UNIVERSIDAD DEL SALVADOR

Facultad de Ciencias Jurídicas

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA

-TESIS DOCTORAL-

Doctorando: JUAN GUSTAVO CORVALAN

Proyecto de tesis aprobado por Resolución 163/2010

Director de Tesis: Juan Carlos Cassagne

SECCIÓN 1°

CAPÍTULO I

PLANTEO DEL PROBLEMA

La discrecionalidad administrativa tiene un presente que es el producto de una evolución constante, cuyos contornos continúan delineándose.

Gran parte de esa evolución, estuvo marcada por la clara tendencia a concebir a la discrecionalidad como un fenómeno político y no abarcable desde la óptica del Derecho. Estas concepciones extrajurídicas sobre la discrecionalidad, se encuentran vinculadas al desarrollo histórico del concepto y parten de la idea de un poder absolutamente "libre" y por ende, conceptualizado como un fenómeno extrajurídico o político inabarcable por el derecho.

Esa forma de concebirla encontró origen en la larga tradición consolidada a partir de la Edad Moderna, en donde se conformó se consideró a lo político y lo jurídico como *si se tratara de un sistema unitario*, puesto que el Estado se entendió como un concepto que engloba, simultáneamente político y jurídico[1].

Nuestro punto de partida en torno a este problemática será el inverso: la actuación de la Administración nunca es una actuación libre. En mayor o menor medida, todo el accionar de la Administración haya su fundamento en el Estado de Derecho y el consecuente principio constitucional de la división de poderes y en el llamado principio de legalidad. Es decir, el marco general de actuación de la Administración es la legalidad.

Con esto se empieza a decir "algo" pero aún tampoco se dice "mucho". Que el actuar de la Administración está vinculado y limitado por el derecho hoy en día resulta una obviedad. Así como el resto de los órganos del Estado también se encuentran sometidos a la legalidad; los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, se constituyen conforme a la Constitución y no en un estado natural que dimane de una suerte de legitimidad preconstitucional.

En este sentido, debe entenderse que la división de poderes es independencia constituida por el Derecho y, a la vez, un principio y una premisa constitucional básica para el funcionamiento del sistema.

---

[1] LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2° Ed. al español, traducción de TORRES NAFARRATE, Javier, con la colaboración de ERKER, Brunhilde, PAPPE, Silva y SEGURA, Luis Felipe, Herder, Mexico, 2005, p. 474.

De este modo, el primer marco de referencia de la discrecionalidad o de los poderes discrecionales, es el ámbito determinado por el sistema normativo[2]. Así, creemos que hoy carece de sentido, hablar de "reglado – discrecional", toda vez que en mayor o menor medida, todo el actuar de la Administración es reglado[3] (lato sensu).

Por ello nuestro primer objetivo será demostrar que la discrecionalidad es un fenómeno jurídico vinculado con la aplicación de normas en el que pueden distinguirse dos facetas diferenciables analíticamente.

La primera que podríamos llamar "discrecionalidad débil"$_{1,}$ referida a la aplicación fáctica de normas regulativas. Esta discrecionalidad está más estrechamente vinculada a la ley y limitada la discreción de quien resulte operador/autoridad normativa.

La segunda vinculada a la noción de "poder" conferido por el derecho y vinculada, por lo menos, con dos tipos de normas: constitutivas y regulativas. En el último caso, sí y solo sí esas normas regulan el modo en el que el operador debe cumplir adecuadamente su *rol institucional* (de allí que vincule al sistema de la autoridad normativa). Esta segunda forma de concebir la discrecionalidad podría denominarse auténtica discrecionalidad$_2$ o "discrecionalidad fuerte"[4].

En pos de la consecución de este objetivo nos abocaremos a la tarea de describir en qué consiste la discrecionalidad, es decir, qué es lo hace un órgano cuando actúa discrecionalmente. También nos dedicaremos a reconstruir de dónde surge o desde cuándo podemos decir que un órgano tiene discrecionalidad; es decir, desde las fuentes de la discrecionalidad. Ambas perspectivas nos permitirán demostrar que la discrecionalidad es un cierto margen de *libertad* de acción en la toma de decisiones. Pero lo más relevante en esta investigación, consiste en unificar bajo un concepto común de qué se trata *esa* libertad.

Esta manera de (re)pensar a la discrecionalidad presenta tres claros objetivos. Primero optimizar los controles judiciales sobre la discrecionalidad administrativa. Segundo, *limitar* en ciertos casos, el ámbito de lo controlable. Tercero, dar cuenta de una

---

[2] Esto no es más ni menos que la "rosquilla" de Linares, donde la libertad ocupa el centro de ésta la que se encuentra rodeada por los contornos, es decir, el sistema normativo.

[3] Aquí no entendemos por reglado a la concepción clásica que afirma que cuando algo es "reglado" no habría margen de opción para la Administración.

[4] Se utiliza la terminología de DWORKIN pero con distinta significación, sobre todo, porque no compartimos la idea del profesor americano sobre la existencia de la respuesta correcta única a la que el juez (Hércules) debe llegar en caso de lagunas aplicando la moral subyacente en el sistema, la que es de *imposible determinación* e, incluso, aun cuando pudiera determinarse en un sistema normativo pueden *coexistir* varias morales subyacentes.

técnica específica de control de la actividad Administrativa, derivada del principio de proporcionalidad.

De allí que como objetivo global, pretendemos desarrollar una formulación de la discrecionalidad que impida que se siga utilizando la noción para abrir las puertas al ejercicio arbitrario, ilegítimo o abusivo por parte de la Administración so pretexto de una "apariencia"[5] de superación del test de compatibilidad con la juridicidad.

En resumidas cuentas: nuestra hipótesis central es que el problema de la discrecionalidad es propio de la teoría general del derecho y se da en todos los órganos que constituyen el Poder del Estado[6]. Además, existe y debe desarrollarse dentro de un marco de referencia normativo (*sistemas normativos constitucionales*).

Para el logro de los fines propuestos, se utilizará un método: el método analítico, que dar cuenta de la teoría general de las normas. A la vez, respecto de los principios, se seguirán los desarrollos teóricos de ALEXY y sus discípulos, para compatibilizar los postulados analíticos con la teoría de las fuentes sociales del derecho[7].

Ahora bien, en la primera parte de este trabajo se pasará revista al origen histórico de la categoría pues permite explicar el contexto en el que surge el concepto – lo que podríamos denominar el análisis de los primeros paradigmas sobre la discrecionalidad – en los sistemas jurídicos más relevantes: el sistema Francés, el sistema Norteamericano (el primer Estado Constitucional moderno) y el sistema Alemán, país donde se forja la noción de Estado De Derecho y los desarrollos teóricos más profundos acerca de la discrecionalidad.

Por último, creemos importante realizar una aclaración acerca de la importancia de la reconstrucción histórica. Ésta no es un lujo literario, sino por el contrario, constituye un análisis indispensable para entender el funcionamiento actual de su (tradicional) dogmática jurídica a los fines de proponer su reconstrucción. Ello, en la medida en que se encuentran presentes ciertas connotaciones que se explican sólo desde su dimensión histórica;

---

[5] El formato aparente puede estar asociados a concepciones de la Discrecionalidad como las que sostiene entre nosotros SESÍN, cuando sostiene que esta se configura cuando basta "sólo dos alternativas igualmente justas para poder hablar de discrecionalidad".

[6] La discrecionalidad como supraconcepto perteneciente a la teoría general del derecho fue advertido, entre nosotros, por CASSAGNE, Juan Carlos, en su artículo *La discrecionalidad administrativa,* disponible en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf. Ese trabajo, constituye nuestro punto de partida de la tesis que presentamos.

[7] Desde nuestra perspectiva, el derecho es un fenómeno social y no mera lógica formal de aplicación de normas, cuestión que es reconocida (incluso) por la corriente de análisis lógico del Derecho.

particularmente, porque se ha otorgado cierta preminencia a su finalidad política, con lo que su análisis nos permitirá emitir un juicio fundado acerca de si esas notas deben ser mantenidas en el marco de un nuevo paradigma.

Juan Gustavo CORVALÁN

CAPÍTULO II

PRESUPUESTOS TEÓRICOS FUNDAMENTALES

A) SOBERANÍA Y ESTADO CONSTITUCIONAL

§ 1. Introducción

Los estados democráticos actuales del mundo tienen un común denominador: un diseño institucional basado en una constitución. Las democracias de hoy se caracterizan por la expresión del ideal de que el gobierno está sujeto a ciertos límites consagrados en última instancia en dicho instrumento[8].

Como con acierto señala FERRAJOLI, la historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras Declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares[9]

Esto conlleva a que nuestro tiempo pueda ser calificado, en el decir de BOBBIO, como "el tiempo de los derechos" [10] : hoy puede hablarse de la positivización, universalización, e internacionalización de los derechos humanos.

En síntesis: el reconocimiento y la protección de los derechos humanos están en la base de todas las constituciones democráticas modernas. A lo que se suma los sistemas de protección internacionales que, en última instancia, son los que se encuentran facultados para reaccionar en pos de proteger los derechos de los administrados frente a la arbitrariedad del Estado del que forman parte.

Desde otra óptica, la protección de los derechos humanos ha sido también asumida por la Nueva Escuela de Derecho Natural (NEDN) cuyo principal exponente es FINNIS.[11]

---

[8] ORONESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 15.

[9] Son diversas generaciones de derechos que han sido producto de "conquistas". FERRAJOLI, Luigi, *La soberanía en el mundo moderno*, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, (Recopilación), 2° Ed., traducción de PERFECTO IBAÑEZ, Andrés y GREPPI, Andrea, Trotta, Madrid, 2001, p. 144.

[10] BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, traducción de DE ASIS ROIG, Rafael, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 97.

[11] FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción del inglés de ORREGO, Cristóbal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p . Destaca desde la visión iusnaturalista la existencia de derechos humanos absolutos.

En este capítulo, intentaremos brevemente sentar una base a partir de la cual se pueda analizar el fenómeno de la discrecionalidad del poder público. Para ello, es preciso abordar diversas instituciones centrales que conforman el hoy ya consolidado Estado constitucional: la soberanía estatal, el principio de división de poderes, la vinculación de la actuación de la Administración al derecho (principio de legalidad), las prerrogativas del poder público y la cuestiones no justiciables, aunque en muchos casos hemos decidido exponerlos en los Anexos[12] que acompañan la presente, si se pretende realizar un análisis exhaustivo de cada uno de los temas que corresponden a este apartado.

§2. La soberanía estatal

El nuevo paradigma del Estado constitucional de derecho conserva una misma preocupación que ha estado presente en la historia del derecho público: "la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público". Es éste uno de los objetivos primordiales de la protección internacional de los derechos humanos[13].

Luego de transcurrida más de una década del siglo XXI, podemos afirmar que se intensifica radicalmente el proceso refundacional de las ciencias jurídicas iniciado hacia mediados del siglo XX. Aun cuando el derecho constitucional se erige como pieza basal en la construcción del edificio jurídico, el nuevo escenario mundial y la aceleración de los profundos cambios producidos hace ya más de 60 años, plantean desafíos inéditos en las disciplinas del derecho[14].

El derecho público se reconfigura al compás de trascendentales cambios culturales y tecnológicos que aceleran su proceso de transformación. En este complejo esquema, las ecuaciones Estado-ciudadano y derecho público-sus ramas, afrontan intrincados escenarios y se encuentran en plena búsqueda de su adaptación y reconfiguración de sus bases[15].

Este fenómeno, por ejemplo, se evidencia en la rama del derecho público que mayores avances dogmáticos ha presentado en el último siglo. Así, uno de los máximos exponentes del derecho penal, Claus ROXIN, alerta acerca del cambio de paradigma[16] y de la reestructuración de los cimientos de la ciencia jurídico-penal.

---

[12] Principalmente en lo que se refiere a la Génesis del Estado de Derecho, las cuestiones no justiciables y la historia de las discrecionalidad en Francia, Estados Unidos, España y Argentina (Ver, Anexos I, II, III, IV, V y VI).

[13] Ver, CIDH, caso "Acevedo Jaramillo y otros". Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 213 y jurisprudencia allí citada.

[14] Una aproximación de estos aspectos en el derecho de familia puede verse en TAPIA, Mauricio R., *Constitucionalización del derecho de familia. El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social*, en Revista de derecho de familia, N° 51, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 187–221.

[15] La obra monumental de FERRAJOLI es una muestra de ello. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011.

[16] Expresamente ROXIN alude al "cambio de paradigma" en el proceso penal. Ver, ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, traducción de ABANTO VÁZQUEZ, Manuel, Grijley, Lima, 2007, p. 12.

El precitado autor[17] alude a las nuevas bases[18] a partir de las cuales se debe edificar al derecho penal: sistematización[19], internacionalización[20], funcionalidad, eficiencia[21], coordinación, universalidad[22] y consenso[23].

Como intentaremos demostrar, estas mismas variables constituyen la esencia y las pautas centrales a través de las cuales se decodifica el nuevo paradigma del derecho público.

Si partimos de la base de que el derecho constitucional ha de operar en dos sentidos, entonces, por un lado debe verificar la constante revisión de los dogmas tradicionales; por otro, debe poder constituirse como receptor de nuevas tendencias y aquí es donde el derecho administrativo también contribuye a forjar la dogmática y evolución del derecho constitucional[24].

El derecho administrativo se debe edificar sobre los principios y valores constitucionales formales y sustantivos[25], a la vez que representa el campo de verificación y experimentación del Derecho constitucional: es la "la praxis administrativa que ha de hacer operativos los grandes y abstractos conceptos constitucionales"[26].

A partir del escenario planteado, a continuación evaluaremos el concepto tradicional de soberanía que ha sido presentado como un elemento esencial del Estado.

---

[17] Ver, ibídem, ps. 3 – 4. El autor plantea 6 puntos entre los cuales se encuentran los que nos parecen más relevantes y aplicables a todas las ramas del derecho público. Ídem.

[18] Aclaramos que ROXIN no lo plantea en este orden. Hemos seleccionado éstas nociones que evidencian los elementos que, a nuestro juicio, son centrales de sus tesis.

[19] En el derecho administrativo alemán, la sistematización es el eje central de la obra de SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría General del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

[20] En la tesis de FERRAJOLI, uno de los factores que evidencian las crisis de la actual democracia constitucional, viene dado por el fin del Estado nacional como monopolio exclusivo de la producción jurídica. El autor habla de un amasijo de la vieja estructura piramidal de las fuentes que se produce por la existencia de ordenamientos internacionales vinculantes. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 2, ps. 79–80.

[21] Según el célebre penalista alemán, la administración de justicia penal cada vez más se desliza hacia un pensamiento de eficiencia orientado en la llamada funcionalidad. Ver, ROXIN, Claus, *ob. Cit.*, p. 7.

[22] Según ROXIN, la ciencia jurídico penal supranancional debe elaborar de manera cooperativa la solución de tareas comunes. Se habla así de "universalidad de los métodos" de la ciencia jurídico-penal lo que podría determinar, según el autor, un Código Penal mundial en el ámbito del Derecho internacional penal. Ver, ibídem, ps. 19–30.

[23] En el derecho procesal penal, por ejemplo, ROXIN advierte una tendencia a sustituir el proceso penal contradictorio por un proceso consensual. De hecho, ROXIN se pregunta si en el futuro se necesitarán dos ordenamientos procesales, una contradictoria y otro consensual. Ver, ibídem, ps. 12-13.

[24] Ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 15 y ss. Según este autor alemán, el derecho administrativo representa el campo de verificación y experimentación del Derecho constitucional. Textualmente afirma: "La praxis administrativa ha de hacer operativos los grandes y abstractos conceptos constitucionales". Ibídem, ps. 17-18.

[25] Las decisiones constitucionales fundamentales determinan los procesos de toma de decisiones de los poderes públicos y ofrecen patrones o modelos para la actuación administrativa. Además, las normas constitucionales que contienen o regulan los objetivos y fines del Estado condicionan también la teoría de las funciones administrativas. Ver, ibídem, p. 51.

