el ordenamiento jurídico y, en caso de haber sido así, si tal aplicación lo ha sido a un caso que reviste las características exigidas por el presupuesto fáctico de la norma” (TAWIL - MONTI, ya cit., pp. 78 y 79).

127 FIORINI, ya cit., p. 91.

128 “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 distinguos respecto de la reglada. Debe hablarse de control, fiscalización, enjuiciamiento, del proceder administrativo, sin más aditamentos” (REQUENA LÓPEZ, ya cit., pp. 95 y 92).

129 En cuanto a este punto, ver ALONSO REGUEIRA, Enrique, “La Administración va al jardín de infantes...”, ya cit., pp. 388 y 389; PAREJO ALFONSO, ya cit., p. 87; SESÍN, ya cit., pp. 69, 114, 190, 215 y ss.; GALLEGOS FEDRIANI, ya cit., p. 87 y ss.; GARCÍA PULLÉS, ya cit., p. 690 y ss. y MAIRAL, ya cit., p. 652.

130 SESÍN, ya cit., p. 174; PAREJO ALFONSO, ya cit., p. 64; GORDILLO, T. 1, ya cit., p. VI-40 y ss.; CASSAGNE, ya cit., pp. 175 y 215; HUTCHINSON, ya cit., p. 285; GARCÍA PULLÉS, ya cit., p. 677 y GUSMAN, Alfredo Silverio, “De nuevo sobre la discrecionalidad administrativa y su revisión judicial”, *ED*, 2007, p. 495.

Como testimonio de los mencionados desacuerdos, pueden señalarse las siguientes afirmaciones: (i) “[la judicatura], 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 [de la judicatura] 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 [la judicatura] tenga de su papel en cada caso [...] Pero, además, se olvida también que, en la Constitución, el principio de interdicción

Es más, sobre este punto, quisiera plantear un interrogante: ¿La prohibición que recae sobre la actividad jurisdiccional de sustitución de las facultades propias de la Administración nace 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 (civilmente, ante funcionario público) con un niño de 8 años, la magistratura podría declarar la nulidad del matrimonio, pero no podría decretar en su sentencia que la mujer se case con el hermano mayor del niño. Es más, si ninguna persona legitimada (ni siquiera el ministerio público) planteara la cuestión en sede judicial; tampoco podría decretar dicha nulidad. En ninguno de los casos la limitación de la jurisdicción se funda en la prohibición de sustituir las facultades propias de la Administración, sino en que la magistratura simplemente no tiene la facultad para tomar dichas decisiones.

Entonces, 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.

La revisión judicial del actuar administrativo no encuentra su límite en las facultades propias o discrecionales de los otros poderes constituidos, sino que sus límites resultan intrínsecos de la propia jurisdicción que, como cualquier otra facultad, también es concedida y limitada normativamente¹³¹.

8. OCASO

Existe otro motivo que parecería abonar a esta postura. Sostener que la interdicción de sustitución no es una consecuencia de los límites de la jurisdicción, sino que deriva la existencia de discrecionalidad, implica postular que el único

de la arbitrariedad está referido, tanto por su ubicación sistemática (título preliminar), 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, ya cit., pp. 62 y 66); (ii) "En definitiva, el problema es, en buena parte, de prueba" (FERNÁNDEZ, T-R., *De la arbitrariedad...*, ya cit., 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, "Función...", ya cit., p. 269).

131 "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 [judicatura] y Estado y olvidando, por tanto, que [la judicatura] es también un poder público del Estado, es Estado" (PAREJO ALFONSO, ya cit., p. 60). "El conocimiento judicial determinado por el objeto del proceso no es, sin embargo, el control (en sentido estricto) de la 'actuación' anterior 'impugnabile', sino el o las pretensiones deducidas [...] en relación con o a propósito de dicha actuación" (PAREJO ALFONSO, Luciano, "La vigilancia, la supervisión y el control administrativos. (reflexiones sobre su formación, evolución y situación actual)", en ALONSO REGUEIRA, *El Control de la...*, ya cit., p. 217).

motivo por el que la magistratura no puede pronunciarse sobre la cuestión es porque dicha cuestión fue otorgada por el Congreso al poder administrador, para su decisión exclusiva.

Sin embargo, esta formulación soslaya que, en sistemas como el nuestro, la magistratura puede, incluso de oficio¹³², controlar también la constitucionalidad y razonabilidad de la ley atributiva de facultades. Control que ha efectuado la Corte Suprema Argentina, por ejemplo, en el caso “Uriarte”, en el que declaró la inconstitucionalidad de una ley por otorgar una facultad discrecional con amplitud irrazonable. Puntualmente, allí estableció que, “de acuerdo con los principios constitucionales y convencionales enunciados, el derecho de toda persona a ser juzgada por [una magistratura] independiente exige que el régimen de subrogación no deje librada la elección al arbitrio de la autoridad de turno”¹³³.

