

LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y DE SU CONTROL (A PROPÓSITO DE LOS CASOS “RODRÍGUEZ PEREYRA” Y “ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS”).

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

I. INTRODUCCIÓN ¹

Tal como he apuntado en otra oportunidad ², la Corte Suprema ha expresado que la *función primordial* del Poder Judicial consiste en “velar por la plena vigencia de las garantías constitucionales y convencionales” ³.

¹ El presente trabajo constituye un resultado aún preliminar del proceso de reflexión iniciado con motivo de la ponencia que presentara en las Jornadas de debate “Los nuevos paradigmas del Derecho Administrativo”, organizadas por la Maestría y Carrera de Especialización en Derecho Administrativo y Administración Pública. En tal sentido, no quisiera dejar de agradecer las valiosas observaciones efectuadas por el Presidente del Panel, el Dr. FERNANDO GARCÍA PULLÉS. A partir de dicha ocasión, he tenido la oportunidad de continuar la discusión de este tópico con el Dr. LUIS CASARINI, lo cual no sólo nos ha permitido efectuar un trabajo en conjunto al respecto (LL, año LXXVI N° 231, 7/12/2012, p. 1), sino que sus críticas aportes y argumentaciones respecto de mis aproximaciones al tema de estudio han resultado también invaluable. Finalmente, el último eslabón de esta “cadena reflexiva” ha sido el diálogo generado a partir de la ponencia que presentara en el Primer Encuentro del Ciclo de Debates “Dr. Antonio Omar Dalmazzo”, organizado por la Asociación de Docentes y el Departamento de Derecho Público II de la Facultad de Derecho de la UBA. De tal manera, quisiera extender mi agradecimiento al Presidente de dicha Jornada, el Dr. ALBERTO SPOTA (H), al Subdirector del Departamento, el Dr. GREGORIO A. FLAX, al Comité académico integrado por MARIALMA BERRINO, PABLO CAYSSIALS, SERGIO G. FERNÁNDEZ y MARIO REJTMAN FARAH y al resto de los asistentes que tuvieron la deferencia de efectuar agudas críticas y provechosas contribuciones a las ideas que allí expuse.

² ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa, a la luz de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, www.infojus.gov.ar, 13/5/2013, DACF130093.

³ CSJN, Causa F. 259. XLVI, *in re*: “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, sentencia del 13/3/2012, cons. 23). Cabe destacar que esta tesitura ha sido sostenida, con alguna formulación similar, en otros precedentes por el Máximo Tribunal. En tal sentido, puede men-

Recientemente, se ha pronunciado en dos nuevos precedentes cuyo análisis, anulado a las implicancias que se desprenden de la afirmación precitada, resultan determinantes a la hora de establecer los límites constitucionales y convencionales de la discrecionalidad administrativa y de su control judicial.

De este modo, me propongo analizar dicho tópico desde los criterios fijados por el Máximo Tribunal en “Rodríguez Pereyra”⁴ y en “Asociación de Magistrados y Funcionarios”⁵. Pues las máximas allí expresadas resultan determinantes a la hora de comprender el marco constitucional en el que, tanto dicha discrecionalidad como su control se encuentran insertos, así como para estudiar cuáles son sus límites constitucionales y convencionales.

II. EL CASO “RODRÍGUEZ PEREYRA” Y EL DEBER JUDICIAL DE EFECTUAR UN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD

En “Rodríguez Pereyra”, el Máximo Tribunal ha recordado que “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”, teniendo en cuenta tanto dicho tratado como “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana” (Corte IDH).

En tal sentido, sin embargo, no cabe olvidar que también precisó que dicho control debe tener lugar en “el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, ya que “el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes”. Pues, “la descalificación constitucional de un precepto normativo se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto en la medida en que su aplicación entraña un desconocimiento o una restricción

cionarse CSJN, 2005, “Arancibia Clavel”, Fallos 328:341, cons. 6); y 2007, “Mazzeo, Julio”, Fallos 330:3248.

⁴ CSJN, Causa R. 401. XLIII, *in re* “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ EN Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, sentencia del 27/11/2012.

⁵ CSJN, Causa A. 910. XLVI, *in re* “Asociación Magistrados y Funcionarios c/ E.N. Ley 26.372 art. 20 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 4/12/2012.

manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución”⁶.

