

PRÓLOGO

SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ
 Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones
 en lo Contencioso Administrativo Federal;
 Titular de Cátedra de Derecho Procesal Administrativo,
 Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

“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.

I. LA TRASCENDENCIA DEL TEMA

¿Qué alcance corresponde asignar al control jurisdiccional de los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales en el marco de un Estado de Derecho? ¿Con qué intensidad y bajo qué parámetros pueden los jueces controlar, revocar, anular y, en su caso, sustituir la inicial decisión gubernativa o administrativa? ¿Discrecionalidad administrativa vs. discrecionalidad judicial: acaso son actividades en latente e ineluctable conflicto? ¿A mayor amplitud e intensidad del control judicial, menor eficacia de la gestión administrativa y viceversa?

Sin duda, la cuestión de la discrecionalidad administrativa y su control por parte del Poder Judicial constituye uno de los capítulos más trascendentes –y por cierto más controvertidos– del Derecho Administrativo. Está en los orígenes mismos del Derecho Administrativo y cada época ha ido dejando en él la huella de sus propias reflexiones teóricas, así como de las sucesivas experiencias prácticas y jurisprudenciales¹.

Es más, se ha llegado a sostener que en torno a la discrecionalidad gira el eje de toda la problemática del Derecho Administrativo. El gran iuspublicista

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3ra. ed. ampliada, Ed. Civitas, p. 31.

americano BERNARD SCHWARTZ lo expresaba crudamente así: “Indeed, what is administrative law about if not the control of discretion?”².

No parece ilógico que así sea, pues, entre otras cosas, afecta de lleno al *equilibrio de poderes*, un equilibrio siempre inestable, modificado por la evolución de las circunstancias históricas y que, de tanto en tanto, sino continuamente, necesita recomponerse.

Es que la mayor garantía de un buen gobierno radica, precisamente, en el *equilibrio de los poderes*³ y no en la primacía de un poder sobre otro, por insignes que sean las virtudes del preponderante⁴. De ahí que la decisión sobre la intensidad del control jurisdiccional de los actos administrativos lleve implícita una cuestión política tan relevante como intrincada: dilucidar *quién tiene la última palabra*, si es el Poder Ejecutivo y sus órganos –ajustados a la ley, obviamente– o los jueces, movidos por los administrados⁵. Si inclinamos

2 SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, 3ra. ed., Little Brown and Company, Boston, 1991 p. 652, cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 31.

3 Al respecto, la Corte Suprema ha sostenido que: “El principio de separación de los poderes y el necesario autorespeto por parte de los tribunales de los límites constitucionales y legales de su competencia impone que, en las causas donde se impugnan actos que otros poderes han cumplido en el ámbito de las facultades que le son privativas con arreglo a lo prescripto por la CN, la función jurisdiccional de los jueces no alcanza a interferir con el ejercicio de tales atribuciones, puesto que si así fuera, se haría manifiesta la invasión del campo de las potestades de las demás autoridades de la Nación. *La misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes del Estado de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial evitando así enfrentamientos estériles* (confr. CSJN, Fallos: 155:248; 254:43; 282:392).

4 Los tres poderes sobre los cuales se asienta el Estado moderno, “... limitándose recíprocamente, nunca entorpeciendo innecesariamente, constituyen una garantía frente al absolutismo y la dictadura. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todas las matizaciones y correcciones exigibles por la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, requisito indispensable para todo Estado de Derecho”, vid. DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1969, ps. 31-32.