[26] Ver, ibídem, p. 17. Textualmente afirma el agudo autor alemán: "La praxis administrativa ha de hacer operativos los grandes y abstractos conceptos constitucionales". Ibídem, ps. 17-18.

Sólo así podremos comprender acabadamente lo que acontece con el fenómeno de la discrecionalidad del poder público.

a) La clásica concepción de la soberanía estatal.

La pieza central del derecho público actual es la democracia constitucional[27]. Como bien afirma FERRAJOLI, este paradigma todavía es embrional[28] y continúa extendiéndose.

Si el nuevo escenario viene signado por la aceptación de un Estado constitucional de derecho[29] y por una democracia constitucional[30], entonces ambas nociones son las que deben moldear al derecho administrativo actual[31].

Pero un adecuado análisis acerca de las nuevas bases sobre las que se debe reedificar el derecho administrativo y sus categorías (esencialmente la discrecionalidad), presupone considerar una de las categorías centrales de los Estados: la soberanía estatal[32].

Veamos.

La soberanía estadual constituye el cimiento sobre el que se asientan algunos de los principios más básicos y fundamentales del derecho internacional; entre otros, el de no intervención en los asuntos internos, el de igualdad soberana, y el de integridad territorial[33]. A su vez, la noción de soberanía se erigió como la característica central de los Estados[34]

---

[27] Ver, CSJN, "Bussi Antonio Domingo c/ Est. Nac.", sentencia del 13 de julio de 2007, considerando 11°, párrafo cuarto y FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 2, p. 10.

[28] Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2° Ed., Trotta, Madrid, 2010, p. 35.

[29] Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 7° Ed., traducción de PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés y GREPPI, Andrea, Trotta, Madrid, 2010, p. 152 y FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 1, p. 801 y ss.

[30] Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, p. 35. En consonancia, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 52.

[31] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit.*, p. 53.

[32] CARRÉ DE MALBERG presentó a mediados de siglo XX la noción de soberanía de modo similar que en la Edad media. Así, destacó textualmente: "Así como en la Edad Media el término soberanía servía para señalar el carácter supremo de la potestad que le pertenecía al rey en el interior del reino, también los fundadores revolucionarios del derecho público moderno en Francia han calificado a la potestad nacional de soberanía, para especificar debidamente que esta potestad es de una esencia superior a cualquier otra, que está por encima de toda otra potestad…". Ver, CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, p. 189.

[33] Además, la noción de soberanía funciona como el principio que subyace a todo el aparato teórico de las fuentes del derecho internacional público. Ver, BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación,* enPINTO, Mónica (compiladora), *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, con cita de HENKIN, Louis, *International Law: Politics and Values* 10-12 (1995; JACKSON, John, *Sovereignty, the WTO and the Changing Fundamental of International Law* 57-59), 2006, p. 32.

[34] Adviértase hasta qué punto la noción de soberanía representó para los estados que CARRÉ DE MALBERG la consideró en Francia, como la característica esencial del Estado y su potestad. "La característica central del derecho público francés". Textualmente afirmó el precitado autor francés: "…entre todos los caracteres inherentes a la potestad del Estado francés, el más importante es la soberanía". Ver, CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *ob. Cit.*, p. 188. En contra, JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*,

con rasgos definitorios [35] que hoy mayoritariamente se los considera obsoletos [36], no obstante en diversos autores se observa un propósito claro de postular a la soberanía como absoluta, autónoma y que existe en un estado de naturaleza[37].

Como no es objeto de nuestro estudio denostar o afirmar la construcción teórico-normativa actual de la soberanía[38], pretendemos simplemente evidenciar las modificaciones a las que se ve sometida su concepto clásico como consecuencia de su ajuste al nuevo paradigma.

La noción tradicional de la soberanía hasta mediados de siglo XX, sustituyó al rey y al pueblo por el Estado mismo personificado, determinando la configuración de los derechos fundamentales como límites internos (autolimitaciones[39]) aunque podía disponer sobre ellos[40]. En esta concepción se elaboró la teoría organicista según la cual el pueblo y el territorio se presentaron como elementos centrales del Estado[41].

Conjuntamente con la noción de soberanía clásica, también se postuló la transformación[42] de la noción de "pueblo soberano"[43], en el sentido de que no había

---

traducción de la segunda edición alemana y prólogo por DE LOS RIOS, Fernando, IBdef, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 601 y ss.

35 Entre muchas otras concepciones doctrinales, tomamos como ejemplo la que postuló la doctrina alemana de fines de siglo XIX. Así, la soberanía estatal se concibió en los siguientes términos aunque refiriéndose al estado de excepción: "En el caso del estado de excepción, de una situación anormal existencialmente peligrosa, incapaz de ser dominado por medios normativos, la soberanía rompe los límites normativos, impone lo ilimitado, según la expresión de Otto Mayer. De este hecho, o sea, de la soberanía estatal se ha querido inferir que no es posible una vinculación del Estado por el Derecho ni derechos contra el Estado". Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 264 y doctrina citada en nota 24. Cabe aclarar que el autor no estaba de acuerdo con esta concepción dogmática. Ibídem, p. 264 y ss.

36 Más tajantes son las palabras de FERRAJOLI para quien "…caen todos los presupuestos y todos los caracteres de la soberanía, tanto interna como externa". Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 145.

37 KENNEDY habla de una "obsesión" para presentarla de ese modo. Ver, KENNEDY, David, *International Law and The Nineteenth Century, History o fan Illusion*, 17 Quinninpiac L. Rev. 99 (1997-1998), p. 118, citado en BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación*, p. 71.

38 Un adecuado estudio al respecto puede verse en BARREIROS, Lucas E., *ob. Cit.*, p. 31 y ss.

39 La limitación puede apreciarse en la obra de CARRÉ DE MALBERG. Se hablaba de que ningún órgano nacional, ni siquiera el cuerpo legislativo, podía absorber la voluntad nacional. Afirmaba en tal sentido el célebre autor francés: "La potestad suprema de voluntad estatal no reside en particular en ningún órgano: está en la nación, actuando por el conjunto de sus órganos, y por órganos compuestos por individuos cuyo título provisional está sujeto a revocación o renovación". Ver, CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, p. 189.

40 Tempranamente en nuestro país BIELSA advirtió que en el orden exterior la soberanía podía ser "refinada" cuando el Estado se obligaba voluntariamente por tratados o convenciones. Es decir, que se autolimitaba. Ver, BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 2° Ed. aumentada, Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 102.

41 Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La Ley del más débil*, p. 140.

42 Cuando menos, en la formulación histórica relevada en este estudio.

43 Como afirma FERRAJOLI la idea fundamental en el derecho público parte de la metáfora antropomórfica del "Estado-persona" u "hombre artificial" (concepción dominante en la doctrina iuspublicista) a la que se asocia la soberanía como esencia o como "alma artificial" y además como poder absoluto. Una fuente suprema y no derivada que se convierte en base de todo el aparato conceptual del positivismo jurídico: del principio de legalidad y de la convencionalidad del derecho. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *ob. Cit.*, p. 134. Por

fuentes normativas vinculantes al Estado en el exterior[44]. KELSEN desde antaño sostuvo que la primacía del derecho nacional se asentaba en la construcción de la soberanía[45].

Tradicionalmente la soberanía es definida como la capacidad del Estado para determinarse a sí mismo en forma exclusiva desde un punto de vista político y jurídico[46]. Los "poderes" son los elementos mismos de la soberanía indivisible y, de ello, se desprende que cada órgano investido por representación de un elemento de la soberanía, resulta soberano en su ámbito[47].

La soberanía, además, suele ser clasificada en cuatro aspectos[48]. "Soberanía legal internacional", "soberanía westfaliana", "soberanía doméstica" y "soberanía interdependiente".

La *soberanía legal internacional* se refiere a las prácticas asociadas con el reconocimiento mutuo.

La *soberanía westfalianao externa*[49], se relaciona con la organización política fundada en la exclusión de actores externos de las estructuras de autoridad dentro de un territorio dado. Las normas internacionales son producto de la voluntad de los Estados en ejercicio de una soberanía[50] que, a su vez, es consecuencia del ejercicio de la soberanía de los

---

ello es que la "soberanía del pueblo" tampoco puede ser absoluta. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 2, p.13.

[44] Se afirmaba que la soberanía interna era la verdadera soberanía pues implicaba superioridad. Ver, FAYT, Carlos, S., *Derecho Político*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 272. Una síntesis esquemática de la concepción histórica y evolutiva de la noción de soberanía puede verse en ibídem, ps. 269 - 273.

[45] Textualmente afirmaba KELSEN: "La consecuencia más importante de la teoría que toma como base la primacía del derecho nacional, es la que el Estado cuyo orden jurídico sirve de punto de partida para elaborar toda esa construcción que tiene que ser considerado como soberano. Pues se supone que el orden jurídico de tal Estado es el orden supremo, sobre el cual no existe ningún otro orden jurídico". Ver, KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Imprenta Universitaria, México, 1949, p. 404.

[46] Ver, FAYT, Carlos, S., *ob. Cit*., p. 544. JELLINEK afirma que la soberanía es, en su origen histórico, una concepción de índole político, que sólo más tarde se ha condensado en una índole jurídica. Ver, JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, ps. 543-544.

[47] En este aspecto CARRÉ DE MALBERG sigue a DUGUIT. Ver, CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, p. 760.

[48] Ver, DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, T. II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007, ps. 743-744. Esta misma clasificación es efectuada por KRASNER, Stephen*, Sovereignty: Organized Hypocrisy*, 20 (1999), ps. 3-4, nota 15, citado en BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación*, ps. 76-77.

[49] La soberanía en la teoría jurídica contemporánea, se presentó bajo dos facetas. En la interna, el Estado tenía el poder máximo y debía prevalecer sobre toda otra fuerza interna. En la externa, se evidenciaba la capacidad del Estado para mantener su independencia de toda subordinación a otro Estado. Ver, TARDIF, Eric, *Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo*, en Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Año XVI, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 310.

[50] SARMIENTO GARCÍA concibe a la soberanía en sentido estricto, como la "autarquía" y "exclusiva" competencia en relación a las cosas y al espacio -según la substancia y la forma de la actividad- aunque dentro del ámbito internacional, pero "*sin dependencia del ordenamiento jurídico propio de cualquier otro Estado*". Ver, SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *La demandabilidad del Estado y el agotamiento de la vía administrativa*, en

habitantes de cada Estado.

La *soberanía doméstica*[51]*o interna*[52] se funda en la "fuerza dominadora" y en la voluntad autónoma del Estado[53]; se presenta como una potestad superior a cualquier otra[54] y se vincula con la organización formal de la autoridad política dentro del Estado y con la capacidad de las autoridades públicas de ejercer un control efectivo dentro de las fronteras de la polis.

La *soberanía interdependiente* se refiere a la capacidad de las autoridades públicas de regular el flujo de información, ideas, bienes, personas, entre otros, en las fronteras de un Estado[55].

En suma, en sentido clásico la noción de soberanía suele ser caracterizada bajo los siguientes atributos: como un poder originario[56], supremo[57], incondicionado[58], intangible[59], exclusivo[60], único[61], absoluto[62], perpetuo[63], sobrehumano, indivisible[64], inalienable y no sometido a las leyes[65], o sólo a las leyes de Dios[66].

Por tanto, *podemos sintetizar la concepción clásica de la soberanía -en sentido amplio- bajo el*

Estudios de derecho administrativo, T. X, Dike, Mendoza, 2004, p. 208.

51 Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, *La ley del más débil*, p. 135.

52 Precisamente el término soberanía implicaba que el carácter de soberano en relación a las otras naciones o Estados. Ver, BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, p. 100.

53 Ver, CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, p. 189.

54 Ver, ídem. En idénticos términos en nuestro país, ver, BIELSA, Rafael, *ob. Cit*., p. 100 y FAYT, Carlos, S., *Derecho Político*, p. 250.

55 Ver, DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*, ps. 743-744. Esta misma clasificación y su desarrollo puede verse en KRASNER, Stephen*, Sovereignty: Organized Hypocrisy* 20 (1999), ps. 3 - 4, nota 15, citado en BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación*, ps. 76-77.

56 Según la concepción predominante el concepto de soberanía se concilia con el de *originarietá* del Estado, en cuanto éste se considera como ente capaz de autojustificarse y, por ende, no deriva de otro ente. Ver, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, traducción de HERRERA, Claudia a la 6° Ed. Italiana publicada por CEDAM -2004-, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005, p. 80.

57 "La afirmación de que la soberanía es una cualidad esencial del Estado, significa que el Estado es una autoridad suprema" afirmaba KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 404. En consonancia, ver, ATTILI CARDAMONE, Antonella, *Soberanía,* en Tratado de ciencia política, Anthropos, México, 2007, p. 56.

58 Ver, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *ob. Cit.,* p. 80.

59 Ver, DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*, p. 750.

60Ver, BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, p. 100.

61 Ver, ídem.

62 En la primera parte de la historia moderna se fue consolidando una noción de soberanía absolutista. Como poder supremo, independiente, incuestionado e incondicionado y garante del orden. Ver, ATTILI CARDAMONE, Antonella, *Soberanía*, ps. 58-59.

63 Ver, ibídem, p. 59.

64 Ver, DUGUIT, León, *Traité de Droit Constituttionnel*, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Fontemoing & C. Editeurs, París, 1911, ps. 350-352; también en ATTILI CARDAMONE, Antonella, *ob. Cit.,* p. 59.

65 Aunque hay que aclarar desde cierta óptica se afirmaba que "Decir que el Estado es soberano significa que el orden jurídico nacional es un poder por encima del cual no existe otro superior". Ver, KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 405.

66 Ver, SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *La demandabilidad del Estado y el agotamiento de la vía administrativa*, p. 205. Estos rasgos o atributos de la soberanía se asemejan al pensamiento teológico de la suprema potestad divina. Ver, ATTILI CARDAMONE, Antonella, *ob. Cit.*, p. 59.

siguiente postulado: un Estado se autojustifica, es independiente, y es capaz de evitar condicionamientos por parte de otros estados[67].

A partir de esta concepción, se conciben las "actividades soberanas" [68] que presentan tres tradicionales especies: legislativa, ejecutiva y jurisdiccional[69]. El Estado en ejercicio de la "soberanía" produce normas jurídicas destinadas a regir y a regular las relaciones que se manifiestan dentro de su territorio[70].

b) La "decadencia" de la soberanía clásica.

Si bien es probable que se haya configurado una distorsión de la soberanía en relación a su concepción histórica[71], lo cierto es que la gran mayoría de los autores que se han ocupado del tema, sólo conservan una noción de la soberanía ilimitada o absoluta[72]. Es aquí en donde se denuncia que se comienza a resquebrajar el paradigma del viejo Estado soberano, tornándose inadecuada u obsoleta la concepción de la soberanía clásica[73].Puntualmente, se habla de"relativización"[74], "eclipse", "erosión" o "decadencia de

---

[67] Ver, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, p. 80. Precisamente, como bien lo avizoró tempranamente KELSEN, "El problema de si el Estado es soberano o no, coincide con el de si el derecho internacional es o no un orden superior al derecho nacional". Ver, KELSEN, Hans, *ob. Cit.*, p. 405.

[68] En la tesis de DUGUIT la soberanía era indivisible. No obstante, los diversos elementos que la constituían serían delegados por representación a un órgano distinto que, en esta lógica, serían independientes y soberanos en la esfera de soberanía que se les atribuyó por representación. Según el autor francés, cada órgano era soberano en su ámbito. Los poderes, desde la óptica de DUGUIT, se concebían como los elementos mismos de la voluntad del Estado y en modo alguno son concebidos como órganos. "Los órganos, representaban la voluntad soberana en cada parcela que les ha sido asignada". Ver, DUGUIT, León, *Traité de Droit Constituttionnel*, Tomo Premier, ps. 350-351.