El deber judicial de controlar la constitucionalidad de las normas dictadas por los poderes constituidos puede entenderse como derivadas de la máxima constitucional argentina que indica que el juez, y en particular la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyen el último intérprete de la Constitución. En similar sentido, la Corte ha destacado que tal atribución “es un derivado forzoso de la separación de los poderes constituyente y legislativo ordinario (Fallos 33:162)”⁷.

En este sentido, recordó que “la doctrina atinente al deber de los jueces de efectuar el examen comparativo de las leyes con la Constitución nacional fue aplicada por esta Corte desde sus primeros pronunciamientos cuando –contando entre sus miembros con un convencional constituyente de 1853, el Doctor JOSÉ BENJAMÍN GOROSTIAGA– delineó sus facultades para ‘aplicar las leyes y reglamentos tales como son, con tal que emanen de autoridad competente y no sean repugnantes a la Constitución’ (Fallos 23:37)”⁸.

En tal sentido, el actual art. 116 de la Constitución nacional expresa que “[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras”.

Cabe recordar aquí otro precedente de la Corte: “Mill de Pereyra, Rita”. Puesto que allí, también se reconoció en forma expresa la potestad de efectuar

⁶ CSJN, Causa R. 401. XLIII, *in re* “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ EN Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, sentencia del 27/11/2012, consids. 11, 12 y 13. Cabe destacar que esta tesis ha sido sostenida, con alguna formulación similar, en otros precedentes por el Máximo Tribunal. En tal sentido, puede mencionarse CSJN, 2005, “Arancibia Clavel”, Fallos 328:341, cons. 6); y 2007, “Mazzeo, Julio”, Fallos 330:3248.

⁷ Seguidamente, señaló que: “en el caso ‘Sojo’, esta Corte ya había citado la autoridad del célebre precedente “Marbury vs. Madison para establecer que “una ley del congreso repugnante a la Constitución no es ley” y para afirmar que “cuando la Constitución y una ley del Congreso están en conflicto, la Constitución debe regir el caso a que ambas se refieren (Fallos 32:120). Tal atribución encontró fundamento en un principio fundacional del orden constitucional argentino que consiste en reconocer la supremacía de la Constitución nacional (art. 31), pues como expresaba Sánchez Viamonte ‘no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución nacional’ (Juicio de amparo, en Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XVII, p. 197, citado en Fallos 321:3620)” (CSJN, “Rodríguez Pereyra”, ya cit., cons. 9).

⁸ CSJN, “Rodríguez Pereyra”, ya cit., cons. 8.

el control de constitucional de oficio⁹, condicionando su ejercicio a la configuración de “situaciones muy precisas”.

Puesto que “una norma sólo puede ser declarada [inconstitucional] cuando la violación de aquella sea de tal entidad que justifique la abrogación, en desmedro de la seguridad jurídica”, ya que dicha “declaración de inconstitucionalidad es [...] una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable”.

Por ello, “la declaración de inconstitucionalidad sólo será procedente cuando no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa”.

Asimismo, se expresó que “debe ponderarse que su ejercicio no supone en modo alguno la admisión de declaraciones en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual debe optarse entre la aplicación de una norma de rango inferior en pugna con la Constitución nacional o de esta, a efectos de resolver un conflicto contencioso en los términos del art. 2 de la ley 27”. Es decir, el examen de constitucional debe ser ejercido siempre con “carácter incidental”, es decir, “para remover un obstáculo –la norma inconstitucional– que se interponga entre la decisión de la causa y la aplicación directa a esta de la Ley Fundamental; dicho en otros términos, esa declaración será el presupuesto para el progreso de otra pretensión”.

Finalmente, su efecto sólo puede ser predicado “dentro de la causa y con vinculación a las relaciones jurídicas que la motivaron”, es decir que “no tienen efecto derogatorio genérico”¹⁰.

De este modo, puede decirse que el Poder judicial ostenta, en definitiva, la potestad de valorar la validez de las normas que dicten los poderes constituidos (sin perjuicio de que se trate de leyes, decretos, resoluciones o actos administrativos). En este sentido, sin embargo, no puede dejar de precisarse –tal como se ha efectuado en los precedentes citados– que ella sólo podrá ejercerse, por principio, en un caso judicial concreto, en tanto se presenta de

⁹ CSJN, 2001, “Mill de Pereyra, Rita”, Fallos 324:321. Cabe aquí detenerse en que el criterio sentado en el fallo citado, fue posteriormente ratificado por máximo Tribunal en 2004, “Banco Comercial de Finanzas S.A.”, Fallos 327:3117, así como en la causa M. 2844. XLII, *in re* “Massuh S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (ENRE) s/demanda contenciosa administrativa”, sentencia del 13/10/2009; en la causa H. 344. XLI, *in re* “Herrero Carlos c/ ESSO S.A.P.A. s/ despido”, sentencia del 19/10/2010; y en 2010, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”, Fallos 333:1657).