5 Al respecto, PAREJO ALFONSO sostiene que: “El dilema actual, en efecto, acerca de si la última palabra la tiene la Administración o, por contra, el juez, surge con toda gravedad e intensidad en los sectores sociales de más alta complejidad y variabilidad (en el tiempo y el espacio), como, por ejemplo, el urbanismo, la economía y el medio ambiente, pues en ellos el legislador formal se enfrenta con mucha frecuencia ante una práctica imposibilidad de regulación general con un mínimo de densidad ordenadora y, por tanto, de programación-vinculación positivas (en términos tradicionales) de la administración pública. Se explica, así, que en tales sectores la ley, renunciando a la decisión de fondo, recurra cada vez con más frecuencia al simple establecimiento de criterios materiales de ponderación, principios o valores marco, fines y objetivos de la acción, estándares mínimos-máximos, imágenes guía del óptimo social y modelos de referencia; todo ello, para la ulterior toma de decisiones (naturalmente, en la fase -tradicional- de ‘ejecución’ de la ley)”. Cfr. PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “La intensidad del control judicial de la administración pública: el juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad”, *Revista Derecho Administrativo*, Vol. 15/16,

la balanza a los primeros, se correrá el riesgo de convertir algunos derechos e intereses de los administrados en simples enunciados teóricos o, a lo sumo, en una fuente de resarcimiento. Si la inclinamos hacia los segundos, los jueces terminarán resolviendo las contrataciones del Estado, los nombramientos de los funcionarios y las promociones industriales, para dar sólo unos pocos ejemplos. De ahí la dificultad que presenta este tema⁶.

Se trata entonces de buscar el equilibrio entre lo que puede y no puede controlar el juez. Los extremos son riesgosos: el control total implicaría el gobierno de los jueces⁷ y la invasión de poderes que le corresponden a la Administración, mientras que el control restringido o escaso es pernicioso para el Estado de Derecho y las situaciones jurídico-subjetivas de los administrados⁸.

Como dice TOCQUEVILLE, "... es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse (...) por ello los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos,

Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 59 a 93.

6 Para TOMÁS R. FERNÁNDEZ, "la última palabra, constitucionalmente hablando (la *Letzentscheidung*, como gusta decir la doctrina alemana) no la tiene ni la Administración ni el juez: *la tiene el Derecho*. La Administración puede elegir libremente, cuando la Ley le concede margen para ello, una solución concreta entre las varias legalmente posibles. El propio margen creado al efecto por la Ley habilitante del poder discrecional hace que todas las soluciones susceptibles de ser imaginadas dentro de él sean, en principio, indiferentes. Pero, ¡cuidado con los adjetivos, porque aquí es frecuente resbalar por pura inadvertencia!, *legalmente* indiferente, no indiferentes *jurídicamente*, que es cosa muy distinta, como la fórmula dual 'Ley y Derecho' subraya expresivamente. *Indiferente jurídicamente* no hay nada *a priori* en un Estado *material* de Derecho que reconoce un orden de valores preexistente y se ordena a su efectiva realización. La solución concretamente elegida por la Administración así apoderada por la Ley en un caso dado podrá resultar *a priori* indiferente jurídicamente cuando el juez *no encuentre en el Derecho*, que es su único instrumento posible, una fuente de reproche. Que esto ocurra con frecuencia o, incluso, en la mayoría de los casos, es otra cuestión que en absoluto autoriza a poner el carro delante de los bueyes", *vid.* FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 151 y ss. Por nuestra parte, creemos que nadie puede disentir con dicho temperamento, siempre y cuando no circunscribamos el Derecho a la mera legalidad, pero esa respuesta no soluciona el problema, pues lo debatido no es la sustancia de las decisiones sino el órgano —o, más precisamente, el poder del Estado— competente para emitir la última palabra. Es decir, la cuestión no pasa por lo que se debe resolver, sino por quién lo debe resolver.

7 La extralimitación de los jueces fue ya advertida por ROOSEVELT en Estados Unidos en 1931, cuando la Corte Suprema, aferrada a un liberalismo excesivo, denominado "darwinismo jurídico", se opuso a toda regulación legislativa de la economía, los salarios mínimos, las jornadas de labor, etc. Se caracterizó el período por la atribución unilateral por los jueces de funciones legislativas. Por esto, en 1937, el Tribunal Supremo cambió de jurisprudencia y aceptó la validez constitucional del New Deal. Cfr. SCHWARTZ, *Le droit aux Etats Unis, une création permanente*, París, 1979, p. 125.