[69] Ver, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *ob. Cit.*, p. 83. Ello más allá de las teorías de las soberanía del Estado federal que admiten tres vertientes: **i)** la soberanía se divide, siendo soberano el gobierno central y los gobiernos regionales, cada uno en sus respectivas esferas; **ii)** su asiento está en las provincias o Estados locales y no en el federal; **iii)** sólo es soberano el Estado federal; las provincias o Estados locales son autónomos. Es ésta la postura que en nuestro país se forjó. Ver, SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *La demandabilidad del Estado y el agotamiento de la vía administrativa*, p. 207.

[70] DE VERGOTTINI destaca que la producción e normas jurídicas es un elemento común en todos los ordenamientos constitucionales, desde los más simples a los más complejos. Ver, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *ob. Cit.*, p. 85.

[71] Ver, BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación*, ps. 32-33.

[72]Entre otras, de la doctrina de la separación de los poderes. De hecho, la soberanía externa del Estado que se presentaba como una "libertad absoluta y salvaje", a partir de la Carta de la ONU (1945) y de la Declaración Universal de derechos del hombre (1948), quedó subordinada jurídicamente a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, p. 144.

[73] Ver, ibídem, p. 150. Afirma luego en otro estudio: "…el Estado nacional está perdiendo autosuficiencia y exclusividad normativa en el plano jurídico, su soberanía en el plano político, su centralidad en el plano económico". Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 2, p. 471.

[74] Según HÄBERLE, la apertura de la sociedad en lo interno tiene hoy su correspondencia en la apertura "hacia fuera". Por tanto, el concepto clásico de soberanía se ha relativizado y el esquema interno/externo posee solamente un limitado valor cognoscitivo. Ahora, se habla de un Estado constitucional cooperativo o de la constitucionalización del derecho internacional en su conjunto. Ver, HÄBERLE, Peter, *La jurisdicción*

la soberanía"[75].

Ahora bien, el comienzo de la mutación de la noción de la soberanía se ubica[76] en la finalización de la guerra de los treinta años (1914-1945)[77]. Concretamente, con la suscripción de la Carta de la ONU (1945) y la Declaración Universal de derechos del hombre (1948) aprobada por las Naciones Unidas[78].

A partir de aquí, la noción de soberanía tradicional se comienza a plantear como insuficiente[79] para justificar y explicar "la cosa pública"[80], o para "fundamentar una república"[81]. Inclusive, se sostiene que no puede ser expresada por medio del esquema superior/inferior del modelo jerárquico[82].

Por el contrario, la inserción voluntaria de los Estados a un sistema jurídico-político supranacional vinculante[83], determina el vaciamiento de la concepción tradicional de la soberanía[84]; tanto en el plano interno[85] -se licua con el Estado constitucional de derecho[86]-

---

constitucional en la sociedad abierta, en *Constitución, Derecho y proceso*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, Instituto de Investigaciones jurídicas, Perú, 2010, p. 608. En consonancia, ATTILI CARDAMONE afirma que la noción y realidad de soberanía o poder supremo se mantiene aunque ha perdido parte de las características que antaño privilegiaban y justificaban su omnipotencia. Ver, ATTILI CARDAMONE, Antonella, *Soberanía*, p. 67.

[75] Ambos lo afirman de modo expreso. Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007, p. 214 y ss. y ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La Ley del más débil*, p. 144 y ss. También en México se alude al "desgaste de la soberanía" o a su "crisis" Ver, TARDIF, Eric, *Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo*, p. 315 y ATTILI CARDAMONE, Antonella, *ob. Cit.*, p. 52. En Italia, DE VERGOTTINI ha destacado (sin suscribir a esta tesis) que en diferentes partes del mundo se habla de "eclipse o erosión de la soberanía". Ver, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, p. 84.

[76] Como luego podremos advertir de manera más precisa, si bien se considera a la finalización de la segunda guerra mundial, entendemos que los sucesos sobrevinientes en materia de derecho internacional contribuyeron de modo trascendental para cristalizar el cambio de paradigma.

[77] A partir de aquí comienza lo que SUPIOT llama la "decadencia de la soberanía". Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 214. En similar sentido, TARDIF, Eric, *ob. Cit.,* p. 315.

[78] FERRAJOLI afirma que la Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *ob. Cit.*, p. 145. En consonancia, FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 2, p. 475 y ss.

[79] Más aún, según KELSEN si se acepta la hipótesis de la primacía del derecho internacional, entonces el Estado "no es soberano". En esta hipótesis el Estado sólo podría ser declarado soberano en el sentido relativo de que el único orden superior al orden jurídico nacional es el orden jurídico internacional. Ver, KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 406.

[80] LUHMANN afirma que los asuntos públicos de nuestro orden social ya no pueden concebirse en el antiguo e indiferenciado sentido de la *res publica* entendida como la totalidad del bien común de la sociedad, o como el vértice jerárquico de la sociedad entera.Ver, LUHMANN, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política,* Universidad Iberoamericana, Colección Teoría Social, México, 2010, p. 87. Esta obra se tradujo al español de la cuarta edición en alemán: *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot GmbH, Berlín, 1999.

[81] Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 212.

[82] Ver, LUHMANN, Niklas, *ob. Cit.,* p. 88.

[83] Por eso se habla de que existe una traslación de competencias soberanas a un determinado organismo comunitario. Ver, DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*, p. 752.

[84] Fue KELSEN uno de los primeros autores en advertir este fenómeno. Así, el célebre autor concluía hacia mediados del siglo XX que el derecho internacional, a través de su principio de efectividad, determina el

como en el aspecto externo[87] -toda vez que los Estados y los sujetos, pasan a ser "sujetos" de derecho internacional-[88].

¿Cuáles son los factores o elementos que determinarían la "decadencia de la soberanía?

Según algunos autores, los derechos humanos, la globalización[89], la revolución tecnológica y comunicacional, y la aparición de nuevos actores en el plano internacional. Estos factores han modulado profundamente[90] las bases sobre las que se asentó la

---

ámbito y la razón de validez del derecho nacional, por la cual la superioridad del derecho internacional sobre el derecho nacional parece imponerse en virtud del contenido del derecho mimo. Sin embargo, aclaraba luego que el derecho internacional sólo es válido cuando es reconocido por el Estado. Textualmente sostuvo: "Después de que el Estado ha reconocido al derecho internacional, este orden, por su mismo contenido, determina el ámbito e incluso la razón de validez del orden jurídico nacional. Pero como este efecto sólo puede lograrse por el reconocimiento que el Estado hace del derecho internacional, el derecho internacional determina el ámbito y la razón de validez del derecho nacional sólo en un sentido relativo". Ver, KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 405.

[85] Desde otra óptica, se afirma que la soberanía no se vacía de contenido o licua, sino que el nuevo esquema estructural sienta "…serias limitaciones a la soberanía tanto en su dimensión de soberanía interna, en las relaciones de los ciudadanos con el Estado, como en la de soberanía externa o relaciones con la comunidad internacional". Ver, GARCÍA ROCA, Javier, *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración*, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/20/est/est3.pdf, p. 119 y doctrina citada en nota 6.

[86] Por eso FERRAJOLI afirma que la antinomia soberanía-derecho queda resuelta con el Estado constitucional de derecho. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, p. 147. Desde cierta óptica, se considera al Estado constitucional de derecho como nuevo paradigma jurídico. Ver, CEA EGAÑA, José Luis, *Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico,* en Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005, ps. 43 – 56.

[87] Según FERRAJOLI, la historia de la soberanía corresponde a dos historias paralelas y opuestas. Por un lado la de la soberanía interna que es la historia de su progresiva disolución con el desarrollo de los estados constitucionales y democráticos de derecho. Por otro, la de la soberanía externa que, en cambio, es la historia de su progresiva absolutización que alcanzó su punto más alto a mitad en la segunda guerra mundial. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 2, p. 476. En este nuevo escenario, como bien afirma GONZÁLEZ MORAS, ha quedado atrás la época en la que los estados nacionales podían decidir y actuar enteramente por sí mismos. Ver, GONZÁLEZ MORAS, Juan M., *Poder de policía global, (Intervención y autodeterminación social en el marco de los ordenamientos públicos globales)*, publicado en la obra colectiva, "*La criminalización de la protesta social*", Ediciones Grupo La Grieta, La Plata, 2003, punto I. Esta afirmación, por cierto, también requiere de una breve y necesariamente incompleta explicación ad-hoc. La inobservancia de los regímenes universales y el posible aislamiento, sitúan al Estado por fuera de un sistema. Esta circunstancia, necesariamente trae aparejada una serie de consecuencias en múltiples campos; principalmente, en el económico. Por tanto, los beneficios económicos para un país, constituye un factor determinante para la inclusión voluntaria de los estados al sistema universal de derecho.

[88] Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, p. 145. En similar sentido, ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 1, p. 848. El individuo en la cultura del constitucionalismo, tiene un status, una posición constitucional y también supranacional como titular de derechos subjetivos e incluso frente a su Estado al que puede demandar ante su jurisdicción exterior. Ver, GARCÍA ROCA, Javier, *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración*, p. 119.

[89] "La globalización transforma, sin duda, el poder del Estado". Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, 2° Ed., reimpresión, Iustel, Madrid, 2009, p. 471.

[90] Desde cierta óptica se afirma que es inviable una noción de soberanía absoluta a la luz del impacto reformador del orden jurídico comunitario. Ver, DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*, p. 757.

soberanía hasta mediados del siglo XX[91].

Se plantea que la noción de pueblo soberano[92] que pone en crisis la distinción entre poder y autoridad, hoy retorna con la atribución de Autoridades independientes de un magisterio tecno-científico sobre el poder[93].

Buscar la razón del poder en una instancia "soberana", afirma SUPIOT, comienza a presentarse como una tarea inadecuada para explicar correctamente las reglas de funcionamiento de la sociedad. De ahí la conclusión de este autor: "La razón del poder ya no se busca más entonces en una instancia soberana que trasciende la sociedad, sino en reglas de funcionamiento inherentes a ésta"[94]. Reglas que, por cierto, sólo son validadas a la luz de un Estado constitucional bajo la utilización de parámetros jurídicos racionales y universales, en el marco de la concreción y efectividad de los derechos fundamentales.

c) Hacia una articulación racional de la soberanía con el Estado constitucional de derecho.

La transformación de la soberanía estadual debe ajustarse al Estado constitucional. Y para ello, debemos comenzar a desarticular sus componentes para revisar las piezas que la componen. Tomemos el caso de nuestro país para ilustrar la cuestión.En Argentina la *soberanía interna* se concibe a partir de dos elementos: **i)** el pueblo y **ii)** su voto[95]. El pueblo es considerado la "fuente originaria" de todos los poderes y la soberanía se ejerce mediante la expresión del voto[96].

En el plano externo, como lo expusimos, el ejercicio de la soberanía estatal permite

---

[91] Ver, TARDIF, Eric, *Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo*, ps. 315-319. GORDILLO al poner de relieve el sistema supranacional e internacional, ha destacado que ya no se podrá decir que el Estado o el soberano puede hacer lo que le plazca. Ver, GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Parte general, T. I, 9º Ed., Fundación de Derecho administrativo, Buenos Aires, 2003, p. II-3.

[92] MUÑOZ MACHADO señala: "…los ciudadanos titulares del derecho originario de la soberanía, no lo ceden totalmente con ocasión de las elecciones legislativas. Retienen, por el contrario, potestades correspondientes a la misma para transferir y legitimar con su participación otras instituciones, estatales o no, locales o supraestatales". Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 97.

[93] Según SUPIOT, El poder, la autoridad y la libertad constituyen las tres bases que dan cuenta de modo más apto para los tiempos modernos. Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 212.

[94] Ídem. La explicación del derecho posmoderno, afirma MUÑOZ MACHADO siguiendo a OST, puede hallarse en el fenómeno de la forma de una red. Es un derecho resultante de la fragmentación del soberano que "es una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede ser un banco de datos". Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *ob. Cit.*, p. 473.

[95] El voto es un derecho y un deber. Ver artículo XXXII de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre.

[96] Ver, Art. 33 y 37 CN y CSJN, "Bussi", sentencia del 13/7/2007, considerando 7°.

pactar, someterse o desvincularse voluntariamente al ordenamiento internacional y a los órganos internacionales[97]. Pero la democracia constitucional actual no admite que una voluntad mayoritaria viole los principios del estado de derecho o derogue los principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos[98].

O dicho de otro modo, el pueblo a través del voto y en ejercicio de la soberanía, no puede obrar ilimitadamente. Los límites vienen dados por ciertas reglas básicas que impone el Estado constitucional.

A su vez, el Estado constitucional densifica los estándares de juridicidad que modulan o condicionan el ejercicio de la soberanía, concepto que se debe ajustar a la luz de dos fenómenos concretos en el ámbito de nuestro país: i) por un lado, la adhesión a un régimen de derecho internacional que se internaliza y jerarquiza constitucionalmente ii) por el otro, la admisión de órganos jurisdiccionales internacionales para que tengan la última palabra en la aplicación de dichas normas internacionales que se incorporan a la constitución (art. 75, inc. 22 CN).

Aclarado esto, a *posteriori* la discusión de la soberanía actual trasunta por determinar hasta qué punto la normativa internacional y los organismos internacionales pueden "regular" o "decidir", cuestiones relativas a los derechos de los ciudadanos en el seno de los estados[99].

En línea con lo expresado con antelación, podemos concluir en que una soberanía absoluta o ilimitada resulta un contrasentido desde un punto de vista jurídico[100] y político. La analogía que se traza entre la soberanía del Estado y la soberanía del individuo, es válida cuando menos para sustentar que en ninguno de los dos planos puede haber libertad absoluta[101]. En ambos cosas deben ser siempre condicionadas[102].

---

[97] La Convención Americana sobre Derechos Humanos afirma la naturaleza "convencional", coadyuvante o complementaria del derecho internacional respecto del derecho interno de los Estados americanos. Ver, Preámbulo, tercer párrafo y Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, considerando segundo, párrafo segundo.

[98] Ver, CSJN, "Bussi", considerando 11°, párrafo tercero.

[99] MUÑOZ MACHADO habla de la mundialización jurídica que pone en juego la soberanía del Estado al limitarla y subordinarla a grandes decisiones internacionales. Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 458.

[100] BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación*, p. 38.

[101] Ver, ibídem, ps. 51-52.

[102] El ejercicio de la soberanía estatal no puede afectar a los derechos de otra Nación, de igual modo que el ejercicio de la libertad individual está condicionada al respeto de los derechos de los otros sujetos, de la comunidad, de las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático. Ver, Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, artículo XXVIII.

Y en esto encontramos el primer aspecto relevante para destacar: tanto la soberanía como la discrecionalidad (independientemente de su conceptualización) no pueden ser nunca entendidas como libertades absolutas (para ampliar ver capítulos V, VI y VII).

En efecto, impedir una concepción de la soberanía absoluta e ilimitada, en esenciatiene por fin evitar que la misma se presente como un caballo de Troya de la arbitrariedad y de los más aberrantes crímenes contra la humanidad. Así, cuando un gobierno de turno obtiene concentración del poder por vía normativa o fáctica, la autodeterminación de los pueblos se ve seriamente condicionada o eliminada en su pleno ejercicio. El principio republicano, la división de poderes, la tutela judicial efectiva, son piezas determinantes para evitar la concentración y el abuso del poder que socavan o destruyen el ejercicio pleno de la soberanía popular.

Por ejemplo, postular que un delito de lesa humanidad es imprescriptible[103], no tiene como objetivo avasallar la soberanía, la autonomía del legislador doméstico y/o barrer con la seguridad jurídica[104]. Implica admitir que el propio Estado al pactar con otros, pretende sustituir ciertas reglas, principios o pautas, con el propósito de juridizar, desinmunizar ciertas atrocidades que, so pretexto –entre otros- del principio de "soberanía ilimitada" pueden vaciar de contenido los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Y esto no es una cuestión de mayorías. Precisamente, los gobiernos que ejercen el poder estatal producto del ejercicio de la soberanía de un sector mayoritario de la población, no pueden invocar esa soberanía para violentar los derechos humanos de las minorías.