¹⁰ CSJN, 2001, “Mill de Pereyra, Rita”, Fallos 324:321.

modo meramente instrumental, como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico y únicamente viable cuando efectivamente dicha norma se encuentre conculcando en forma cierta un derecho o interés constitucionalmente protegido.

Cabe destacar que, si bien en “Rodríguez Pereyra” la Corte analiza la potestad de revisión judicial de constitucionalidad de una ley, los criterios allí puestos en manifiesto resultan determinantes a la hora de analizar la juridicidad de un acto administrativo. Puesto que resulta evidente a esta altura que el esquema constitucional argentino se distingue por atribuir a los jueces la potestad de valorar, en el caso concreto, la constitucionalidad de las normas dictadas por los poderes constituidos, tanto cuando se trata de leyes promulgadas por el Congreso de la Nación, como cuando se encuentra en discusión un acto administrativo dictado por la Administración.

Tal como lo ha señalado BACHOF “el control de legalidad de la Administración significa hoy, al mismo tiempo, control de constitucionalidad de la Administración”, lo cual “pone en evidencia la necesidad de que la jurisdicción contencioso-administrativa deba adaptarse a las modernas circunstancias realizando un control más amplio pero siempre respetando el obrar libre cuanto este deviene del mismo orden jurídico”¹¹.

De este modo, puede arribarse a dos conclusiones. En primer lugar, que a fin de cumplir con su misión primordial o primaria, el intérprete debe examinar –siempre en el marco de un caso concreto y de modo restrictivo e incidental– la constitucionalidad de una ley, aun si ella es atributiva de un margen de discrecionalidad administrativa. En segundo lugar, que esta potestad (propia, exclusiva y excluyente) del Poder judicial no parece verse menguada por la distribución de poderes que ha efectuado nuestro constituyente en la Constitución nacional, en relación a los casos en que se encuentre en discusión la legitimidad de actos dictados en ejercicio de facultades comprendidas dentro de dicho margen de discrecionalidad. Pues, como dice el refrán, “quien puede lo más, puede lo menos”.

A esta altura de la exposición, cabe detenerse en una segunda cuestión vinculada con el precedente “Rodríguez Pereyra”. Puntualmente en el hecho de que allí, la Corte no solo reconoce como un deber del juez el ejercicio del control de constitucionalidad, sino que, en forma clara y expresa, estima que dicho control debe comprender también el ‘de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana”, teniendo en cuenta

¹¹ WOLFF y BACHOF, *Verwaltungsrecht*, T. I, 9ª ed., Munchen, 1974, p. 32; citado por JUAN DOMINGO SESÍN, *Administración Pública: actividad reglada, discrecional y técnica: nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., Depalma, 2004, Buenos Aires, p. 50.

tanto dicho tratado como “la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”¹².

En cuanto a este aspecto, la Corte citó, por un lado, el caso “Fontevéchia”, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos responsabilizó

¹² CSJN, “Rodríguez Pereyra”, ya cit., consids. 11 y 12. En cuanto a este aspecto, puntualizó que “tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos. En el precedente “Mazzeo” (Fallos 330:3248), esta Corte enfatizó que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” que importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (cons. 20). Se advirtió también en “Mazzeo” que la CIDH [Corte IDH] “ha señalado que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Concluyó que “[e]n otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124, cons. 21).” Asimismo, puede agregarse a la lista de precedentes citados por la Corte, su reciente pronunciamiento en la Causa P. 334. XLV., *in re* “Pérez Ortega, Laura Fernanda el Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público”, de 21/2/2013; el cual fue comentado en NICOLÁS DIANA, “Más allá de la doctrina de los actos propios: La voluntad”, LL, Sup. Adm. 2012 (marzo), 10.