8 Como señala ATIENZA, M., "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, N° 85, enero-marzo de 1995, p. 5 y ss., concretamente, 17, "...el interés de la polémica sobrepasa los límites estrictos del Derecho Administrativo. Los problemas de fondo a los que se ha hecho referencia

hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo...”⁹.

Con razón se afirma que una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino a los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Una cosa es resolver las pretensiones de los administrados para restablecer los derechos subjetivos vulnerados, aun para asegurar la legalidad objetiva, y otra muy diferente inmiscuirse en la apreciación política, económica o técnica de las decisiones administrativas¹⁰.

Bajo esta comprensión, se ha señalado que el tema del poder discrecional arrastra *ab initio* el lastre de muchos y graves equívocos de los que parece liberarse. El primero de ellos y, posiblemente la causa de todos los demás, surge con la propia expresión “poder discrecional”, que supone de suyo una redundancia porque el adjetivo discrecional *duplica* en cierto modo el sustantivo poder al que pretende calificar. Un poder susceptible de ser ejercitado a discreción por su titular tiende por hipótesis a no reconocer límite alguno y a rechazar por ello cualquier tipo de controles, que desmentirían, de aceptarse, la libertad que el término “discrecional” parece proclamar¹¹. El poder discrecional se percibe así

afectan en realidad al Derecho en su conjunto –si se quiere, al Derecho de los Estados democráticos– y suscitan cuestiones de máximo interés desde el punto de vista de la teoría del Derecho *tout court*”.

9 TOCQUEVILLE, ALEXIS, *De la Démocratie en Amérique*, T. II, Gallimard, París, 1951, p. 154.

10 SÁNCHEZ MORÓN advierte que: “No se trata, por tanto, de que los juristas no sean capaces de inventar (o de imponer) nuevas técnicas para “reducir” la discrecionalidad administrativa, ni de que esta supuesta impotencia tenga su origen en interpretaciones equivocadas de la separación de poderes que ya casi se pierden en la noche de los tiempos. Lo que sucede es, sencillamente -y las bases constitucionales de todos los sistemas democráticos de occidente, tanto los del continente europeo e influencia francesa como los anglosajones de uno y otro lado del océano, ajenos a esa influencia originaria, abocan a parecidos resultados-, que una cosa es administrar (y gobernar), función constitucionalmente atribuida a los órganos del tradicionalmente llamado Poder Ejecutivo, para lo que se requiere en muchas ocasiones una buena dosis de discrecionalidad, y otra cosa es la función de juzgar, que comporta el control de los aspectos estrictamente jurídicos del ejercicio de los poderes discrecionales, pero no la sustitución de las decisiones administrativas discrecionales por las de los jueces y tribunales. No es cuestión de dogmas, sino que se trata de principios y consecuencias elementales de la organización del Estado en una sociedad democrática”, vid. SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Ed. Tecnos, 1994, p. 92 y ss.

11 FERNÁNDEZ, T. R., *De la arbitrariedad de la Administración*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1997, p. 21. Dicho autor señala que: “Esta primera e intuitiva percepción de lo discrecional es, desde luego, general y opera en el ámbito funcional de los tres clásicos Poderes del Estado, Legislativo, Ejecutivo e, incluso, Judicial”, aclarando que “...en el ámbito del Poder Ejecutivo, de la Administración y lo administrativo, donde esa percepción intuitiva de lo discrecional a la que vengo aludiendo

prima facie, a partir de su denominación misma, como “el poder” por excelencia, es decir, como una capacidad incondicionada de imposición, que eso, en esencia, es el poder, libre y exenta de cualquier posible fiscalización o corrección desde fuera, de dar cuenta de sí misma, de justificarse en una palabra.