En el plano interamericano, por ejemplo, son reiteradas las oportunidades en las que la Corte Interamericana valora la convencionalidad de la norma atributiva de la facultad discrecional de la Administración.

A modo de ejemplo, puede recordarse lo expresado en el sentido de que 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 [las personas]”¹³⁴. También, que la norma atributiva de la función administrativa debe establecer reglas claras y objetivas, a fin de no otorgar “una discrecionalidad amplia [a la autoridad] del Estado”¹³⁵.

132 THEA, Federico G. et al, *Análisis Jurisprudencial Corte Suprema Parte General*, 1º ed., José C. Paz, EDUNPAZ, 2017, p. 128.

133 CSJN, “Uriarte”, 2015, Fallos: 338:1216.

En similar sentido, se ha observado que, “si la norma otorga una habilitación genérica, sin límites precisos y para supuestos de hecho también generales, se vulnera el principio de legalidad contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional, dado que la competencia administrativa quedaría regida por el principio de vinculación negativa de la Administración al ordenamiento jurídico” (CAMPOLIETI, ya cit.).

134 Corte IDH, casos “Baena”, ya cit., párr. 126, “Chocrón Chocrón Vs. Venezuela” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 01/07/2011, Serie C No. 227, párr. 115 y “Martínez Esquivá”, ya cit., párr. 105.

135 Corte IDH, caso “Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana”, 08/09/2005, Serie C No. 130, párr. 191. En sentido similar, aunque en otro contexto, considera que “la ausencia de parámetros objetivos que legítimamente pudiesen justificar una detención sobre la configuración de los elementos previstos por la normativa, y la inexistencia de una obligación posterior de justificar un registro o una requisita con independencia de los resultados obtenidos por la misma, generaron un espacio amplio de discrecionalidad que derivó en una aplicación arbitraria de las facultades en cabeza de las autoridades policiales, lo cual además fue avalado mediante una práctica judicial que convalidó dichas detenciones sobre la base de criterios generales como la prevención del delito o ex post por las pruebas obtenidas” (Corte IDH, caso “Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina” (Fondo y Reparaciones), 1/9/2020, Serie C No. 411, párr. 97 y ss.).

“[L]a Corte entiende que el establecimiento de restricciones al derecho de acceso a información bajo el control del Estado a través de la práctica de sus autoridades, sin la observancia de los límites convencionales [...], crea un campo fértil para la actuación discrecional y arbitraria del Estado en la clasificación de la información como secreta, reservada o confidencial, y se genera inseguridad jurídica respecto al ejercicio de dicho derecho y las facultades del Estado para restringirlo”¹³⁶.

Por último, la Corte Interamericana también ha dictado una serie de precedentes en los que reconoció la posibilidad de que la inconventionalidad de la norma atributiva de competencias afecte el principio de legalidad penal y, en particular, la exigencia de previsibilidad que nace de este, por conceder “una excesiva discrecionalidad [a la autoridad encargada] de aplicar la sanción”¹³⁷.

“[L]a 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”¹³⁸.

Los precedentes citados, como en un eterno retorno, hacen replantearse las palabras de Wade, en el sentido de que “solía pensarse como doctrina constitucional clásica que la amplitud del poder discrecional resultaba incompatible con el Estado de Derecho. Sin embargo, dicho dogma no puede ser tomado en serio en la actualidad y nunca tuvo mucho de verdad. Lo que el Estado de Derecho

136 Corte IDH, caso “Claude Reyes”, ya cit., párr. 98.

137 Como ejemplo, puede destacarse Corte IDH, caso “López Lone”, ya cit., párrs. 263 y 264, con cita de Corte IDH, caso “López Mendoza”, ya cit., párr. 202.

Si bien el razonamiento no es idéntico, cabe recordar un caso que participa de características similares a los analizados en este título, en la medida en que la Corte explicita que “la facultad ejercida por aquella autoridad para nombrar a la presunta víctima como fiscal provisional sin especificar alguna condición resolutoria que determinara la terminación del nombramiento, así como para dar por concluida la designación de manera discrecional, se apoyó en la inexistencia de un marco normativo específico que garantizara la estabilidad del funcionario mientras ejerciera el cargo. A lo anterior se sumó una interpretación judicial, incluido el criterio del Tribunal Constitucional, congruente con las decisiones de la autoridad administrativa” (párr. 101). Razón por la que concluye que “al no haber suprimido prácticas que entrañaban violación a las garantías previstas en la Convención, y dada la falta de expedición de normas conducentes a la efectiva observancia de tales garantías, el Estado incurrió en incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno, conforme al artículo 2 de la Convención, en relación con la garantía de inamovilidad de [las autoridades fiscales], reconocida como una de las garantías judiciales que consagra el artículo 8.1 de la Convención” (Corte IDH, caso “Casa Nina Vs. Perú” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 24/11/2020, Serie C No. 419, párr. 102).