Acto seguido, recordó que “en diversas ocasiones posteriores la CIDH [Corte IDH] ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente “Almonacid”. En efecto, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso” precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana [“Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” (del 10 de septiembre de 2010, parágrafo 202); “Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Raguaiá’) vs. Brasil” (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176) y Cabrera García y Montiel Flores vs. México (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225)”.

Por su parte, puede traerse a colación aquí que en el precedente “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”, la Corte también hizo mención de la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 30 de noviembre de 2007, donde se “ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (CSJN, 2010, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”, Fallos 333:1657).

a la Argentina por no haber efectuado el control de proporcionalidad intenso que el art. 13 de la Convención exige para las medidas restrictivas de la libertad de expresión. Allí se estimó que los jueces de todos los niveles deben, incluso de oficio, efectuar un “control de convencionalidad” sobre las normas internas, tanto a la luz de la Convención, como de la interpretación que de ella ha efectuado dicha Corte ¹³.

Bajo esta perspectiva, me permito estimar que resulta imprescindible conocer, a fin de no incurrir en responsabilidad internacional, cuáles son los límites convencionales a la discrecionalidad administrativa que dicho tribunal ha encontrado en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Puesto que, más allá de la opinión que ellos puedan merecer, lo cierto es que –tal como advierte la propia Corte Suprema– su desconocimiento podría redundar en una falta de diligencia por parte del intérprete, máxime si se tiene en consideración el rango constitucional que el art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna le otorga a dicho tratado.

III. EL PRECEDENTE “ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS”, LA INTENSIDAD DEL EXAMEN DE RAZONABILIDAD Y SU RELACIÓN CON EL DE MERA CONVENIENCIA

En este caso, la cuestión constitucional promovida radicaba en discernir si las disposiciones legales contenidas en el nuevo régimen de subrogancias (art. 2 de la ley 26.372 y art. 3 de la ley 26.376) configuraban un trato discriminatorio con respecto a los secretarios judiciales y una afectación del derecho de trabajar que les reconoce la Ley Suprema.

A fin de abordar esta cuestión, la Corte comenzó por recordar que la “Constitución nacional no establece derechos absolutos y que todos los derechos en ella consagrados se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que, si son razonables, no admiten impugnación constitucional (Fallos 214:612; 289:67; 304:1293, entre otros)” ¹⁴.

Bajo esta premisa, analizó la razonabilidad de la distinción que efectuaba la norma, en cuanto diferenciaba a los secretarios de los abogados matriculados, excluyendo la posibilidad de que ellos se erijan como jueces subrogantes.

En tal sentido, recordó que la clásica formulación del principio de igualdad consagrado en la Ley Fundamental, “sentada en el conocido precedente

¹³ Corte IDH, Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina, sentencia de 29/11/2011 (Serie C, nro. 238, Párr. 93). En igual sentido, ver Corte IDH, Caso Furlán y familiares vs. Argentina, de 31/8/2012 (Serie C, nro. 246, párr. 303).

¹⁴ CSJN, “Asociación Magistrados y Funcionarios”, ya cit., cons. 6.

‘Criminal c/ Olivar, Guillermo’ (Fallos 16:118) de que ‘... el principio de la igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos’. “De ahí que se atribuya a la prudencia del legislador una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de su reglamentación (Fallos 320:1166, entre otros), en la medida en que dichas distinciones obedezcan a una objetiva razón de diferenciación y no a propósitos de hostilidad contra un determinado individuo o grupo de personas (Fallos:229:428; 302:457; 306:195 y 1560) [Pues,] la diferencia de trato debe sustentarse en la relación entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida. Al mismo tiempo, debe recordarse que tales propósitos hostiles o la arbitrariedad en la distinción no se presumen, esto es, no serán tenidos por ciertos, según el criterio de esta Corte, hasta tanto sean probados por quien los invoca (Fallos 306:2147 y 2154). Dicho de otro modo, las clasificaciones introducidas por la ley, a la luz del art. 16 de la Constitución nacional y de su interpretación por la jurisprudencia de esta Corte, tienen una presunción favorable de validez que debe ser destruida por quien la ataque (Fallos 100:318), demostrando que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos 209:200; 210:848 y 1129; 246:172; 314:424)”¹⁵.

Acto seguido, destacó que dicho “Tribunal ha complementado el principio de igualdad mediante la aplicación de un examen más riguroso cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos, también llamados ‘sospechosos’”, identificando los mismos con los que se encuentren fundados “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’ (art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)”.