Las respuestas teóricas y prácticas a esta cuestión se mueven –dicho sea de manera muy simplificada– entre quienes propugnan un (*mayor*) *activismo judicial* y quienes se inclinan por la *prudencia* y (*auto*)*limitación de los poderes del juez*. También esta alternativa puede estudiarse en términos históricos, de los que muy probablemente se deduciría la habitual sucesión de períodos de predominio de una u otra tendencia¹².

Así, la historia del progresivo hallazgo de técnicas de control del poder discrecional de la Administración, que es la historia misma de la jurisdicción contencioso-administrativa y del propio Derecho Administrativo en su conjunto, es definitivamente ilustrativa al respecto por más que acostumbremos a repetirla sin reparar en ello y sin someterla a la necesaria crítica¹³.

Adviértase que conforme a los postulados clásicos del Estado de Derecho, es –en principio– el legislador quien posee el poder de decisión sobre los asuntos públicos y así viene a sancionarse en las Constituciones democráticas, que además imponen límites a ese poder. Pero la ley no puede regularlo todo ni con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos (y, en cualquier caso, no lo regula así). De ahí que, en muchas ocasiones, las autoridades que han de enfrentarse a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté predeterminada, al menos, totalmente, por una norma jurídica, lo que no excluye que su

se ha mostrado históricamente y se sigue mostrando en toda su fuerza. En rigor, hay que decir ya que esa percepción primera del poder discrecional es algo más, mucho más que una simple intuición. Como es bien sabido, ha sido ampliamente teorizada y justificada de modo frontal y directo a lo largo del siglo pasado desde muy diversas perspectivas *con resultados prácticos idénticos*. Así, en Francia, a partir de la interpretación revolucionaria del principio de división de poderes como una separación formal y rígida de éstos, impulsada por el temor a que los jueces pudieran bloquear los cambios revolucionarios lo mismo que en las vísperas de la Revolución frenaron las reformas de los ministros fisiócratas y orientada por ello a garantizar a ultranza la intangibilidad pura y simple del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública que es su aparato operativo por el Poder Judicial y a dejar expedito el camino a la burguesía emergente, instalada en aquél, liberándola de los eventuales obstáculos que a su marcha pudieran oponer los restos de la *antigüe noblesse de robe* que pudieren subsistir en éste. Lo mismo en Alemania, en el marco del dualismo característico de la monarquía constitucional, es decir, sobre la base del principio monárquico como expresión de la dominación del titular de la soberanía nacional, que, en cuanto tal, se entendía dispensado del concurso de representación popular dentro de su propio ámbito y sustraído en consecuencia a cualesquiera restricciones que pudieran derivar de la interpretación de la Ley por los Tribunales”, vid. op. cit., p. 23 y ss.

12 SÁNCHEZ MORÓN, op. cit., p. 14 y ss.

13 FERNÁNDEZ, op. cit., p. 26.

decisión deba ser adoptada dentro de ciertos límites jurídicos generales. En esto consiste la discrecionalidad, cuya existencia se encuentra fuera de discusión, y que originariamente (en virtud de la Constitución o de la ley) corresponde ejercer a los Gobiernos y Administraciones Públicas, poderes activos y permanentes que tienen a su cargo la gestión de los intereses públicos en el marco de la legalidad. Pues bien, en caso de disconformidad con la decisión que un órgano gubernativo o administrativo haya adoptado (o haya dejado de adoptar) en el ejercicio de sus poderes discrecionales, los tribunales de justicia pueden ser llamados a decidir en derecho y en última instancia sobre la cuestión. Hay entonces una doble decisión y el problema que se plantea es hasta dónde y en virtud de qué criterios (en cualquier caso jurídicos) pueden los órganos del Poder Judicial controlar, revocar, anular y, en su caso, sustituir la inicial decisión gubernativa o administrativa¹⁴.

II. PODER JUDICIAL, DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y ESTADO DE DERECHO

Como veremos a lo largo de este estudio, se trata de procurar el equilibrio aristotélico entre lo que puede y no puede fiscalizar el juez, enmarcados en nuestra realidad constitucional y sin caer en la quimérica concepción de hacer justiciable la actividad estatal *in totum*. Compleja y mutable es la relación jurídico-pública entre la Administración y los administrados, como intrincada y problemática es a veces la vida del proceso administrativo. Por ello, esta obra no pretende abordar una temática, sino mejor, una problemática, relacionada con la praxis administrativa y judicial.