Resultan particularmente esclarecedoras las palabras de nuestra Corte Suprema:

> *"Los que hoy se consideran satisfechos porque comparten el criterio de la mayoría, puede ser afectados por esas decisiones cuando cambien las proporciones. La historia enseña que las mayorías pueden tener momentos en que se aparte del buen juicio y del equilibrio, y en tales casos una persona puede ser excluida porque su comportamiento es contrario a la ética republicana. Una idea confusa en manos de una mayoría podría dar lugar a que una persona sea rechazada porque es anarquista, otra porque es socialista, otra porque se opone a un gobierno dictatorial, otra por*

[103] La Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, en su Preámbulo –párrafo séptimo- establece como necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su "aplicación universal".

[104] En el artículo IV de la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, no se aplique a los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

motivos religiosos o de género"[105].

Pero todo este análisis, presupone admitir la vigencia del nuevo paradigma que tiene su epicentro y viga maestra en la dignidad humana y en la igualdad. A partir de 1994 nuestro país adhirió a un sistema de protección internacional de derechos humanos en un plano constitucional[106]. La dignidad humana y la igualdad[107], por tanto, se presentan como las piedras angulares de toda la construcción del paradigma protectorio que emana de los pactos internacionales jerarquizados constitucionalmente[108].

Los derechos esenciales de la persona humana[109], que se derivan del carácter intrínseco del sujeto, se postulan como iguales[110], "inalienables"[111] o de carácter

---

[105] CSJN, "Bussi", sentencia del 13 de julio de 2007, considerando 10°.

[106] Algunos tratados jerarquizados constitucionalmente ponen énfasis en uno de los propósitos de las Naciones Unidas. Esto es, todos los Estados miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, para promover y estimular el respecto universal y "efectivo" de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos Ver, Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, proclamación; Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Preámbulo, considerando segundo; Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, considerando primero.

[107]Diversos tratados con jerarquía constitucional establecen que la libertad, la justicia y la paz son derivaciones directas en inmediatas de la dignidad humana e intrínseca Ver, Declaración Universal de derechos humanos, preámbulo, considerando primero; Pacto internacional de derechos civiles y políticos, preámbulo, considerando primero, párrafo primero y segundo; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, considerando primero; Convención sobre los Derechos del niño, preámbulo, considerando primero con cita de la Carta de las Naciones Unidas. La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación alude a estos principios como inherentes a todos los seres humanos conforme la Carta de las Naciones Unidas. Ver, considerando primero.

[108] Usualmente los tratados aluden a la Carta de las Naciones Unidas. Ver, Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, segundo párrafo de los considerandos y primer párrafo del preámbulo; Declaración universal de derechos humanos, preámbulo, quinto párrafo; Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, considerando primero y quinto; Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, considerando primero, primer y segundo párrafo; Pacto internacional de derechos civiles y políticos, considerando primero, primer y segundo párrafo; Convención americana sobre derechos humanos, preámbulo, tercer párrafo; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, considerando primero; Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, considerando primero, párrafos primero y segundo; Convención sobre los derechos del niño, considerando primero, párrafo primero; Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, tercer párrafo y segundo considerando primer y segundo párrafo.

[109]En ciertos casos, los tratados con jerarquía constitucional pretenden garantizar un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre Ver, Convención interamericana sobre desaparición forzada de persona, tercer párrafo.

[110] Ver, Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, primer párrafo del preámbulo; asimismo. Ver, Preámbulo, considerando primero, Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales; Preámbulo, considerando primeo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; Preámbulo, considerando primero, párrafo primero del Convenio sobre los derechos del niño; considerando primero de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y considerando primero de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;

[111] Ver, considerando primero, párrafo primero de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes y el Preámbulo, considerando primero, párrafo primero del Convenio sobre los derechos del niño.

"inderogable"[112]. Aquí hallamos la nueva esencia de una soberanía que, precisamente, tiene como eje central el principio de no intervención –en el plano internacional- al sujeto "nacional", como presupuesto para el ejercicio de la soberanía[113] –voto- y la vigencia universal de los derechos humanos.

Como afirma la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, las "garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establecen el sistema inicial de protección". Los Estados, además, deben fortalecerlas en el campo internacional[114] a través de la cooperación internacional[115] y la promoción del desarrollo de relaciones amistosas entre naciones[116]/[117].

Es decir, este esquema resulta contrario al que imperaba hasta mediados del siglo XX, en donde el derecho internacional consagraba el derecho de los Estados de recurrir unilateralmente al uso de la fuerza[118].

El nuevo escenario planteado a partir de la segunda mitad del siglo pasado, claramente determinó la necesaria reconstrucción y reconfiguración del poder público en el plano doméstico e internacional. Cuando menos, a partir de aquí es donde se comienza a reclamar con énfasis la "entrega"[119], fragmentación, o transferencia de la soberanía.

En suma: el sistema internacional actualmente no presume, valida, o legitima que de modo exclusivo el Estado tenga a su cargo la última palabra en materia de derechos humanos[120]. Más aún, el propio Estado al pactar voluntariamente con otros Estados, no se somete a un sistema autoritario o "ajeno". Las normas internacionales, como el Pacto de San José de Costa Rica, prevén la participación de los Estados en las decisiones que adopten los órganos internacionales.

---

112 Ver, segunda considerando, primer párrafo de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas.

113 El artículo XXXII de la Declaración Americana de los derechos del hombre establece que "Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que *sea nacional*, cuando esté legalmente capacitada para ello". El destacado no es del original.

114 Ver, Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, considerando, cuarto párrafo.

115 Ver, Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, considerando primero, tercer párrafo y Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, considerando primero.

116 Ver, Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, considerando cuarto.

117 También se requiere la cooperación con la Organización de las Naciones Unidas al respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre Ver, Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, considerando sexto.

118 BARREIROS, Lucas E., *El derecho internacional contemporáneo y el problema de la soberanía. Un intento de reconciliación*, p. 68.

119 Ídem.

120 Entre otros argumentos, estas razones nos llevan a disentir radicalmente con la conclusión a la que arriba el Tribunal Constitucional venezolano en la sentencia de 26 de septiembre de 2011. Esta sentencia, declaró "inejecutable" la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Lopez Mendoza", sentencia de 1 de septiembre de 2011.

Es decir, el Estado conserva una cuota de representatividad en la toma de decisiones y de ahí que no puede sostenerse, al menos de modo absoluto, que se viola la autodeterminación del pueblo en el plano doméstico frente al ejercicio de la competencia de los organismos jurisdiccionales internacionales[121].

En suma, el pueblo soberano voluntariamente incorpora y jerarquiza constitucionalmente[122] un sistema jurídico supranacional de protección y coordinación que presupone un conjunto de Estados que transfieren parcialmente sus poderes soberanos[123]. El impacto reformador del orden jurídico [124] internacional modula las competencias estatales en numerosos ámbitos sociales, económicos, políticos y culturales. Se producen transferencias hacia instancias supra-estatales o extraestatales de gran parte de numerosas funciones [125] , lo que produce la aceptación voluntaria a un esquema normativo supranacional y a órganos jurisdiccionales internacionales[126].

---

[121] Si por soberanía westfaliana entendemos a la organización política fundada en la exclusión de actores externos de las estructuras de autoridad dentro de un territorio dado, entonces el propio Estado admite y voluntariamente erosiona esta concepción. Ello acontece cuando suscribe un instrumento internacional y participa en la escena internacional al componer el propio órgano internacional. Es la "democracia internacional" que no puede ser vista como un "atentando" a la soberanía westfaliana o a cualquier otra clasificación que conciba a la autodeterminación del Estado en el seno de su territorio. Como bien afirma BARREIROS, el derecho internacional de los derechos humanos pasa a ocuparse de una cuestión que tradicionalmente era entendida como perteneciente al ámbito de la jurisdicción interna de los Estados. Ver, BARREIROS, Lucas, E., *ob. Cit*., p. 92.

[122] Nos referimos a los tratados que han sido jerarquizados constitucionalmente luego de la reforma de 1994, a través del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

[123] Ver, ARBUET-VIGNALI, Heber, *Peligrosos prejuicios sobre soberanía,* en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, p. 93.

En el derecho comunitario se da un fenómeno singular. Por lo general, sin mediar una reforma constitucional expresa, el equilibrio de los poderes constitucionales y su ejercicio se transforma a causa de la creciente absorción de atribuciones por las instancias comunitarias. Por tanto, se trata "…de una modificación de las Constituciones no expresada mediante los procedimientos formales de reforma". Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 457.

[124] Esta noción es utilizada en DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*, p. 757.

[125] Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, p. 150.

[126] Una panorama de este fenómeno en el derecho latinoamericano puede verse en ALFONSO, César, *La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del sur*, en Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 63 y ss. En el derecho español, el artículo 93 de la Constitución habilita a las Cortes Generales para la celebración de tratados por los que se atribuye a una organización o institución supranacional el ejercicio de la competencia derivadas de la Constitución. En concreto, España adhirió a los Tratados de París y Roma constitutivos de las Comunidades Europeas. Al respecto, afirma MUÑOZ MACHADO: "Una vez aceptada la incorporación de dichos Tratados, las consecuencias jurídicas de la decisión alcanzan tanto a las mencionadas normas fundamentales como a todo el ordenamiento complejo nacido a partid de las previsiones contenidas en aquéllos". Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 459.

d) La "soberanía compartida" en Argentina.

El artículo 33 de la CN sitúa alprincipio de la soberanía del pueblo y a la forma republicana de gobierno como ejes centrales. Conforme el artículo 37 CN, la "soberanía popular" se vincula con el pleno ejercicio de los derechos políticos. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, luego de 1994 nuestro país ha *democratizadointernacionalmente* la soberanía del Estado, a la vez que ha mantenido -aunque sustancialmente en menor intensidad- la facultad de incidir en ámbito internacional.

Así, los tratados internacionales incorporados a la Constitución nacional a través del artículo 75 inc. 22, tienen *jerarquía constitucional*, *no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución* y *deben entenderse complementarios* de los derechos y garantías por ella reconocidos.

De tal modo, la construcción de la noción de soberanía surge de los siguientes postulados enunciados en los pactos internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional:

i) La *voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público* que se expresa mediante sus representantes a través de elecciones[127];

ii) Los pueblos establecen "libremente"[128] su condición política, su desarrollo económico, social y cultural, *aunque deben respetar las obligaciones que se derivan del derecho internacional*[129];

iii) Los Estados Partes deben *"respetar la libre determinación" de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas* y también deben *adoptar las medidas legislativas (entre otras) para asegurar y lograr progresivamente la efectividad de los derechos*[130]*;*

---

[127]Ver, artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y CSJN, "Bussi Antonio Domingo c/Estado Nacional", sentencia de 13 de julio de 2007, considerando 7°.

[128] Esta noción de libertad no puede ser entendida en sentido de ausencia de parámetros. Es una libertad condicionada al derecho, más precisamente, a los derechos fundamentales.

[129] Ver, artículo 1° del Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales y también artículo 1° del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos. Se aclara no obstante, que los pueblos también se deben ajustar a las obligaciones que se derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. También se destaca que en ningún caso se podrá privar a un pueblo de sus propios medios de subsistencia ni el derecho inherente de todos los pueblos de utilizar y disfrutar de manera plena y libre las riquezas y recursos naturales. Ver, artículo 1 apartados 1 y 2, y artículo 25 del Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Ambos pactos se aprobaron mediante ley 23.313 con reservas, aunque las mismas no son relevantes a los efectos de nuestro estudio.

[130] Se refiere a los derechos reconocidos en el Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 1, apartado 3, artículo 2 apartado 2 y artículo 3) y en el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos (artículo 3).

iv) El Estado, de conformidad con su constitución y con las disposiciones del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, debe *adoptar las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos reconocidos en dicho pacto* mientras no estuviesen garantizados[131];

v) Los estados no pueden restringir o menoscabar los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país a través de sus normas, so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado[132];

De este modo, la competencia de la Corte Interamericana está subordinada a que los Estados Partes hayan reconocido o reconozcan dicha competencia. De forma análoga, el artículo 75 inc. 22 la CN establece que el Estado puede denunciar los tratados a través del Poder Ejecutivo Nacional y previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Por otra parte, y tal como lo apuntamos, los Estados puedan estar representados en los órganos supranacionales que tienen potestades de decidir respecto de ellos. Por tanto, no se produce un condicionamiento total y absoluto de la "soberanía", sino que el Estado conserva una cuota de representatividad e injerencia en las decisiones que luego adopten los organismos supranacionales.

Por caso, el Pacto de San José pretende asegurar la representación de los Estados cuando se encuentran sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana. Así, el artículo 55° del Pacto de San José regula el mecanismo por el cual se pretende asegurar que el Estado parte en un conflicto, pueda tener siempre representatividad por un juez nacional del Estado aún sin ser parte integrante de la CIDH[133].

1) El reconocimiento de la competencia de los órganos internacionales.

Por otra parte, nuestro país ha reconocido y "cedido" la competencia de ciertos órganos supranacionales encargados de velar por el cumplimiento de algunos tratados con jerarquía constitucional. En concreto, se ha sometido voluntariamente a la competencia de los siguientes órganos y de acuerdo a las siguientes pautas:

---

[131] Ver, artículo 2, apartado 2).

[132] Ver, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 5, apartado 2 y Pacto internacional de derechos civiles y políticos, artículo 5° apartado 2.

[133] La descripción del funcionamiento de este sistema se encuentra prevista en los aparatos 1 y ss. del artículo 55 del Pacto de San José.

i) Reconocimiento de competencia al Comité de Derechos Humanos.

A través de la ley 23.313 (art. 2°) se reconoció la competencia del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos;

A. El Comité se compone de 18 miembros que provienen de los Estados partes, los que serán elegidos de forma democrática[134] y no podrá estar compuesto por más de un sujeto nacional de un mismo Estado[135];

B. El Estado reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción del Estado y aleguen ser víctimas de una violación por parte del Estado de los derechos enunciados en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos[136].

2) Reconocimiento y transferencia de la competencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La ley 23.054 ha reconocido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos humanos "por tiempo indefinido" y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre "todos los casos" relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad;

i) La única reserva formulada se vincula con el derecho a propiedad del artículo 21 del Pacto de San José. Así, la reserva se relaciona con dos cuestiones sobre las que no se ha cedido competencia: a) cuestiones inherentes a la "política económica del Gobierno"; b) lo que el Estado decida como causa de "utilidad pública", "interés social" o "indemnización justa"[137];

ii) La Comisión Interamericana se compone de siete miembros que se eligen democráticamente[138] y se renueven cada 4 años; a su vez, no puede estar

[134] Reelegibles por un período y renovables cada 4 años. Además, serán elegidos teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídico (ver, arts. 28 y ss. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

[135] Ver, artículos 28 y ss. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[136] Ver, artículo 1° del Protocolo Facultativo del Pacto.

[137] La reserva hace alusión a los que los "Tribunales nacionales determinen" respecto de estas nociones.

[138] Ver, artículo 80 del Pacto de San José.

compuesta por más de un nacional de un mismo Estado[139];

iii) La Corte Interamericana se compone de siete jueces que se eligen democráticamente[140] y se renuevan cada cuatro años; a su vez, no puede haber dos jueces de la misma nacionalidad en la Corte[141];

3) La interpretación jurisprudencial en el plano internacional y en el derecho interno.

Ahora bien, al interpretar el reconocimiento de la competencia que le otorgan los estados, la CIDH consagró el llamado "control de convencionalidad" en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso c/Perú"[142]. Allí afirmó que:

> "…cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de las leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin".

Y en el caso "Almonacid Arellano" destacó que:

"La Corte es consciente 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 porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En 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. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

Asimismo, sostuvo que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad sino también el control de convencionaldiad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana. Esta doctrina fue reiterada en el caso

[139] Ver, artículos 33 y ss. del Pacto de San José.
[140] Ver, artículo 82 del Pacto de San José.
[141] Ver, artículos 52 y ss. del Pacto de San José.
[142] CIDH, sentencia del 24 de noviembre de 2007.

"Rexcacó Reyes c/Guatemala"[143] y "Boyce y otros vs. Barbados"[144].