De tal modo, destacó que “cuando esta Corte ha tenido que resolver sobre la constitucionalidad de leyes que utilizan tales clasificaciones basadas en alguno de esos criterios expresamente prohibidos, lo ha hecho partiendo de una presunción de inconstitucionalidad (Fallos 327:5118; 329:2986 y 331:1715)”. Siendo que “[a] partir de tal premisa, en situaciones de esta naturaleza el juicio de razonabilidad de la norma (arts. 14 y 28 de la Constitución nacional) estará

¹⁵ CSJN, “Asociación Magistrados y Funcionarios”, ya cit., cons. 7.

guiado por un escrutinio estricto, evaluación que implica una inversión en la carga de la prueba a fin de demostrar que el trato desigual responde a fines sustanciales –antes que meramente convenientes– y que se trata del medio menos restrictivo y no solo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad (Fallos 327:5118, cons. 6; 329:2986, cons. 5; 331:1715, apartado VII del dictamen del Procurador General que esta Corte compartió)”¹⁶.

En las condiciones expresadas, la Corte entiende que, por principio, corresponde a quien alega la irrazonabilidad o inconstitucionalidad realizar una “demostración concluyente (Fallos 100:318), acreditando de forma categórica que el criterio de distinción respondía solo a un propósito de hostilidad hacia el grupo de personas no incluidas o al objetivo de conceder privilegios a algunos en detrimento de otros que se encuentran en la misma situación jurídica”¹⁷.

Resulta insuficiente a tal efecto, la formulación de “meras afirmaciones genéricas que solo alcanzan a reflejar [una] dogmática discrepancia con la solución legislativa, pero que no son consistentes con la trascendencia institucional de la pretensión que se persigue de que este Poder Judicial ponga en ejercicio la atribución constitucional que ha considerado de mayor gravedad, según lo ha señalado con énfasis y reiteración”.

En tal sentido, la Corte reiteró su doctrina de que “el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse (Fallos 329:5567, dictamen de la Procuración General al que remitió la Corte), de allí que la pretensión de inconstitucionalidad de una ley no puede fundarse en apreciaciones de tal naturaleza. Por el contrario, la gravedad institucional de la petición requiere *sine qua non* que la relación de la norma con la cláusula constitucional, como lo subrayó esta Corte desde sus primeros precedentes en que realizó esta

¹⁶ CSJN, “Asociación Magistrados y Funcionarios”, ya cit., cons. 8. En este sentido, la Corte agrega que, en definitiva, en tales casos “la norma habrá violado el límite constitucional cuando se verifique que el factor o supuesto prohibido es el único fundamento de aquella y que conlleva un criterio de desvalorización o perjuicio (conf. doctrina Tribunal Constitucional Español, sentencias 340/1993 y 154/2006, entre otras; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama v. Nicaragua, 23 de junio de 2005, entre otras; y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencias C-224/00 y C-17/05, entre otras; doctrina citada en Fallos 330:3853, cons. 8 del voto del juez MAQUEDA)”.

Asimismo, puede agregarse a la lista de precedentes citados por la Corte, su reciente pronunciamiento en la Causa P. 334. XLV., *in re* “Pérez Ortega, Laura Fernanda el Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público”, de 21/2/2013; el cual fue comentado en NICOLÁS DIANA, “Más allá de la doctrina de los actos propios: La voluntad”, LL, Sup. Adm. 2012 (marzo), 10.

¹⁷ CSJN, “Asociación Magistrados y Funcionarios”, ya cit., cons. 10.

función jurisdiccional más eminente (caso “Avegno, José Leonardo” de Fallos 14:425), sea “absolutamente incompatible” y que “haya entre ellas evidente oposición”, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos 318:1256)”. Puesto que “[e]l debido respeto que se debe a los altos poderes que concurren a la formación de las leyes, como se enfatizó en el precedente “Avegno”, imponen que una declaración como la pretendida solo encuentre cauce ante una “discordancia substancial” de la norma tachada con los preceptos de la Constitución nacional que sea “manifiesta”, pues aun en los casos de duda entre la validez o la invalidez ha de estarse por la legalidad (Fallos 207:238)”¹⁸.

Por último, la Corte Suprema recuerda que entre el juicio de conveniencia y la posibilidad de declarar la invalidez constitucional del texto normativo que siga una vertiente opuesta a un criterio de dicha naturaleza “hay 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”¹⁹.