Si analizamos un poco la historia del control jurisdiccional de los actos administrativos en nuestro país, se advierte que lo primero que despertó el interés de los juristas consistió en el modo de someter a la Administración Pública al Derecho cuando actuaba como poder público, y hallar la fórmula para justificar que el Estado, creador del Derecho, fuese juzgado por los tribunales en asuntos concernientes a su autoridad.

Superado hace ya mucho tiempo este perjuicio y admitido que la Administración puede ser juzgada por los tribunales cuando se aparta de la legalidad, cualquiera que sea el modo en actúe (aun cuando siempre hubo ciertos márgenes exentos de revisión), el tema de debate fue decidir respecto de la naturaleza de los órganos encargados de juzgar a la Administración: si debían ser tribunales judiciales o tribunales administrativos.

Agotada esta polémica –porque ya casi nadie desconoce que el Poder Judicial es el encargado de juzgar a la Administración, y bajo qué condiciones son constitucionales los tribunales administrativos–, el debate se centró en el alcance

14 SÁNCHEZ MORÓN, op. cit.

e intensidad de la verificación jurisdiccional los actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales y en los efectos de las sentencias.

Desde hace varios años, parte de la doctrina nacional postula ampliar las atribuciones de los jueces en dos aspectos que, por lo general, han estado vedados a su competencia: *i)* la *revisión* de la discrecionalidad administrativa y; *ii)* la facultad de *sustituir* a la Administración en las decisiones jurisdiccionales. Si bien lo que se propone –y en algunos países la jurisprudencia lo acepta– no es la fiscalización *in totum* de la discrecionalidad, ni el ejercicio del poder de sustituir en todos los casos, la tendencia actual es acrecentar las facultades de los jueces en ambos aspectos.

Ahora bien, aun cuando la evolución del Derecho ha producido como consecuencia lógica una verdadera “juridización” de la Administración Pública, y los progresos experimentados en la materia permiten sostener que el tema del control jurisdiccional de la actividad administrativa dejó de ser un problema crítico, no se puede negar su vigencia actual, básicamente por dos motivos. Por un lado, por el crecimiento de la Administración y de sus funciones, que ha sido tan grande y tan rápido a partir del primer tercio del siglo pasado, que las técnicas de control estuvieron por lo general retrasadas, lo que motiva la necesidad de continuar permanentemente en la búsqueda de mejores técnicas de revisión. Cuanto más crece la Administración, mayor es su intervención en el ámbito de actividad de los particulares y también mayor es el riesgo de que se lesionen derechos individuales, lo cual aumenta la necesidad de hallar los remedios para corregir las desviaciones posibles¹⁵.

La otra razón está en la existencia de nuevos intereses protegidos por el Derecho, producto de una concepción diferente del rol que le compete al Estado frente a los individuos y del también diferente protagonismo que tienen éstos en sociedad¹⁶, lo cual obliga a analizar cuáles deben ser los remedios idóneos para

15 LUQUI, ROBERTO E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 2.

16 Se ha sostenido que el Derecho Administrativo está afectado por una crisis del modelo construido sobre la “*puissance publique*” y los privilegios de la Administración en tres aspectos fundamentales de su estructura y finalidad, como son sus sistemas normativos, competenciales y orgánicos. Se trata de una crisis de transformación y adaptación a los profundos cambios socio-económicos que atribuyen un nuevo papel al Estado y a la Administración, que afecta más a lo adjetivo que a lo sustantivo, por lo que no es tanto una crisis del ordenamiento sino una crisis intelectual y por tanto relativa a la necesidad de cambio en la ciencia jurídica. Cfr. CASSESE, SABINO, “Crisis y transformación del Derecho Administrativo”, *DA*, 250-251, 1998, ps. 215-225: “... a causa de tantas transformaciones ¿el derecho administrativo está realmente en crisis? A esta cuestión puede responderse sintéticamente, que si tal crisis existe, ésta afecta más a lo adjetivo que a lo sustantivo, porque el Derecho circunda cada vez más a la Administración y está en plena evolución. Y a lo dicho puede añadirse que si la crisis existe, no es tanto una crisis intelectual y por ende relativa a la capacidad de análisis de una ciencia jurídica habituada desde antiguo a una historia fría, sin apenas cambios, que