Además, en esa línea, en el caso "Cabrera García y Montiel Flores vs. México[145]", la Corte incluyó también como sujetos encargados de ejercer dicho control de convencionalidad, no solo a los jueces sino también "a *los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*"[11], con particular referencia a los tribunales constitucionales que en ciertos ordenamientos son órganos independientes del Poder Judicial.

Posteriormente, en el caso "*Gelman vs. Uruguay*"[146], la Corte completó la ampliación del sujeto destinatario del control expandiéndolo a "toda autoridad pública". Así lo señaló:

> *"(…) particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial"*[13].

i) La posición de la Corte Suprema de Justicia.

Sancionada la reforma constitucional, la CSJN ratifica su línea jurisprudencial en el caso "Giroldi"[147] en donde afirmó que:

"la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

Por su parte,, en el caso "Bramajo"[148], la CSJN avanzó en la individualización de los organismos internacionales de control al incluir expresamente dentro de la jurisprudencia internacional a los informes de la Comisión IDH. Al respecto, estableció que:

---

[143] CIDH, sentencia del 15 de septiembre de 2005.
[144] CIDH, sentencia del 20 de noviembre de 2007. En este caso, la Corte especificó que el control de convencionalidad correspondía realizarlo a "los *tribunales de Barbados, incluso el Comité Judicial del Consejo Privado y ahora la Corte de Justicia del Caribe.*
[145] CIDH, sentencia del 26 de noviembre de 2010.
[146] CIDH, sentencia del 24 de febrero de 2011.
[147] Fallos 311:274.
[148] Fallos 319:1840.

"la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Mazzeo", ha sostenido que la ratificación de un tratado internacional por parte del aparto del Estado (refiriéndose a la Convención Americana) determina la sujeción de los jueces a él como parte del aparto del Estado. La CSJN recepciona así el control de convencionalidad tal cual la formulación brindada por la CIDH en "Almonacid Arellano".

De ahí que están obligados a velar por su cumplimiento sin que las leyes internas contraríen su objeto y fin. Textualmente dijo la Corte:

"En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad[149] *entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo se ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana"*[150].

Anteriormente en fallos como "Arancibia Clavel"[151] y "Simón"[152], habían advertido la obligación por parte del Estado Argentino de seguir las pautas indicadas por la CIDH.

Si bien desde el precedente "Ganadera Los Lagos"[153], la CSJN negó a los jueces la atribución de ejercer el control de constitucionalidad sin petición de parte, la jurisprudencia del Alto Tribunal fue evolucionando con el transcurso del tiempo.Recientemente, en "Mansilla c/ Fortbenton Co. Laboratories S.A."[154]y "Pedraza c/ ANSeS"[155], la Corte ratificó la posibilidad de los jueces de ejercer control constitucional de oficio, sosteniendo

[149] Sobre los alcances del control de convencionalidad, ver, SAGÜES, Néstor, *El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales*, La Ley, -B-761, Buenos Aires, 2009 y TORICELLI, Maximiliano, *Organización constitucional del poder*, T. 1, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 201 - 204.

[150] Ver, CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros/recurso de casación e inconstitucionalidad. Anulación de los indultos", sentencia del 13 de Julio de 2007, fallos 330:3248.

[151] Fallos 327:3312.

[152] Fallos 328:2056.

[153]Fallo 33:162.

[154] Fallo M. 1391. XLVII; 06-03-2014.

[155] Fallo XLIX; 06-05-2014.

en éste último que:

> "El Tribunal ya ha acudido a la declaración de inconstitucionalidad de oficio de las normas atributivas de competencia que excedan los límites constitucionales de sus atribuciones jurisdiccionales, en la medida en que la ausencia de planteamiento de la incompetencia *ratione materiae* por los interesados no puede ser obstáculo para el pronunciamiento de oficio a su respecto" (art. 5º);

e) Soberanía, poder discrecional y margen de apreciación nacional.

Desde un sector de la doctrina, se postula que la "soberanía estatal"*ya no radica en la disponibilidad discrecional del ejercicio de poderes ordenadores dentro de las fronteras de un Estado*[156]. Una teoría de la soberanía[157] compatible con el Estado constitucional y respetuosa de la dignidad humana y la igualdad, debe ajustarse a los principios y valores que informen la democracia constitucional.

Ahora bien, desde cierta óptica, la fragmentación de la soberanía y el consecuente sometimiento a un derecho supranacional, no eliminaría el denominado "margen de apreciación nacional" o la llamada "discrecionalidad nacional"[158]. Se postula, por tanto, que existe una posible deferencia[159] por parte de los órganos jurisdiccionales internacionales, a las autoridades nacionales para cumplir con las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos[160].

---

[156] FERRAJOLI destaca que el no haber fuentes normativas superiores, se generaba una "…libertad salvaje que reproduce en el ámbito de la comunidad internacional el estado de naturaleza sin reglas que se había negado y superado en el ámbito interno precisamente gracias a su institución". Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías*, *La ley del más débil*, p. 135.

[157] FERRAJOLI postula que sostener todavía hoy la noción de soberanía, implica afirmar un "puro artificio teórico" ya que no puede entenderse que el condicionamiento que emana de la Constitución y los límites jurídicos impuestos a los poderes públicos que –según el autor italiano- ya no son soberanos. Ver, ibídem, ps. 147-148. Aquí el autor cita a G. ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999, ps. 12 - 14. Este último autor habla de constitución sin soberano por la pérdida de posición central que caracteriza a los actuales estados constitucionales de derecho. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *ob. Cit*., p. 147, nota 107.

[158] Véase, BARBOSA DELGADO, Francisco, *El Margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p. 43 y ss.

[159] BORJAS MONROY sostiene que: "Las cortes internacionales deberían garantizar a las autoridades nacionales un cierto grado de deferencia y respeto a su discrecionalidad sobre la manera de ejecutar sus obligaciones internacionales. Así, los tribunales internacionales no deberían reemplazar la discreción y la evaluación independiente ejercida por las autoridades nacionales…". Ver, BORJAS MONROY, Alma Corina, *¿Margen o no margen? He ahí el dilema. Sobre el uso de la doctrina del margen de apreciación en los casos venezolanos*, disponible en: www.biblio.juridicas.unam.mx, p. 355.

[160] Véase NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el Thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*, disponible en: www.biblio.juridicas.unam.mx, p. 6.

Aparece así,un margen de libertad a partir de un reconocimiento de la existencia de la voluntad del Estado frente a la interpretación y aplicación de los derechos humanos en el sistema europeo de derechos humanos; en concreto, surge a través de la interpretación del artículo 15 de la CEDH que establece la posibilidad de suspender ciertos derechos en virtud de un peligro público[161].

El margen de apreciación nacional es definido por la doctrina francesa como el margen que se otorga a las autoridades nacionales para decidir en torno a las injerencias dentro de las libertades consagradas por la Comisión Europea de los Derechos Humanos[162]. O también es conceptualizado como la capacidad que tiene la jurisdicción interna de interpretar los derechos humanos[163].

Según ciertos autores, el margen de apreciación nacional se concede a los estados a los fines de que puedan: i) apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia; ii) limitar el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con el objeto de resguardar otros derecho o los intereses de la comunidad, iii) definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que éstos de desarrollan en el ordenamiento interno, iv) definir el sentido del derecho nacional o justificar diferentes modos de entendimiento de los derechos [164] y v) precisar el modo en que se cumplirá una resolución de un órgano internacional de supervisión de un tratado[165].

Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recurrido numerosas veces a la doctrina del "margen nacional de apreciación"[166], la Corte Interamericana de Derechos Humanos no la ha desarrollado de modo profuso, no obstante la ha utilizado en algunos

---

[161] Así, en el caso de la escuela lingüística belga contra Bélgica en el año 1968, el TEDH indicó que la CEDH tenía un carácter subsidiario frente a la acción del Estado producto de su voluntad. En ese caso, el TEDH recordó que existen aspectos de la vida social en los cuales "las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención". Ver, sentencia del 23 de julio de 1968, p. 10 en http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr y BARBOSA DELGADO, Francisco, *El Margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión*, p. 47.

[162] CALLEWART, J., *La subsidiarité dans l´Europe des droits de l´homme: La dimensión substantielle, en L´Europe de la subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 52, citado en BARBOSA DELGADO, Francisco*, ob. Cit.*, p. 44. Según este último autor, el ámbito constitucional ha utilizado la noción de margen de apreciación o margen de acción para explicar los niveles de interpretación que tienen las instancias del Estado frente a los derechos fundamentales. BARBOSA DELGADO, Francisco*, ob. Cit.*, p. 45.

[163] BARBOSA DELGADO, Francisco, *ob. Cit.*, p. 47.

[164] BORJAS MONROY, Alma Corina, *¿Margen o no margen*? *He ahí el dilema. Sobre el uso de la doctrina del margen de apreciación en los casos venezolanos*, p. 377.

[165] Véase NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el Thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*, p. 6.

[166] Véase BARBOSA DELGADO, Francisco, *El Margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión*, ps. 48 - 49 y véase NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *ob. Cit.*, p. 7 y ss.

fallos[167]. Por ejemplo, en el caso "Herrera Ulloa", respecto del recurso previsto en el artículo 8.2 de la Comisión Americana de Derechos Humanos, señaló que "…si bien los Estados tienen un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo"[168].

Es decir que, frente a la dificultad de precisar o aplicar ciertos derechos, los tribunales internacionales *en algunos casos*, conceden cierta deferencia hacia las autoridades nacionales. Aquí es donde se ubicaría la discrecionalidad nacional que puede ser entendida como un margen dentro de los límites normativos por el derecho interno y el derecho internacional.

En este contexto, se afirma que la discrecionalidad estatal[169] viene dada por la existencia de "normas abiertas" que proveen una limitada guía de conducta y preservan una significativa zona de legalidad dentro de la cual los Estados son libres de operar: "…diferentes autoridades nacionales, en distintos Estados, podrían posiblemente alcanzar decisiones diferentes, aunque legales, en lo que se refiere a la aplicación de la misma norma internacional"[170]

En suma, el margen de apreciación nacional implica que, en ciertos supuestos, la última palabra la tiene el estado doméstico y no el juez internacional. Margen de apreciación nacional, discrecionalidad administrativa y cuestiones políticas son fenómenos que se encuentran estrechamente ligados[171].

Precisamente, se postula que el tribunal internacional debe autolimitarse si la solución adoptada tiene la razonable apariencia del buen derecho en vez de "…sustituir al

---

[167] Entre muchos otros, ver Álvarez Giraldo c/ Colombia, 4 de mayo de 1999 (admisibilidad), párr. 2, Sánchez Villabos y otros c/ Costa Rica, 11 de marzo de 2004 (admisibilidad); Chávez Cambronero c/ Costa Rica, 12 de octubre de 2005 (admisibilidad) y Efraín Montt c/Guatemala, 12 de octubre de 1993, párr. 24. Ver además NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *ob. Cit.,* p. 13 y ss.

[168] Ver, CIDH, Caso Herrera Ulloa, sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 161.

[169] Según BORJAS MONROY "…el margen de apreciación entraña tanto una cierta discrecionalidad de los Estados como una regla de decisión o, mejor aún, de no decisión…" BORJAS MONROY, Alma Corina, *¿Margen o no margen? He ahí el dilema. Sobre el uso de la doctrina del margen de apreciación en los casos venezolanos*, p. 356.

[170] Ídem.

[171] Textualmente sostiene NÚÑEZ POBLETE: "…para nadie es un misterio que la doctrina del margen de apreciación se encuentra emparentada a aquellos principios judiciales que impiden la revisión judicial de la actividad administrativa discrecional. Como es bien conocido, estas formas de autocontención se sustentan en la inconveniencia de la sustitución de las funciones gubernativas o legislativas de parte de los órganos jurisdiccionales, del mismo modo en que la doctrina norteamericana de las *political questions* explica la deferencia judicial en los procedimientos propios del *judicial review*. Este deber de deferencia parece ser propio de la función jurisdiccional…". NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el Thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos,* p. 41.

Estado demandado con sus propios puntos de vista"[172].

f) Conclusiones preliminares.

El bloque de juridicidad que se impone como "soberano"[173] desde el plano interno e internacional[174], y el rol preponderante de la eficiencia y eficacia como estándares globales, pretenden situarse –entre otras- como las premisas hegemónicas que tienden a tornar efectivos los derechos fundamentales.

Es esta una conclusión central que nos servirá de base para establecer un marco adecuado en el análisis de la discrecionalidad. Precisamente, se trata de establecer un marco teórico que favorezca la realización efectiva de los derechos.

Los parámetros universales, las normas técnicas, de calidad, y los procedimientos estándares, constituyen las piezas centrales de un sistema que se legitima sobre la base de su existencia y aplicación. La eficiencia y eficacia en los procedimientos y procesos presupone (*iuris tantum*) la concreción y efectividad de los derechos fundamentales.

Sobre este escenario, *ha comenzado a virar el foco de atención respecto de quién detenta el poder y acerca de quién tiene la facultad para ejercer tal o cual potestad. Todas las miradas están puestas sobre la eficacia, eficiencia, razonabilidad y racionalidad en los procesos y en los procedimientos previstos para la protección, tutela y concreción de los derechos fundamentales*. Mientras estas premisas se respeten, aquello se sitúa en un segundo plano.

El concepto de soberanía no puede estar disociado de los derechos humanos. Debe ser una "*soberanía de los derechos humanos"*. Los derechos reconocidos por las constituciones y los tratados internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos. Y para ello se ha previsto la participación subsidiaria, coadyuvante y complementaria[175]de órganos judiciales supranacionales.

En definitiva, actualmente lo que en sentido clásico se conoce como Estado-nación, no puede sustraerse al influjo de la conformación de poderes o espacios jurídicos

---

[172] BORJAS MONROY, Alma Corina, *ob. Cit*., p. 356.

[173] VANOSI y DALLA VIA entienden que el derecho comunitario se caracteriza por su supremacía. Sus normas soberanas determinan que todas las demás (internas y externas) se ajusten a él. Ver, VANOSSI, Jorge Reinaldo A. - DALLA VIA, Alberto Ricardo, *Régimen constitucional de los tratados*, 2° Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps 363 - 364.

[174] A tal punto se sostiene la integración internacional que FERRAJOLI, por ejemplo, postula la consagración de un constitucionalismo mundial ya formalmente instaurado a través de las convenciones internacionales. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, p. 119. En Alemania también se postula que en el Estado de derecho moderno el fenómeno de "constitucionalización del orden jurídico" determina que la Ley constitucional se presenta como sujeto activo que se abre hacia el exterior para así acoplarse con los estándares del derecho internacional. Ver, HERDEGEN, Matthias, *La internalización del orden constitucional,* enAnuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, T. 10, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 72.

[175] Ver, CIDH, Caso Perozo y otros c/Venezuela, sentencia del 28 de enero de 2009, párr. 64.

universales vinculantes. Se pretende consolidar el nuevo paradigma sobre el que HÄBERLE ha puesto con razón su atención: el Estado constitucional universal y la "Constitución para todos y de todos"[176].

B) DIVISIÓN DE PODERES Y ESTADO CONSTITUCIONAL

§3. El principio de división de poderes.

a) Aproximación conceptual.

A la noción de soberanía, debemos agregar el abordaje en torno al principio de separación de poderes que resulta determinante a la hora de comprender el fenómeno de la discrecionalidad.

La llamada "división de poderes" es una expresión polisémica[177] que por lo general aglutina los siguientes elementos: el poder, su separación, su equilibrio, a través de controles mutuos, los órganos, y las funciones o potestades que ejercen los tres principales "poderes" -entendidos como órganos- del Estado.

Entre otros argumentos, decidimos mantener la utilización del término "división de poderes", básicamente por cuestiones de identificación y habida cuenta que se presenta como una "idea fuerza"[178]. Ello no obstante, a nuestro juicio es pertinente precisar el contenido de la fórmula en los términos que enunciamos a continuación[179].

Veamos.