Efectuada la anterior reseña de lo expuesto por la Corte en el caso en estudio, quisiera detenerme en dos cuestiones. En primer lugar, en el reconocimiento de que las circunstancias del caso pueden exigir, en cada oportunidad, que se aplique el criterio de razonabilidad con distintos grados de intensidad. Excede a este trabajo el análisis exhaustivo de las circunstancias que motivan la utilización por parte de la Corte de los distintos criterios de razonabilidad. Sin embargo, sí entiendo importante advertir aquí que, en forma clara, dicho Tribunal ha expresado que el escrutinio estricto con el que aplica el juicio de razonabilidad ante la presencia de categorías sospechosas debe entenderse como distinto del criterio de conveniencia.

Por el contrario, entiende que la exigencia de que la norma en crisis se trate del medio menos restrictivo y no solo uno de los medios posibles para alcanzar su finalidad sustancial, lejos de consistir en un criterio de conveniencia, se encuentra comprendido dentro del juicio de razonabilidad previsto por los arts. 14 y 28 de la Constitución nacional²⁰.

¹⁸ CSJN, “Asociación Magistrados y Funcionarios”, ya cit., cons. 11

¹⁹ CSJN, “Asociación Magistrados y Funcionarios”, ya cit., cons. 12.

²⁰ Cabe recordar que la garantía de razonabilidad del art. 28 de nuestra Constitución —como deber de los órganos constituidos de no alterar los derechos que garantiza— es anterior a las enmiendas que receptaron la noción de debido proceso norteamericana (conf. JUAN F. LINARES, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 165) y, por supuesto, muy anterior a la interdicción de arbitrariedad plasmada en la relativamente reciente Constitución española. Esta circunstancia histórica permite buscar el alcance y limitaciones de dicha garantía en el propio texto constitucional argentino y, a partir de la última reforma constitucional,

Esta cuestión –relativa al alcance que debe otorgarse al principio de razonabilidad en el derecho argentino– resulta de vital importancia para establecer los límites a la discrecionalidad administrativa y su control judicial. Puesto que, en definitiva, dicho principio constituye el principal valladar al actuar discrecional.

En este sentido, debe recordarse que si bien la garantía de razonabilidad, condiciona la totalidad del obrar estatal, adquiere una mayor relevancia en aquellos ámbitos en que dicho actuar es gobernado por la discrecionalidad²¹. De este modo, en tanto esta constituye, en definitiva, la libertad que la norma atributiva de competencia otorga al órgano estatal para adoptar determinada decisión o conducta, dicha libertad debe ser siempre ejercida respetando el principio de razonabilidad; es decir en forma justa y manteniendo una relación

en los pactos de derechos humanos y la jurisprudencia de sus órganos de interpretación. Si bien no resulta acertado desatender la experiencia extranjera –cuyas bondades pueden resultar de utilidad en este análisis–, entiendo que la originalidad del texto constitucional argentino impone que cualquier postura que se adopte guarde una coherencia con el sistema y relaciones de poderes, derechos y garantías allí instituidas. He efectuado un primer acercamiento al abordaje de esta cuestión en “El examen de necesidad ¿razonabilidad o conveniencia?”, ED, 2008, 647; y en el comentario al art. 30 de la CADH, en ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA (Dir.), *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, 1ª ed., La Ley – Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2012, ps. 535-539.

Para un análisis más profundo de la cuestión, ver asimismo, LAURA CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, 1ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2009; JUAN CIANCARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 1ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2004; ROBERT ALEXY, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, *Ratio Juris*, Vol. 16, 2/6/2003, ps. 131-40; “On the Structure of Legal Principles”, *Ratio Juris*, Vol. 13, 3/9/2000, p. 297; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, cap. III, § 8, ps. 111-5; CARLOS BERNAL PULIDO, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007; AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª ed., T. 1, Parte general, FDA, Buenos Aires, 2003, cap. VI, § 8 a 16 y cap. X, § 15, ps. VI-28-39 y X-21-23, CARLOS MANUEL GRECCO 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. Asimismo, en particular sobre su aplicación al Derecho administrativo, puede recurrirse a DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, y MARÍA DEL ROCÍO ANDRÉS PÉREZ, *El Principio de Proporcionalidad en el Procedimiento Administrativo Sancionador*, 1ª ed., Bosch, Madrid, 2008.