asegurar esa protección. Todo esto sea dicho sin olvidar que los abusos del poder administrador constituyen una verdadera constante histórica, circunstancia que obliga a revisar y perfeccionar las técnicas de verificación.

Uno de los quicios del debate sobre el control judicial de la discrecionalidad es que ese control debe respetar, en cualquier caso, el papel constitucional que al Poder Ejecutivo reserva el sistema político. Ese respeto es tanto más exigible cuanto que, en el Estado de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza de la ciudadanía para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre.

Seguramente no habrá nadie que pueda discrepar seriamente de esos asertos en su primera y elemental significación. Más aún: un gobierno de jueces como alternativa al sistema democrático de gobierno sería simplemente una catástrofe, y no solo por el posible argumento de que los jueces no hayan sido designados por elección del pueblo, que es un argumento impropio (los jueces tienen la legitimidad del Derecho que están llamados a aplicar; su independencia es la expresión misma de objetividad de ese Derecho; nada añadiría a su función una designación electiva, que más bien pondría en riesgo ese valor esencial de su función que es la independencia, y desde luego el de la competencia, exigencia también de esa independencia misma), sino, sobre todo, porque el Poder Judicial no está erigido, ni está capacitado, para gobernar, sino para dar efectividad al Derecho, el cual es una parte, y no toda, del gobierno humano, aunque sea cierto que ese gobierno haya de realizarse en un Estado de Derecho en el marco propio del Derecho. Un gobierno de jueces es, pues, una alternativa absolutamente inimaginable, y por tanto insoportable, rigurosamente, como supuesta fórmula de política¹⁷.

Ahora bien, que el juez deba respetar la posición constitucional de la Administración es la base mínima del sistema contencioso-administrativo.

Este proceso no está montado para sustituir al titular de la decisión política, sino que persigue dos objetivos cardinales. Por un lado, controlar si en dicha decisión se ha respetado el principio, también constitucional y base misma del Estado de Derecho, de la *sumisión de la Administración a la Ley y el Derecho*, que es el marco en cuyo seno la decisión debe precisamente producirse. Y por otra parte, garantizar una *tutela judicial efectiva* a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Este segundo designio, por cierto, no debe entenderse, en modo alguno, subsumido en el anterior; es el que da a la jurisdicción

permitía actuar por mera acumulación y perfeccionamiento de las técnicas existentes”.

17 GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit. p. 34. Al respecto, la Corte Suprema tiene dicho que una inteligencia orientada hacia la judicialización amplia de las decisiones de otros poderes pondría en serio riesgo tanto el ejercicio de las funciones que la Constitución asigna a cada uno de ellos, como la autoridad de la propia Corte Suprema (doctr. de Fallos: 330:3160, entre otros).

contencioso-administrativa, justamente, su esencial carácter “subjetivo”, frente al tradicional dogma de un supuesto carácter “objetivo” de la misma y el que elimina de raíz la vieja doctrina sobre el carácter meramente “revisor” de esta jurisdicción, doctrina que no ha sido un dogal para su desarrollo en el sentido de una “tutela judicial efectiva”¹⁸.