La expresión "división de poderes" asume, cuando menos, dos significados distintos: **i)** en el sentido de "*división entre poderes*" y **ii)** relativa a la "*división del poder*". En ambos significados, los términos "división" y "poder" son utilizados de modo diverso.

La "división *entre* poderes" utiliza la noción "división" como "separación", y el término "poderes", se refiere a las funciones distintas atribuidas a órganos distintos.

---

[176] Ver, HÄBERLE, Peter, *La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta*, p. 607. El célebre autor alemán se refiere al paradigma de la "sociedad abierta de los intérpretes constitucionales". Ibídem.

[177] Este término referido a la polisemia, se vincula con la pluralidad de significados en el plano lingüístico.

[178] Ver, BARRA, Rodolfo, C., *La resolución judicial de los denominados conflictos de los poderes*, Temas de Derecho Público, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 143, nota nº 3.

[179] Seguimos en este aspecto a FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, T. 1, p. 817 y ss.

La "división *del* poder"[180] utiliza la locución "división" como "distribución" y la palabra "poder", alude a la asignación de una determinada función a un órgano. En este supuesto el poder se "distribuye" entre tres órganos que ejercen tres funciones esenciales (legislativa, administrativa, judicial o jurisdiccional).

Ambas nociones "división *entre* poderes" y "división *del* poder", tienen como correlato, o bien responden a dos doctrinas diversas: **i)** la doctrina de la separación de los poderes (*división entre poderes*) y **ii)** la teoría de los frenos y contrapesos -check and balances- (*división del poder*).

En la doctrina moderna, la noción "división de poderes" por lo general suele integrar ambas categorías. En general se alude a la "separación" en el sentido de la concepción clásica de MONTESQUIEU [181] y, al mismo tiempo, se reconoce que la organización del poder determina coordinación y equilibrio.

Recapitulemos y sentemos el punto de partida en nuestra definición.

En las constituciones modernas, la división de poderes suele presentarse de modo implícito[182] bajo la forma de normas de competencia mediante las que los poderes públicos son, por una parte atribuidos y, por otra, distribuidos[183].

En un *sentido amplio*, la "división de poderes" se compone de una red compleja de divisiones (distribuciones) y separaciones, de interacciones e incompatibilidades, de vínculos y de recíprocas dependencias, independencias e interdependencias[184].

En un *sentido restringido*, la llamada "separación de poderes" (la "división del poder") es determina ciertas incompatibilidades y puede ser -cuando menos- de dos tipos: orgánica y funcional. En ambos casos, se pretende diferenciar planos institucionales y, fundamentalmente, núcleos esenciales funcionales, no disponibles frente a los otros órganos[185].

Lineamientos fundamentales de la formulación histórica de la división de poderes.

La magnitud sideral de los estados, la red de poderes[186], su articulación global, y la

[180] FERRAJOLI define a la división del poder como una norma competencial que distribuye entre varios órganos y funcionarios la competencia para las mismas funciones institucionales. Ibídem, p. 818.
[181] Ibídem, p. 823.
[182] Nuestra constitución nacional no habla de división o separación de poderes de modo expreso.
[183] Ver, FERRAJOLI, Luigi, *ob. Cit.*, p. 816.
[184] Ver, ibídem, p. 844.
[185] FERRAJOLI alude a la incompatibilidad de unas funciones con otras en manos de un mismo sujeto. Ver, ibídem, ps. 819-820.
[186] Se habla de poderes estatales, supraestatales, infraestatales, regionales, entre otros. Ver, ibídem, p. 823.

configuración de una multiplicidad de órganos[187] y plexos normativos internos y externos, constituyen fenómenos contemporáneos que han modelado profundamente la clásica doctrina de la "división de poderes".

Principalmente, en lo que se refiere a una de sus principales esencias; esto es, el esquema histórico que se orientó a establecer el ejercicio de una sola función respecto de un "poder". Aun cuando ello no pudo ser implementado de modo tajante en la historia constitucional moderna, la ecuación ha variado en forma drástica[188].

Desde hace tiempo que el sistema valida sin mayor dificultad que los tres órganos principales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), ejerzan las tres funciones desde un punto de vista material. De ahí que necesariamente tenga que variar el factor que equilibre los "poderes" (potestades, funciones, competencias) ejercidos por cada uno.

O dicho de otro modo, aún cuando subsiste el eje principal que determina que ciertas funciones –más precisamente un núcleo esencial[189]- sólo pueden ser asumidas por un solo órgano, el propio sistema tiende a fragmentar, eliminar y/o a morigerar la exclusividad absoluta en todo o en parte de la facultad de decidir.

En los estados modernos, resulta difícil hallar un acto o decisión que de modo absoluto sea "privativa" y ajena a todo otro "poder" u órgano de control.

Sobre esta plataforma, el nuevo paradigma si bien se ocupa de reglar "quién" ejerce tal o cual función, se ocupa aún más de afianzar el "cómo". En las "formas" del ejercicio de las funciones o potestades es donde pretende situarse el epicentro del Estado constitucional.

En definitiva, el nuevo escenario pretende asegurar la "interconexión de los ordenamientos jurídicos"[190], a través de la utilización de reglas y técnicas universalmente aceptadas. A partir de esta plataforma se busca asegurar de modo eficiente y eficaz la tutela de los derechos fundamentales. Son éstas las variables que tornan accesorio o secundario -aunque no lo elimina- el aspecto orgánico o subjetivo de las funciones del Estado[191].

---

[187] En Alemania se habla de "Redes de autoridades nacionales y supranacionales", Ver, RUFFERT, Matthias, *De la europeización del derecho administrativo a la unión administrativa europea*, en VELASCO CABALLERO, Francisco – SCHNEIDER, Jens Peter, *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 92 y ss.

[188] Adviértase que el nuevo paradigma modificó la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, p. 31. Agregamos que el nuevo paradigma también ha modificado sustancialmente la relación entre el juez y el Ejecutivo/Administración.

[189] BALBÍN afirma que cada poder conserva un "cúmulo de competencias materiales propias de cada poder de alcance exclusivo y excluyente". Ese núcleo, afirma el tratadista, es "indelegable en el armado del esquema institucional". Ver, BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho administrativo*, T. I. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 54.

[190] Desde un sector de la doctrina española, esta expresión constituye un tema central en los problemas jurídicos de nuestro tiempo, ya que pretende analizar la incidencia de reglas o soluciones ajenas o lejanas a dichos problemas. Ver, RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín, *La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración*, en MONTORO CHINER, María Jesús, *La Justicia Administrativa*, libro Homenaje a ENTRENA CUESTA, Rafael, Atelier, Barcelona, 2003, p. 29.

[191] Aunque la tendencia moderna utilice este criterio como factor clave de atribución de competencia de los

Para una mejor comprensión de nuestro cometido, hemos decidido exponer, en una síntesis extrema, los puntos centrales en torno a la llamada "división de poderes" a partir del constitucionalismo moderno.

1) El aspecto teleológico del principio de división de poderes.

El principio de la "división de poderes" -en sentido amplio- ha demostrado su utilidad en el ámbito mundial[192]. El constitucionalismo moderno asoció la "separación de poderes", con dos cuestiones esenciales que están estrechamente vinculadas: **i)** la búsqueda de los límites o el control del poder estatal (que pretende prevenir el gobierno tiránico) y **ii)** la defensa de la libertad individual.

Estos objetivos han sido descriptos como los dos fines materiales de la doctrina. Uno "objetivo" determinado por el control recíproco entre los poderes. Otro "subjetivo" que se refiere a la protección y a la defensa de la libertad y los derechos individuales.

Por lo general, la preocupación por el contorno que asumió la doctrina de la separación de poderes puede ser esquematizada bajo los siguientes interrogantes: **i)** ¿cómo controlar al poder para contener su natural tendencia a su abuso? y **ii)** ¿cómo puede controlarse el ejercicio del poder sin destruir la armonía en el sistema de gobierno?

2) Entrelazamiento de doctrinas. Imposibilidad de aplicar el principio de separación de poderes en términos absolutos.

La llamada "división de poderes" en sentido amplio presenta en su seno una combinación de dos doctrinas. Por un lado, la doctrina de la separación de poderes y, por otro, la doctrina de los frenos y contrapesos. Entre ambas suelen formar la llamada "división de poderes" que en un sentido clásico se erige como un principio del Estado constitucional moderno que pretende asegurar un ejercicio equilibrado y funcionalmente adecuado del poder público por los órganos más idóneos al efecto[193].

En cada país la problemática de la "división de poderes" ha discurrido por encontrar un balance entre dos extremos: por un lado, la versión rígida de la separación de

jueces contencioso administrativos.

[192] Ver, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *La división de poderes como principio de ordenamiento*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 13° año, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007, p. 223.

[193] Ver, BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa,* Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 230 y doctrina alemana citada en nota 30.

poderes que determina la exclusividad en el reparto de funciones. Esta formulación radical no ha podido ser aplicada estrictamente en la práctica.

Por otro, la admisión de que los principales órganos del Estado ejerzan, desde el plano material, ciertas funciones asignadas a los otros dos órganos principales. Entre ambos escenarios se desarrollan, con diversos matices, las llamadas cuestiones políticas no justiciables y las parcelas o fragmentos -aunque mínimos- de la actividad administrativa inmune al control jurisdiccional[194].

En una síntesis radical, podríamos afirmar que a partir del constitucionalismo moderno, uno de los grandes desafíos de la organización del poder estatal, ha sido el rol que tienen que cumplir los poderes legislativo y judicial en la definición y el control de las potestades que corresponden al Ejecutivo/ Administración en el marco de la división de poderes[195].

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, coinciden en que *no puede existir confusión de poderes en términos absolutos*. Debe mantenerse un núcleo o zona en la cual cada órgano posea un ámbito propio de actuación tanto en el plano institucional como en el funcional[196]. Aquí es donde se suele encontrar el fundamento para la admisión de la deferencia norteamericana, la teoría de la esencialidad alemana, los llamados actos de gobierno o políticos de la doctrina francesa, y las cuestiones políticas en nuestro país.

En suma, el punto cardinal en el análisis de la doctrina de la separación de poderes, no radica en una posible admisión – cuando menos de modo mayoritario – en cuanto a la existencia de una zona o una porción de un acto o actividad exenta de todo control. Esta problemática ha sido superada. Hoy en día, el foco trasunta por determinar la *factibilidad,la extensión e intensidad del control jurídico.*

3) Matices del principio de división de poderes según el modelo de organización político-jurídico del Estado.

La doctrina de la separación de poderes, desde un punto de vista clásico, adquiere matices diferenciales si se tiene en consideración las siguientes cuestiones esenciales: **i)** que se constituya un sistema presidencialista o parlamentarista; **ii)** que se instaure un sistema

[194] Las cuestiones no justiciables, la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados constituyen categorías en las que se suele configurar fragmentos o espacios en los cuales el juez contencioso administrativo no puede equilibrar los bienes concurrentes y de ahí que se postule su irreversibilidad judicial.

[195] En consonancia, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 518.

[196] La verdadera y auténtica discusión se relaciona con los límites y la extensión de estas zonas o núcleos.

judicialista -puro o mixto- o un sistema de control tipo francés, y **iii)** que el control de constitucionalidad sea difuso o concentrado.

Alguno y/o todos estos fenómenos perfilan la separación de poderes de forma tal que, por ejemplo, frente a un control de constitucionalidad difuso como el nuestro, asume otra relevancia -menor a nuestro juicio- la distinción entre Gobierno y Administración.

En efecto, este binomioha fundamentado, directa o indirectamente, dos planos de obrar. En uno, se sitúan "poderes" (funciones) que se suelen denominar "principales, esenciales, sustanciales y autónomos".

Ellos generalmente responden a una atribución constitucional expresa, no requieren habilitación legislativa y emanan de la cabeza de los tres órganos principales. En este plano, el avance del derecho se ha configurado con menor intensidad aunque en los últimos 30 años la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables tiende a replegarse cada vez más.

En un plano infra constitucional se desarrollan otros "poderes", funciones instrumentales, secundarias o inferiores. En el plano del Poder Ejecutivo, éstos se cristalizarían a nivel de los cuadros de la Administración Pública. Aquí es donde se ha producido el mayor avance de la juridicidad en el obrar. El reconocimiento de ambos planos suele venir precedido por la escisión entre Gobierno y Administración[197].

4) La separación de poderes en el diseño histórico constitucional argentino.

La constitución de 1853/60 consagró un sistema republicano [198], federal [199],

---

[197] Según LUHMANN, "La función más importante de esta separación entre política y administración pública quizás consiste en que la administración asegura la independencia de decisiones frente al público". Ver, LUHMANN, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política,* p. 259.

[198] SPOTA entiende que nuestro sistema cuenta con dos fases coexistentes. La primera consiste en desguazar el poder político en tres porciones complementarias, exclusivas y diferentes, y asignar con claridad y precisión el ejercicio de cada una de ellas en tres cuerpos diferentes. En la etapa restante, procura la supervivencia del sistema y por ello reviste a cada uno de esos poderes de la potestad de controlar a los otros en caso de que se extralimiten de su campo privativo y exclusivo de acción. Sobre esta base concluye: "El modelo republicano es el más fecundo logro del encuentro habido entre la escuela del Derecho Natural y la teoría de la razonalización y materialización del poder político. Esta convergencia (…) plasmada con alto cerito por los firmantes de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1787 al referir en su artículo 16 que: <<Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución>>, hace a la esencia misma del sistema constitucional". Ver, SPOTA, Alberto Antonio (h), *Método cartesiano iusnaturalismo y sistema republicano de Gobierno*, Boletín Informativo, Asociación Argentina de derecho constitucional, Año XVII, n° 181, Mayo, 2001, p. 13.

[199] Ver, BIANCHI, Alberto, *Bases constitucionales del derecho administrativo,* en Revista de Derecho Administrativo, Año 20,Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 1102. Un completo y agudo análisis del Federalismo y también sobre la evolución en los Estados Unidos, se puede apreciar en LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2° Ed., traducción y estudio de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, Editorial Ariel, Barcelona, 1976, p. 357 y ss. Este autor destaca que, en Estados Unidos, Suiza, Autralia, Argentina y Brasil, desarrollaron una representación en la cámara alta que es igual para todos los Estados miembros, independiente de su extensión e importancia. Ibídem, p. 358. Asimismo, resulta de imprescindible lectura la

liberal[200]presidencialista[201]/[202], bicameralista[203] y previó el juzgamiento del poder ejecutivo por el Poder Judicial[204].

A su vez, como bien afirma TRISTAN BOSCH, reflejó la concepción más exacta del principio de la separación de poderes[205] de MONTESQUIEU[206], que además se instauró con rasgos típicos[207] del constitucionalismo estadounidense[208]/[209] y de ahí la nítida influencia de la doctrina de los frenos y contrapesos[210] o "*check and balances*"[211].

---

obra de SCHWARTZ, Bernard, *El federalismo norteamericano actual,* Civitas, Madrid, 1984. En nuestro país, ABERASTURY ha destacado la vigencia del federalismo en nuestro sistema procesal administrativo. Ver, ABERASTURY Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 18 - 22.

200 Ver por todos, DIAMANT, Jorge - LEWINGER, Jorge. O - PIRIZ, Luis J., *De la reforma universitaria a la Revolución Nacional*, Editorial Nueva Generación, Buenos Aires, 1966, p. 40. La doctrina francesa señala que "En la teoría del Estado liberal, la administración es un instrumento de ejecución al servicio del poder político, situado en un estatuto de doble subordinación. Subordinación jurídica en primer lugar. El ordenamiento jurídico está dominado, en los regímenes liberales, por el principio de legalidad: el poder normativo inicial pertenece tan sólo al parlamento, detentador de la soberanía nacional; como el conjunto del ejecutivo, la administración tiene por función asegurar la aplicación de las leyes tomando las medidas materiales y jurídicas necesarias (…) Esta sujeción está garantizada por el control de los tribunales como aval: se trata, por un examen a posteriori, de verificar que la administración ha actuado conforme a las leyes…". Ver, CHEVALLIER, Jacques - LOSCHAK, Daniele, *La Ciencia Administrativa*, INAP-EFE, México, 1983, p. 73.