²¹ T. R. FERNÁNDEZ, *De la Discrecionalidad de la Administración*, 5ª ed., Civitas, Navarra, 2008, ps. 82 y 85.

de adecuación, proporcionalidad y/o, en algunos casos, de necesidad con los fines normativamente perseguidos y los hechos que le sirven de causa.

IV. LOS LÍMITES CONVENCIONALES A LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Para finalizar este trabajo, quisiera reiterar aquí, en forma parcial, el estudio que he efectuado en otra oportunidad respecto de los límites convencionales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado respecto de la discrecionalidad administrativa, en particular, respecto de sus precedentes más recientes²².

En primer lugar, cabe señalar el caso de las “Niñas Yean y Boscio”, donde dicha Corte ha entendido, en relación al derecho a la nacionalidad, que la discrecionalidad encuentra como límite “la arbitrariedad de los Estados”, agregando que “la ley no debe otorgar una discrecionalidad amplia al funcionario del Estado” que aplica los requisitos fijados por ella²³.

En segundo lugar, debe apuntarse el caso “Baena” del año 2001²⁴ y los casos “Chocrón Chocrón”²⁵ y “López Mendoza”²⁶ del 2011. En todos ellos se discutía la validez de los actos administrativos mediante los que se destituyeron distintos empleados públicos.

Allí se sostuvo que el Estado debe respetar el debido proceso legal²⁷, receptado en los arts. 8 y 25 de la Convención, cuyas garantías resultan exigibles también para el procedimiento administrativo²⁸. En relación con las garantías

²² Puede acudir al texto original del trabajo reseñado en ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa, a la luz de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Derecho Público*, Año II, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, ya cit.

²³ Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Boscio vs. República Dominicana, sentencia de 8/9/2005 (Serie C, nro. 130), párrs. 140, 191 y 204.

²⁴ Corte IDH, Caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia de 2/2/2001, Serie C, nro. 72.

²⁵ Corte IDH, Caso “Chocrón Chocrón vs. Venezuela”, sentencia del 1/7/2011, Serie C, nro. 227.

²⁶ Corte IDH, Caso “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, sentencia del 1/9/2011, Serie C, nro. 233.

²⁷ Sobre el debido el debido proceso legal en la esfera administrativa y los límites a la discrecionalidad estatal, ver el estudio aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fecha 1/9/2007, efectuada por el Comisionado VÍCTOR ABRAMOVICH, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (OEA Documentos Oficiales. OEA/Ser.L/V/II), ps. 21 y ss.

²⁸ Corte IDH, Caso “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 115.

establecidas por el art. 8.1²⁹, la Corte hizo especial hincapié en que el Estado ha de cumplir con el “deber de motivación”³⁰, dejando sentado que su incumplimiento importa también una violación al deber estatal de brindar a la persona un “recurso efectivo”, en los términos del art. 25 de la CADH³¹.

Puntualmente, detalló que dicha motivación debe exteriorizar “la justificada razón que permite llegar a una conclusión”, de modo que permita “conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar la decisión”. A lo que anudó que ella demuestra que las partes han sido oídas y les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión³². En definitiva, la falta de motivación del acto discrecional se traduce en su arbitrariedad³³.

Por otro lado, la Corte IDH, prestó especial atención a los límites de la discrecionalidad administrativa en los casos en que la medida restrictiva de derechos constituya una sanción administrativa³⁴. En dichos casos, resolvió que la exigencia de motivación es aún mayor, puesto que entonces “correspondería analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción”, ya que “el control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño” del funcionario público. Asimismo, entendió exigible que el Estado indique “en forma precisa aquello que constituye la falta” y desarrolle los argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad para justificar que un funcionario (en el caso: un juez provisional) no debe permanecer en el cargo³⁵.

²⁹ En cuanto al alcance de las garantías receptadas por dicho artículo, ver el comentario al art. 8 que efectúa FEDERICO THEA, en ALONSO REGUEIRA (Dir.), “Convención Americana...”, op. cit.

³⁰ Corte IDH, Caso “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 118

³¹ Ver el comentario al art. 25 de DIEGO FREEDMAN y SHUNKO ROJAS, en ALONSO REGUEIRA (Dir.), “Convención...”, op. cit., ps. 443-465. Asimismo, Corte IDH, Caso “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 129.