En este orden, cabe precisar que si partimos de la formación histórica del Derecho Administrativo, cuando éste surge rige, en efecto, el *sistema imperial puro* (en 1806 crea Napoleón la Sección de lo Contencioso-Administrativo, en el Consejo de Estado francés) e inmediatamente su sustituto, aún más enérgico en doctrina, el *principio monárquico*, que, con el mínimo intervalo de 1848, se prolongará con el Segundo Imperio hasta 1870, siguiendo dictaduras que no concluyen hasta la instauración de la III República en 1875. Estos tres cuartos de siglo no son, pues, democráticos, por más que una cámara de formación censitaria acogiese a partir de la Restauración una participación del principio democrático, también presente en la Administración local, aunque ésta actúe sometida a una rigurosa y virtualmente completa tutela del Ejecutivo central de sus Prefectos. En esos tres cuartos del siglo XIX se sientan con resolución las bases de lo que será el Derecho Administrativo francés, modelo para toda Europa, articulado sobre la pieza clave del recurso contencioso-administrativo, que en 1872 se independizará ya de la simple buena voluntad de Gobierno para convertirse en una “jurisdicción delegada” e independiente.

Como advierte GARCÍA DE ENTERRÍA, solo una mirada poco atenta podría intentar deducir que el Derecho Administrativo había vinculado su vida a la presencia de administradores no democráticos. Por de pronto, es inexacto que la entrada en la historia política de gobernantes democráticos haya reducido el papel del juez contencioso-administrativo en país alguno. En el caso de Francia, será justamente en la III República cuando se asiente y se desarrolle en forma espectacular el *excès de pouvoir*, que dará su plena madurez al Derecho Administrativo y que impulsará resueltamente al juez contencioso a extender su control sobre las decisiones de la Administración. Desde 1872 hasta hoy mismo los poderes del juez, su instrumentario técnico de análisis de la validez de los actos discrecionales, la extensión de sus poderes de control sobre los actos de la Administración, no han hecho sino incrementarse, y hay que decir que la tendencia continúa. Desde esta perspectiva, no parece acertado postular que el desarrollo del actual Estado de Derecho suponga una retracción de los poderes de control del juez contencioso-administrativo y la consagración en virtud del principio democrático y de

18 GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 34 y ss.

la legitimidad adicional que ése vendría a proporcionar, de una mayor libertad frente a dicho juez por parte de los gestores públicos¹⁹.

El Derecho Administrativo es un hijo dilecto de la consagración del sistema revolucionario del “reino de la Ley”, el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente “en virtud de la Ley” se puede exigir obediencia. En la concepción originaria, la Ley no tendría otro objeto (artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1789) que asegurar la coexistencia de las libertades de los ciudadanos entre sí, garantizar, en definitiva, la libertad y la igualdad. Es sobre esta técnica de la legalización del poder sobre la que se forma todo el Derecho Público moderno. Desde Napoleón el Derecho Administrativo se articula sobre las enormes posibilidades que abría una legalización general de las competencias, tanto como técnica de ordenación y de control del cada vez más complejo aparato administrativo, como para establecer un sistema de “libertad de los modernos”, como un sistema de seguridad pública que garantizaba a los ciudadano por medio de las leyes un espacio de libre desenvolvimiento y de predictibilidad y certeza de la acción del Estado. El recurso contencioso-administrativo será justamente la técnica de imponer la efectividad de esa legalidad y de esa libertad correlativa (la libertad de no ser afectado en la propia vida más que en virtud de Leyes generales). El sistema de legalidad no interfiere en nada la autonomía de posición del autócrata, antes bien permite a éste un mejor control de la Administración y le concentra en gobernar por medio de leyes generales, cuya iniciativa y sanción él controla, a la vez que le permite presentar ante sus súbditos espacios apreciables de libertad bajo la Ley, desconocidos por el Antiguo Régimen arcaico. Frente a la discreción absoluta del Príncipe absoluto, que interfiere actual o potencialmente toda la actividad de sus súbditos, una Administración legalizada, con una garantía parajudicial de la observancia de esa legalidad, creaba un ámbito de poder limitado, por vez primera en la historia, y, correlativamente, abría con ello unas posibilidades de desenvolvimiento seguro y abierto de la sociedad civil ordenada sobre el principio individualista (en la economía con la libertad de comercio e industria, en el Derecho civil y mercantil con el pleno reconocimiento de la propiedad y de la autonomía de la voluntad como fuente principal de las obligaciones)²⁰.