201BIANCHI, Alberto, *Constitución y Administración (Una relación sustancial, compleja y difícil),* p. 75. Desde cierto sector de la doctrina española, se sostiene que, en un régimen presidencial, el predominio sobre la Administración pública se lo disputan el ejecutivo y el legislativo. Ver, TORNÉ JIMÉNEZ, José, *El derecho administrativo entre la sociología y la dogmática*, Universidad de Granada, 1978, p. 47.

202 Como agudamente lo pone de relieve GONZALEZ MORAS, el presidencialismo es una técnica funcionalista, de aplicación de la teoría de la división de poderes o funciones del Estado. Decir presidencialismo, afirma con acierto, no implica de por sí la existencia de una situación de supremacía del órgano ejecutivo por sobre los demás poderes. Ver, GONZALES MORAS, Juan M., *Presidencialismo argentino y legados de la reforma constitucional de 1994 (sobre la potestad reglamentaria del poder ejecutivo)*, Actualidad en el derecho público, N° 8, Septiembre-Diciembre, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, ps. 160 - 161. Asimismo, el autor afirma que en el sistema presidencialista, el equilibrio y el control del ejercicio del Poder sólo podrá nacer de una estricta correlación de potestades excluyentes (y exclusivas) entre los poderes. Ibídem, p. 165.

203 BIANCHI, Alberto, *Bases constitucionales del derecho administrativo*, ps. 1103 - 1104.

204 Ver, TRISTÁN BOSCH, Jorge, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, ZAVALIA, Buenos Aires, 1951, p. 45 y ss. y BIANCHI, Alberto, *Bases constitucionales del derecho administrativo*, p. 1103 y el mismo autor en: *"Declinación y caída del control judicial de la administración pública",* Suplemento Extraordinario de derecho Administrativo, 75° Aniversario, La Ley, Buenos Aires, Agosto, 2010, p. 10. En este reciente estudio, el autor entiende que, por un lado, la Corte Suprema y los jueces federales tienen a su cargo el control de la actividad administrativa, como una competencia más de las que les asigna el artículo 116 y, por otro, se prohíbe al Poder Ejecutivo arrogarse el conocimiento de casos que tramitan ante el Poder judicial y tampoco se pueden restablecer los que estén allí finalizados (artículo 109). Ídem.

205 BIANCHI, Alberto, *Bases constitucionales del derecho administrativo*, p. 1103. Para este autor, la concepción de una separación formal de los tres poderes, constituye una de las semejanzas más importantes entre el sistema constitucional de los Estados Unidos y el de nuestro país.

206TRISTÁN BOSCH, Jorge, *Ensayo sobre la separación de poderes*, en Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1944, p. 170.

207 Para advertir los matices de esta interpretación, véase: CASSAGNE, Juan Carlos, *Fuentes de la Justicia Administrativa en América,* en *Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 27 - 48; *La potestad reglamentaria en la Constitución de 1853 y su evolución posterior tras la reforma constitucional de 1994*, en BOULLAUDE, Gustavo (director), *Fuentes de Derecho administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, ps. 79 - 90; y, el mismo autor, en *El principio de legalidad y el control judicial de la actividad administrativa*, 1° Ed., Marcial

Pons, Buenos Aires, 2009, p. 57 y ss.

[208] Ver, entre muchos otros estudios, TRISTÁN BOSCH, Jorge, *Ensayo sobre la separación de poderes*, p. 170 y, el mismo autor en: *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, ps. 42 - 44; MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la administración pública,*Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1984*,* p. 107; TAWIL, Guido Santiago, *Administración y justicia*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 483 y SPOTA, Alberto Antonio (h), *Método cartesiano iusnaturalismo y sistema republicano de Gobierno*, p. 9. Como añadidura, TRISTÁN BOSCH agrega que en nuestro país, la concurrencia o cooperación entre los poderes, legislativo y ejecutivo fue teóricamente mejor concebida que los constituyentes norteamericanos en lo que atañe a la formación y sanción de leyes. Ver, TRISTÁN BOSCH, Jorge, *Ensayo sobre la separación de poderes*, p. 170 y nota nº 238, con cita de GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, T. III, vol. 3, 3º Ed., Lajouane, Buenos Aires, 1930-1931, párr. 1044 - 1052, ps. 5 - 14. Como bien afirma BIANCHI: "Nadie podría negar que la estructura básica de nuestro sistema constitucional fue tomada de la Constitución de los Estados Unidos", ver, BIANCHI, Alberto, *Bases constitucionales del derecho administrativo*, p. 1101. En similar sentido, Ver, BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Derecho procesal administrativo*, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 185 y el mismo autor en *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, en Estudios de derecho administrativo, X, El proceso administrativo en la República Argentina, Dike, Mendoza, 2004, ps. 71 - 72. El mismo autor, refiriéndose a la Constitución de 1853, argumenta que (hasta la que se hallaba vigente en 1994) la misma tenía dos ejes centrales. El primero, un modelo presidencial de los Estados Unidos y, el segundo, su deformación que se concretó por intermedio del caudillismo latinoamericano. Ver, BIANCHI, Alberto, *Constitución y Administración (Una relación sustancial, compleja y difícil)*, p. 75. En la lectura de BARRA, "…uno de los más geniales hallazgos de los constituyentes de Filadelfia –y de los nuestros, en la Constitución de 1853- ha sido, sin duda, la estructuración funcional del Gobierno como expresión del sistema de división de poderes. La originalidad norteamericana consiste, pensamos, en dos notas principales: a) la definición del "sistema-división de poderes" dentro de un cuerpo integral, la Constitución, la cual se identificó como un cuerpo normativo de suprema jerarquía vinculante, lo que importó considerar aquel "sistema-división de Poderes" como obligatorio y su correcto funcionamiento como un condicionante de la validez de los actos de Gobierno; b) (…) precisamente, los "conflictos" entre los "Poderes" constituyen una alternativa o circunstancia propia del funcionamiento del mismo sistema…". BARRA, Rodolfo, C., *La resolución judicial de los denominados conflictos de los poderes*, ps. 142 - 143. Según LUQUI, nuestra Constitución Nacional siguió a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. Textualmente afirma: "El sistema constitucional argentino nada tiene que ver con el implantado en Francia. Sigue en sus lineamientos generales al de los Estados Unidos de América". Ver, LUQUI, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa – Juicios contenciosoadministrativos*, T. 1, Astrea, Buenos Aires, 2005, ps. 44 y 47- 49. Esta concepción, como se ha puesto de relieve al pasar revista por el Derecho francés, resultaría contraria a lo que afirmaba HAURIOU en cuanto a que la Constitución americana de 1787 y la francesa del 3 de septiembre de 1791, representaban una concepción rígida de la separación de los poderes. Ver, HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, traducción de la cuarta edición francesa por GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio, Ediciones Ariel, España, 1971, p. 239.

[209] Las "grandes diferencias" entre el derecho constitucional de los Estados Unidos y el derecho constitucional argentino, han sido destacadas por BIANCHI. Así, el autor resalta las siguientes divergencias sustanciales: a) la cláusula sobre la cuestión religiosa; b) la uniformidad de la legislación de fondo (art. 75, inc. 12) que marca un sistema federal más moderado en argentina; c) la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y d) la cuestión relativa a la demandabilidad de las provincias ante la Corte Suprema y los tribunales federales. A diferencia de los Estados Unidos (Enmienda Undécima) nuestro sistema no inhibió a la Corte Suprema y a los tribunales federales de intervenir en demandas contra los estados. Ver, BIANCHI, Alberto, *Bases constitucionales del derecho administrativo*, ps. 1.105 - 1.111.

[210] Uno de los más grandes constitucionalistas de nuestro tiempo, ha sostenido que la misma teoría de la división de poderes, ha sido calificada como un sistema de frenos y contrapesos que tiene como fin último custodiar y garantizar la libertad y los derechos de los individuos frente al poder. Ver, BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho constitucional del poder*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 30. Se suele caracterizar al sistema de frenos y contrapesos con los siguientes controles e influencias recíprocas: el derecho a veto del Poder ejecutivo sobre el Congreso, la remoción del presidente a través de un juicio político, la designación de jueces por el presidente y la revisión constitucional de los actos (aunque esta atribución no es explícita). Ver, GARCÍA- MANSILLA, Manuel José - RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las fuentes de la Constitución Nacional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 32. No obstante, no debe perderse de vista que ALBERDI se ocupó de referenciar expresamente la Constitución de Chile de 1833. Actualmente, GORDILLO señala que el sistema de frenos y contrapesos ha sido profundizado con la reforma de 1994, creando diversos órganos existentes y creando nuevos mecanismos y formas de control. Ver, GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte general, T. I, 8º Ed., Fundación de Derecho administrativo, Buenos Aires, 2003, p. III-6. Luego de la referida reforma, se han incorporado diferentes disposiciones relativas a la Auditoría General

Además, la separación de poderes no fue absoluta[212] sino relativa[213] o parcial[214], previendo un poder ejecutivo fuerte[215] / [216], sometido a la ley[217], y con potestades

(artículo 85), al Defensor del Pueblo (artículo 86) y el Ministerio Público (artículo 120). Ver al respecto, de modo sintético, LOÑ, Félix R., *Enfoque sistémico de la división de poderes después de la reforma constitucional de 1994*, La Ley, T. 1998-B, ps. 1.115 - 1.121. Por último, tampoco debe perderse de vista la incorporación de ciertos elementos de cuño europeo-continental, tales como el Jefe de Gabinete de Ministros o el Consejo de la Magistratura, además de la consagración de entes reguladores copiando al sistema norteamericano. Ver, BIANCHI, Alberto*, El control judicial de la Administración Pública*, p. 186.

[211] En la tesis de BARRA, esta concepción estaba presente en nuestros padres fundadores y, a su vez, representa un principio sustancialmente funcional propio del dinamismo del sistema. "Expresa la armonía en la 'división de poderes'. Ésta es una división por separación y compensación a la vez, realizada por un juego de "controles", equilibrios y limitaciones mutuas". BARRA, Rodolfo, C., *La resolución judicial de los denominados conflictos de los poderes*, ps. 144 - 145. En consonancia, LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, 2º reimpresión, Astrea, 2007, p. 84; GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Parte general, T. I, 9º Ed., p. III-3 y BALBÍN, Carlos, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, ps. 56 - 59. Ver asimismo, BENEGAS LYNCH, A. (h) – JACKISCH, Carlota, *Librecambio y división de poderes*, Lumiere, Buenos Aires, 2002, p. 226,

[212] GORDILLO expresa textualmente: "Lo esencial de la división de poderes es la división de funciones y no sólo la división en órganos; una división en órganos no acompañada de una división de funciones no es una garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada. La triple premisa a que da lugar la teoría de la división de los poderes no es que cada poder legisle, administre y juzgue en lo relativo a su actividad, sino por el contrario que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute. De tal modo, división de poderes significa que cada órgano del Estado tenga a su cargo una sola función; que esto no se realice con perfección en la práctica, no significa que la teoría pueda ser enunciada en el sentido criticado, de que dada poder deba realizar las tres funciones en su propia esfera de actividad. Dado que no se encuentran en la Constitución disposiciones que de manera expresa confieran a un órgano el poder de autojuzgarse, autoadministrarse, autolegislarse, es absurdo invocar la doctrina de la división de los poderes para fundar un principio semejante…". Ver, GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Parte general, T.2, 9° Ed., p. VIII-29. Sin embargo, el autor con antelación reclama que la división de poderes requiere de los "frenos y contrapesos" para cumplir con la finalidad de refrenar y limitar el ejercicio del poder para que él no pueda ser abusado (ibídem*,* ps. VIII-28 - VIII-29. Más aún, afirma el autor que "cada poder debe ser soberano en su esfera". (ibídem, p. VIII-33, nota 106).

[213] VILLEGAS BASABILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, T.II, TEA, Buenos Aires, 1950, p. 218 y LUQUI, Roberto, *La Revisión judicial de la actividad administrativa – Juicios contenciosoadministrativos*, T. I, p. 49 y ss.

[214] Por oposición, los constituyentes franceses adoptaron una "falsa" concepción de la doctrina de la separación de poderes ya que consistía en crear en el Estado varios órganos distintos sin ninguna relación entre ellos, sin ninguna acción recíproca y, previó el otorgamiento a cada uno, de una categoría de funciones determinadas que debían cumplir sin el concurso de los otros. Ver, TRISTÁN BOSCH, Jorge, *El origen de la jurisdicción contencioso-administrativa en Francia y la doctrina de la separación de los poderes*, en Revista Argentina de Estudios Políticos, Nº 1, Año 1, Buenos Aires, Julio, 1945, p. 92.

[215] Textualmente manifiesta en las Bases ALBERDI: "… *el poder ejecutivo debe tener todas las facultades que hacen necesarios los antecedentes y las condiciones del país (…) De otro modo, habrá gobierno en el nombre, pero no en la realidad; y no existiendo gobierno, no podrá existir la constitución, es decir, no habrá orden, ni libertad, ni Confederación Argentina*". Ver, ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política*, Terramar, La Plata, 2007, p. 168. No obstante, no debemos perder de vista que el precitado autor en otro estudio, expresamente se encargó de condenar las facultades extraordinarias que pueda ejercer el Poder Ejecutivo. ALBERDI llamó extraordinaria a toda facultad que no sea otorgada por la Constitución. En tal sentido sostuvo: "…como nuestras leyes monárquicas dan al Ejecutivo facultades que no le da la Constitución, se puede decir que nuestras compilaciones españolas no son más que códigos de facultades extraordinarias. *Actos o leyes de esta naturaleza* (dice la Constitución) *llevan consigo una insanable nulidad*…". Ver, ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, introducción de GARCÍA MÉROU, Martín, Administración General: Vaccaro, Buenos Aires, 1921, p. 86. La doctrina de principios del siglo pasado, afirmaba sin conmoverse, que el poder ejecutivo argentino según su modulación constitucional era, inclusive, más fuerte que el de Estados unidos y el de Francia. Ver por todos, MONTES DE OCA, Manuel Augusto, *Derecho Constitucional*, T. II, "La Buenos Aires", Buenos Aires, 1903, p. 343. El ejemplo de organización vigorosa del poder ejecutivo lo había dado Chile en las repúblicas por su constitución de 25 de

reglamentarias[218] inspiradas, en esencia, en la Constitución de Cádiz de 1812[219]/[220]. No obstante, si bien el Poder Ejecutivo se perfiló con ciertos rasgos de la Constitución norteamericana[221], la fuente directa corresponde a la Constitución de Chile de 1830[222].

---

mayo de 1833. La paz de que gozó ese Estado durante muchos años sedujo a los políticos argentinos y al mismo ALBERDI (ibídem, p. 343). En similar sentido, la reciente doctrina argentina, señala las semejanzas entre HAMILTON, MADISON y el propio ALBERDI, al concebir un Poder Ejecutivo fuerte. Ver, GARCÍA- MANSILLA, Manuel José - RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las fuentes de la Constitución Nacional*, ps. 38 - 39. En la interpretación de BIANCHI, nuestro país tuvo una Administración fuerte frente a una Constitución debilitada. BIANCHI, Alberto, *Constitución y Administración (Una relación sustancial, compleja y difícil)*, p. 75. Como ejemplo claro de esta situación, el autor cita la falta de mecanismos preventivos previos en emisión de los reglamentos que tienden a contrarrestar el déficit democrático de una legislación que no procede de los representantes del pueblo. Contrariamente, destaca, en Estados Unidos la sanción de un reglamento está rodeada de una serie de procedimientos de consulta, audiencias públicas y revisiones judiciales previas. Ver, ibídem, p. 76. Para apreciar el control de la inactividad administrativa y demora en la elaboración y puesta en marcha de las normas reglamentarias en el derecho norteamericano, ver, CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Civitas, Madrid, 1996, ps. 181- 186.