138 Corte IDH, Caso “López Mendoza”, ya cit., párr. 202.

demanda no es la eliminación de la amplitud del poder discrecional, sino el control por parte del derecho respecto de su ejercicio”¹³⁹.

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Es Abogado y Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor Titular de Posgrado en la Universidad Nacional de La Matanza y en la Universidad Nacional de José Clemente Paz. Coordinador del Área de Derecho Administrativo de los Cursos de Capacitación del Fuero Contencioso Administrativo Federal. Secretario de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Juez en lo Contencioso Administrativo Federal. <https://uba.academia.edu/alonsoregueira>.

139 “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).

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Blanco

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

MARCELO DANIEL DUFFY



**LORENZETTI - ALONSO REGUEIRA - AMESTOY - COVIELLO
FREEDMAN - VILLENA - KODELIA - NIELSEN ENEMARK - SCHAFRIK
SEIJAS - SPOTA - BOTO ÁLVAREZ - CASARINI - DURAND - FACIO
GERDING - PERRINO - SALTZER CHAVEZ - ABERASTURY - CILURZO
DUBINSKI - LISTE - MORTIER - OTERO BARBA - PÉREZ
SILVA TAMAYO - THOMAS - TOIA - VEGA - ZICAVO**



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
Facultad de Derecho



**ASOCIACIÓN
DE DOCENTES**

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



**FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL**

1ª Edición: Enero de 2025

Bases para la Libertad en el Derecho Administrativo Argentino - Tomo Blanco / Enrique Alonso Regueira ... [et.al.] 1a. edición - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2025.

578 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-46364-2-3

1. Bases de Datos. I. Alonso Regueira, Enrique.
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

COMISIÓN ACADÉMICA EDITORIAL

Luisella Abelleyro	Edgardo Tobías Acuña
Santiago Paredes Adra	Federico Martín Amoedo
Andrés Ascárate	Tomás Brandan
Ignacio Bence Pieres	Paula Brunetti
Mario Cámpora	Luis Casarini
María Ceruli	Dominique Ekstrom
Rosario Elbey	Hernán Gerding
Federico Giacoia	Lorena González Rodríguez
Nazareth Azul Imperiale	Ángeles Lausi
Facundo Maciel Bo	Milagros Marra
Lucía Martín	Lucía Flavia Ojeda
Gimena Olmos Sonntag	Lautaro Pittier
Matías Posdeley	Marina Prada
Gerardo Ruggieri	Juan Ignacio Stampalija
Juan Ignacio Sueldo	Maximiliano Werner

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

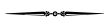
Tomo Amarillo

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

JORGE EDUARDO MORÁN



**ROSENKRANTZ - ALONSO REGUEIRA - CANDA - CAPPONI - CICERO
DAMSKY - FIGUEREDO - GUSMAN - GUTIÉRREZ COLANTUONO - HUBEÑAK
LARA CORREA - RAMOS - SCHEIBLER - ABERASTURY - AMOEDO
PITTIER - CONDE - ENRICI - GARCÍA MORITÁN - GARCÍA PULLÉS
ISABELLA - MARRA - MARRA GIMÉNEZ - SAMMARTINO - SANTANGELO
ALVAREZ TAGLIABUE - CARRILLO - MONOD NÚÑEZ - COMADIRA
FOLCO - KODELIA - THEA - MARCHETTI - MARTÍNEZ - OLMOS SONNTAG**



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
República Argentina



**ASOCIACIÓN
DE DOCENTES**

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



**FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL**

BASES PARA LA LIBERTAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

Tomo Celeste

Editor

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA

Prólogo

LEANDRO VERGARA

**MAQUEDA - ALONSO REGUEIRA - CIMINELLI - DIANA - FERNÁNDEZ
GELLI - LÓPEZ - MONTI - REJTMAN FARAH - RODRÍGUEZ - SAGGESE
TREACY - WÜST - BUTELER - CASARINI - LÓPEZ CASTIÑEIRA
CERTOMA - GALLEGOS FEDRIANI - HEILAND - MACIEL BO - RUBIO
STUPENENGO - VINCENTI - YLARRI - BARRA - BRANDAN - CORMICK
ERBIN - LOSA - SACRISTÁN - SALVATELLI - STORTONI**



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

AJUFE
Asociación de Juristas y Académicos de la
Facultad de Derecho de la UBA



**ASOCIACIÓN
DE DOCENTES**

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES



**FUERO EN LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO FEDERAL**