El Derecho Administrativo como ordenación general del *sistema de competencias legalizadas* en que la Administración ha de actuar, garantizado por la doble corriente del control superior que la centralización puso a punto y del control externo que supone el recurso contencioso-administrativo, era así una pieza esencial de la concepción de la libertad de los modernos, que todas las

19 Ibid., p. 36-37.

20 COMERMIN, *Droit Administratif*, T. I, 3ª ed., París, 1840, p. XXII, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 42.

monarquías absolutistas moderadas (régimen mixto o dualista) del siglo XIX se apresuraron a adoptar. Por eso el recurso contencioso-administrativo se presentó originariamente como una especie de excitación o de denuncia para que el control superior o interno funcionase, de oficio, dada la dependencia formal de sus órganos, Consejo de Estado y Consejo de Prefectura, respecto de las instancias básicas de la centralización, gobierno y prefectos, respectivamente; esto mismo resultaba de la concepción del *excés de pouvoir* como un recurso objetivo, o en defensa de la legalidad y no de derechos subjetivos o intereses. En todo caso, es esa legalidad la que el recurso intenta restablecer²¹.

Esa es la historia de la implantación en toda Europa durante el siglo XIX de un Derecho Administrativo completamente ignorado por el antiguo régimen, fuera de alguna excepción casuística y no significativa. Ahora bien, la democratización ulterior de las estructuras políticas con la desaparición definitiva de un principio monárquico encarnado en el Poder Ejecutivo y copartícipe privilegiado del Legislativo, no supuso, en modo alguno, una desaparición del sistema de legalidad de la Administración y una entrega del funcionamiento de ésta a la discreción absoluta de los nuevos imperantes, los administradores democráticos. La formación de la democracia como principio único de gobierno no supuso el abandono del sistema de “gobierno de la ley”, que la Revolución Francesa había aportado, para volver a caer en el arcaico sistema prerrevolucionario del “gobierno de los hombres”, aunque esta vez fuesen los hombres designados electoralmente. Lejos de ello, la democracia afianzó precisamente el “gobierno de la ley” por razones más profundas que la que explicaba la idea de “la libertad de los modernos” y la oportunidad de un mejor control del aparato del Estado²².

En este entendimiento, lejos de abandonarse el ideal y la técnica de la legalidad de los que el Derecho Administrativo había surgido, con el advenimiento de la democracia los poderes del juez contencioso-administrativo, y específicamente las técnicas de control de la discrecionalidad, se han incrementado espectacularmente.

La justicia administrativa, y su progresivo desarrollo y afinamiento, es así *democracia en acto*, todo lo contrario de lo que en algún momento haya podido pensarse. Por ello esa justicia, como ya sabemos, es un fruto de la democracia misma, que encuentra en ella uno de sus más adecuados componentes²³.

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 41-42.

22 GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 42-43, agrega que “la representación política es el instrumento para la formulación de la voluntad general y ésta se expresa sólo en la Ley, con sus notas de superioridad e irresistibilidad; todos los demás actos del Estado son un *quid aliud* respecto de la Ley, no sólo porque no valen lo que ella (no son expresión de la voluntad general), sino porque resulta que están subordinados a ella, de la que se presentan como ejecución, precisamente v. p. 55.

23 *Ibíd.*, p. 72.

Así, desde hace dos siglos el Derecho Administrativo busca restablecer un *justo equilibrio* que haga posible la convivencia entre los poderes públicos, entre la autoridad y la libertad, lo determinado y lo indeterminado, lo político y lo jurídico.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD ESTATAL

I

Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial

Dirección

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

SERGIO G. FERNÁNDEZ

Autores

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



UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Octubre de 2016

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

734 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-9-6

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

Edición:

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

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

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

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

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