³² Corte IDH, Caso “Chocrón Chocrón”, ya cit., párrs. 116, 117 y 118.

³³ Corte IDH, Caso “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 118 y 120. Pues, en definitiva, “el concepto de arbitrariedad se vincula en su esencia última al concepto de motivación” (T. R. FERNÁNDEZ, “De la Discrecionalidad...”, op. cit., p. 153).

³⁴ Respecto de la incidencia del derecho internacional de derechos humanos en el control judicial de las sanciones administrativas, ver ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA y LUIS E. CASARINI, “El control jurisdiccional de las sanciones administrativas, a la luz de los principios adjetivos del Derecho Penal y la jurisprudencia de la Corte IDH”, LL, en prensa.

³⁵ Corte IDH, Caso “Chocrón Chocrón”, ya cit., párr. 120. Allí, la Corte IDH concluyó que “la discrecionalidad no fundamentada transformó el acto administrativo de remoción en un acto arbitrario que, al afectar indebidamente su derecho a la estabilidad en el cargo, vulneró el deber de motivación”.

En los casos “Baena” y “López Mendoza”, analizó en profundidad la naturaleza de estas sanciones, concluyendo que, al igual que las penales, constituyen una expresión del poder punitivo del Estado, por lo que tienen, en ocasiones, “similar naturaleza”³⁶. Esta afirmación tiene, para la Corte IDH, dos consecuencias necesarias. La primera, el hecho de que, a diferencia de otros actos discrecionales del Estado, las sanciones administrativas se encuentran sujetas a las garantías que, para el Derecho Penal, resguarda el debido proceso legal. Es decir que, para su dictado, el Estado debe cumplir, por principio, no sólo con las exigencias del art. 8.1 de la Convención, sino también con el 8.2 de dicha norma³⁷.

La segunda, también debe respetar el principio de legalidad penal y de no retroactividad, tipificando las conductas reprochables y especificando las sanciones consecuentes con anterioridad a los hechos imputados, de modo que las personas puedan orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto³⁸.

En este sentido, la Corte IDH entendió que debía recurrirse a lo que denominó “test de previsibilidad”. En este sentido, resulta relevante destacar que, en este caso, pareciera dar a entender que la existencia de discrecionalidad administrativa o el hecho de que la ley recurra a conceptos jurídicos indeterminados no resulta, en materia sancionadora, violatoria del principio de legalidad y no retroactividad, siempre que “el alcance de la discrecionalidad y (ii) 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”³⁹.

Por último, la Corte también sostuvo que, a fin de que el control judicial de la actividad discrecional sancionatoria cumpla con el deber de protección judicial receptado por el art. 25 de la CADH, el juez debe analizar las circunstancias reales del caso y la comisión o no de la conducta

³⁶ Corte IDH, Caso “Baena”, ya cit., párr. 106

³⁷ Corte IDH, Caso “Baena”, ya cit., párr. 125.

³⁸ Corte IDH, Caso “Baena”, ya cit., párrs. 106, 107 y 114. En tal sentido, explicó que, “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 contravienen y que se pretende sancionar. 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, los 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 este. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.”

³⁹ Corte IDH, Caso “Caso López Mendoza”, ya cit., párrs. 199 a 201.

que se sanciona⁴⁰, es decir, debe existir un control amplio sobre los hechos del caso.

IV. CONCLUSIÓN

Puede decirse que los precedentes aquí analizados, “Rodríguez Pereyra” y “Asociación de Magistrados y Funcionarios” constituyen, en definitiva, la ratificación de una línea jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha seguido por los últimos años, en los que se da especial importancia al rol del juez y a su deber de efectuar un correcto examen de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas que son traídas a su conocimiento.

De tal modo, el conocimiento de los criterios convencionales para analizar la validez de las normas y, en especial, de los actos discrecionales de la Administración resulta de vital importancia, no sólo, a los fines de que el Estado no incurra en responsabilidad internacional, sino a la hora de defender la actividad administrativa efectuada por nuestro país ante los Tribunales internacionales, en los casos en que ella se ajuste a tales criterios y no merezca, en definitiva, reproche jurídico alguno.

⁴⁰ Corte IDH, Caso “Baena”, ya cit., párr. 140.

ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Director

ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA

Prólogo

ALBERTO ANTONIO SPOTA (h)

Autores

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



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Diciembre de 2013

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

1200 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-7-2

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

CDD 340

Edición:

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

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

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

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