[216] TRISTÁN BOSCH evidencia cómo la Convención constituyente de Filadelfia instauró un poder ejecutivo fuerte e independiente, aún cuando esta consagración no respondió a un fundamento teórico proveniente de la doctrina de la separación de poderes. Ver, TRISTÁN BOSCH, Jorge, *Ensayo sobre la separación de poderes*, ps. 158 - 161. Con posterioridad a la reforma Constitucional de 1994, la Administración se mantuvo fuerte y, quizás, se acentuó su fortaleza por la existencia de diversas leyes y una interpretación jurisprudencial de la Corte Suprema que sustenta su posición de fortaleza. Ver, BIANCHI, Alberto, *Constitución y administración (una relación sustancial, compleja y difícil)*, p. 80 y ss.

[217] Esta circunstancia, coincidió con el modelo impuesto por MADISON en la Constitución de Filadelfia. GARCÍA- MANSILLA, Manuel José - RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las fuentes de la Constitución Nacional*, p. 38.

[218] Desde un sector de la doctrina española, el reconocimiento de la potestad reglamentaria al poder ejecutivo constituye "…la quiebra más clara del principio de la separación de poderes". Ver, CRUZ FERRER, Juan, *Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública Española, N° 116, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Mayo-Agosto 1988, p. 65.

[219]Como bien señala BIANCHI, esta potestad estaba prevista para una monarquía constitucional que diseñaba un sistema reglamentario diferente del norteamericano. Esta circunstancia, según BIANCHI, sería determinante porque no se compadece con el sistema adoptado en los Estados Unidos. La cláusula de la Constitución norteamericana le atribuye al Poder Ejecutivo la facultad de "*cuidar que las leyes sean debidamente ejecutadas"*. Ver, BIANCHI, Alberto, *Constitución y administración (una relación sustancial, compleja y difícil)*, ps. 76 - 77. Como ya lo hemos destacado, CASSAGNE ha insistido en numerosas oportunidades en recalcar esta circunstancia. Ver por todos, CASSAGNE, Juan Carlos, *La potestad reglamentaria en la Constitución de 1853 y su evolución posterior tras la reforma constitucional de 1994*, ps. 79 - 114. Con antelación, BIANCHI al evaluar la influencia de la Constitución de Cádiz de 1812 (entre otras influencias), se pronunciaba en contra de que el poder ejecutivo poseyera una facultad reglamentaria autónoma. Ver, BIANCHI, Alberto, *La delegación legislativa,* Ábaco, Buenos Aires, 1990, ps. 126 - 130. No compartimos, sin embargo, cuando se afirma que BIANCHI sostiene que en materia de reglamentación y ejecución de las leyes, el presidente de los Estados Unidos tenía en el texto constitucional de 1787, atribuciones idénticas a las previstas en la Constitución de 1853/60. Ver, BIANCHI, Alberto., *La delegación legislativa*, p. 126. A nuestro criterio, de la precitada página y de las inmediatamente subsiguientes, no se deduce dicha afirmación tajante. Ahora bien, es preciso destacar que a mediados de siglo XX LOEWENSTEIN advertía que en Iberoamérica se experimentaba hacía siglo y medio con un sistema presidencialista americano y "…éste no ha aportado en absoluto la continuidad constitucional y el buen gobierno que se esperaba de él. Por doquier el presidencialismo de inspiración norteamericana ha dado lugar a una forma iberoamericana de autoritarismo, el caudillismo (…) El presidencialismo americano ha podido funcionar tolerablemente sólo en algunas pocas naciones (…) por ejemplo, Argentina y Brasil hasta 1930…". LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, p. 140. En nuestro país, BIANCHI ha sostenido que "Todos los países de América Latina tienen constitución. Algunas son largas, grandilocuentes, están precedidas de solemnes declaraciones de derechos y garantías. Pero me pregunto ¿cuántos de esos países tienen verdaderamente derecho constitucional? Muy pocos". Ver, BIANCHI, Alberto, *Ciento cuarenta años después (La obstinada y casual vigencia de la Constitución de 1853)*, Tomo 152, El Derecho, Buenos Aires, 1993, p. 750. Por último, para apreciar los efectos nocivos que presenta la

En suma, si bien la separación de poderes en nuestra historia constitucional no ha implicado confusión o concurrencia en términos absolutos[223], a principios de siglo XX

"*norteamericanización de los sistemas políticos sudamericanos*". Ver, SANDOVAL, Irma Eréndira, al prólogo a la edición en español de ACKERMAN, Bruce, *La nueva división de poderes*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007, p. 9 y ss. ACKERMAN, en diversos pasajes de su obra, puntualiza las "*desventajas de haber adoptado y de exportar a otros países una división de poderes a la manera estadounidense*". Ibídem, p. 19. Destaca así, siguiendo a SARTORI que, "…casi 30 países, principalmente en América Latina, que han adoptado sistemas del tipo estadounidense. Todos ellos, sin excepción, han sucumbido a la pesadilla linziana en un momento u otro (…) cada rompimiento viene asociado a un millón de otras variables pero, como dice Giovanni Sartori, este desalentador récord nos lleva a preguntarnos si acaso su problema político no podría ser el presidencialismo mismo". Ibídem, p. 29, con cita de SARTORI, Giovanni, *"Neither Presidentialism nor Parliamentarianism"*, en LINZ, Juan J. - VALENZUELA, Arturo (comps), *The Failure of Presidencial Democracy*, vol. 1, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1994, ps. 106 - 107. Estas manifestaciones nos llevan a preguntarnos, si, en realidad, la "semilla" ha sido plantada en un suelo apto. Parafraseando el impacto de la doctrina de la separación de los poderes, en términos similares, se pronunciaba LARNAUDE, V., FERDINAND, *The separation of Powers and the judiciary in France and the United Status*, en "Congreso of Arts and Sciences", St. Louis, 1904, ps. 613 - 615; reproducido en FRANKFURTER, F. and DAVISON, J. F., *Cases and Materials, in Administrative Law,* 2° Ed., The Foundation Press, Chicago, 1935, ps. 12 - 14, ambas citas en TRISTÁN BOSCH, Jorge, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*?, p. 38, nota nº 27. En esta línea, ACKERMAN destaca la crisis de gobernabilidad en donde "…*los presidentes rompen los impasses legislativos al `resolver` problemas apremiantes mediante decretos unilaterales que a menudo van mucho más allá de su autoridad constitucional (…) presidentes posteriores usan esos antecedentes para robustecer aún más su poder para emitir decretos (…) este círculo de desaliento ya es visible en países como Argentina y Brasil…".* Ver, ACKERMAN, Bruce, *La nueva división de poderes*, ps. 29 - 30. En suma, el precitado autor se ocupa de mostrar cómo actualmente los norteamericanos, los franceses y alemanes operan como promotores de sus propias tradiciones constitucionales. Ibídem, p. 17.

[220] Ver asimismo, la problemática que planteó la divergencia de fuentes en nuestro derecho en GONZALES MORAS, Juan M., *Presidencialismo argentino y legados de la reforma constitucional de 1994 (sobre la potestad reglamentaria del poder ejecutivo)*, p. 177 y ss.

[221] Valga como aclaración, la referencia que trae a colación GONZALEZ MORAS. En efecto, el propio ALBERDI se ocupó de recalcar la diferente fisonomía entre el ejecutivo de los Estados unidos y el que se consagró en la Constitución de 1853. Ver, ibídem, p. 172 y nota 24.

[222] Ver, BENEGAS LYNCH, A. (h) – JACKISCH, Carlota, *Librecambio y división de poderes*, p. 236. GONZALES MORAS se ocupó de poner de relieve las palabras de ALBERDI cuando afirmaba en relación al Poder Ejecutivo: "Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres (…) Fuerte, como el de Chile, republicano en la forma y casi monárquico en el fondo, central como en dos siglos, hasta donde lo permitía el individualismo provincial creado de hecho por la revolución, el ejecutivo es la parte prominente y principal del nuevo gobierno argentino, según su constitución". Ver, GONZALES MORAS, Juan M., *ob. Cit.*, p. 172 en nota 24. Por otra parte, tampoco debe perderse de vista que la incorporación del instituto del Ministerio o Gabinete a la estructura del Poder Ejecutivo, respondió, en la tesis de LINARES QUINTANA, a la influencia de la Constitución de Cádiz de 1812. Ver, LINARES QUINTANA, Segundo V., *Los fueros españoles germen del constitucionalismo,* en *Tratado de interpretación constitucional*, T. II, 2° Ed. actualizada y aumentada, Homenaje a Karl Loewenstein, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 1823.

[223] Reproducimos aquí las lúcidas palabras de VILE: "*Toda la trayectoria histórica de la doctrina de la separación de poderes y las teorías constitucionales relacionadas con ella indica que las funciones del Estado y los procedimientos empleados para ejercer estas funciones no pueden estar ni totalmente separados ni completamente fusionados, si se quiere llegar a un uso eficaz pero controlado del poder estatal*". Ver, VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 367.

A principios del siglo XX, la doctrina y la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema concibió a la división del gobierno (legislativo, ejecutivo y judicial) como departamentos independientes y soberanos en su esfera, siendo las atribuciones de cada uno exclusivas pues "…el uso concurrente o común de ellas haría desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos y destruiría la base de nuestra forma de gobierno". Ver Fallos -1 Seria- T. 1, p. 1 y MONTES DE OCA, Manuel Augusto, *Derecho Constitucional*, Tomo II, ps. 3 - 4.

resultaba complejo y "hasta imposible" que el "equilibrio" de los poderes pueda ser legislado matemáticamente[224].

Por ello, la instauración de un sistema de neto corte judicialista[225] con inspiración en algunos artículos de la Constitución de Cádiz de 1812[226]/[227], convivió con tres cuestiones: i) con la progresiva consagración de las llamadas "cuestiones políticas"[228], ii) con la facultad de los jueces para ejercer un control "difuso" de constitucionalidad[229] a través del Poder Judicial[230]; y iii) con la admisión de las funciones jurisdiccionales por parte de la Administración (siempre que exista control judicial posterior suficiente[231]).

---

[224] Ver, MONTES DE OCA, Manuel Augusto, *ob. Cit.*, ps. 5, 9 y 10.

[225] Afirma textualmente TAWIL: "El sistema argentino es (…) netamente judicialista desde la segunda década del siglo XIX". Ver, TAWIL, Guido Santiago, *Administración y justicia*, T. I, p. 481. CASSAGNE por su parte destaca que el sistema judicialista tiene sustento en los artículos 108, 109 y 116 de la Constitución Nacional. Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, T. II, 9° Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 172.

[226]Para evidenciar las fuentes españolas de nuestra Constitución, ver, LINARES QUINTANA, Segundo V., *Los fueros españoles germen del constitucionalismo*, ps. 1799 - 1830. Este autor afirma textualmente "El constitucionalismo español y en general el derecho de España ha influido, sin duda alguna, sobre el constitucionalismo argentino…". Ibídem, p. 1.823. En el derecho administrativo, CASSAGNE ha insistido en poner de relieve las fuentes españolas de nuestra Constitución. Ver, CASSAGNE Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la actividad administrativa*, p. 66 y ss. y el mismo autor en *Consideraciones en torno al sistema judicialista argentino y la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por el Poder Ejecutivo*, T. 215, El Derecho, 2005, ps. 786 - 789. BIANCHI recientemente sostiene que las dos prohibiciones del artículo 109 de la Constitución Nacional, fueron tomadas por Alberdi del artículo 243 de la Constitución de Cádiz de 1812. Ver, BIANCHI, Alberto, *Declinación y caída del control judicial de la administración pública*, p. 10 y nota 5. También se ha destacado la influencia de la Constitución de Cádiz de 1812 en nuestro sistema en BENEGAS LYNCH, A. (h) – JACKISCH, Carlota, *Librecambio y división de poderes*, p. 217.

[227]A nuestro juicio, no debe perderse de vista que la evolución del derecho español demostró una suerte de continuación de sus tradiciones históricas que discurrían bajo una concepción entre lo gubernativo y contencioso. Basta para ello, realizar una lectura detenida de la obra de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo,*Poder y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

[228] No obstante, la Corte sigue manteniendo la fórmula que desde ataño sostiene en relación a la regla general de la no justiciabilidad de las decisiones que se adoptan dentro de la esfera de competencia propia de otro poder. En palabras de la propia corte, ello es "…consistente con los precedentes de este Tribunal que lo ha sostenido desde el año 1865 (…) También es coherente dentro del sistema jurídico argentino, en el que se adopta el principio de división de poderes que obliga a los magistrados a respetar la independencia de las otras autoridades de la Nación…". Ver, CSJN, *"Bussi, Antonio Domingo c/Estado Nacional –Congreso de la Nación"*, Fallos 330:3160.

[229] Siempre que exista un caso o una causa judicial, todos los jueces, de todos los fueros e instancias, tanto los integrantes del Poder Judicial Nacional como los provinciales y locales, pueden y deben ejercer el control de constitucionalidad. Ver, entre muchos otros, CSJN, *"Fundación Argentina para el Bienestar Animal"*, sentencia del 8-4-08; y "*Luján*", sentencia del 17-10-07. Por otra parte, como bien señala LOZANO, el sistema difuso "…no es tal solamente porque numerosos jueces pueden declararla, sino también porque todas las personas pueden pedirla (…) El control de constitucionalidad concentrado no solamente reduce el número de órganos que la declaran sino que limita el de los que pueden desencadenar el procedimiento. En él, las personas pueden ser protegidas por el control judicial de validez pero no pueden dispararlo". Ver, LOZANO Luis, F., *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Estudios de Derecho Procesal Constitucional –III-, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 189. CASSAGNE ha destacado con acierto la posibilidad de que el control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces, en su esquema actual, es susceptible de alterar el equilibrio de poderes. Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, *Perspectivas de la justicia contencioso administrativa argentina en el siglo XXI*, en Estudios de derecho administrativo, X, Dike, Buenos Aires, 2004, ps. 44 - 46.

[230] Como bien apunta BIANCHI, un juez de cualquier instancia, de cualquier fuero, sea federal o provincial, puede ejercer el control de Constitucionalidad. Sin embargo, esta facultad, la más importante que un juez

c) La reconstrucción de la división de poderes a la luz del nuevo paradigma del estado constitucional.

El surgimiento del Estado constitucional de Derecho[232] asigna un rol central a la actividad prestacional del Estado, del mismo modo que se verifica un cambio sustancial en la concepción de éste en relación con los ciudadanos.

El Estado constitucional se decodifica a la luz de un sistema de normas "metalegales" destinadas al legislador y a la Constitución[233]. De ahí que el derecho de las modernas democracias constitucionales[234] se diferencia de otros sistemas por dos esenciales características estructurales:

i) Por su carácter positivo, artificial y convencional;

ii) Por el *sometimiento de sí mismo al derecho en cuanto a la forma de producción y en cuanto a los contenidos producidos*.

Ambas características estructurales son las que definen al Estado constitucional de derecho[235] y provocan una consecuencia cardinal: "…en el estado de derecho los poderes nunca son "absolutos". No son jamás facultades de decidir "en cualquier caso, de cualquier

---

puede ejercer, "…*curiosa y paradójicamente no le está explícitamente asignada ni por la Constitución ni por ley alguna. Fue ejercida categóricamente por la Corte Suprema de los Estados Unidos en Marbury v. Madison de donde la adoptó nuestra Corte Suprema en Eduardo Sojo. Sin embargo no está escrito en texto constitucional o legal alguno que los jueces posean esta facultad. Ello prueba que la misa nace de sus poderes implícitos*". Ver, BIANCHI, Alberto, *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo* (*Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos),* T. 184, Primera Parte, El Derecho, 1999, p. 938. En consonancia, SOLA destaca que "*Marbury vs. Madison*" es la "…decisión más importante del derecho constitucional americano y sin duda un fallo que ha influido en nuestro derecho constitucional y en todo el sistema de control de constitucionalidad (…) a pesar de que la Constitución guarda silencia sobre si los tribunales federales tienen esa autoridad, esta competencia ha existido prácticamente sin disputa desde que el *chief justice* Marshall diera su opinión…". Ver, SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, 2° Ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 179.

231 Ver, BIANCHI, Alberto, *Declinación y caída del control judicial de la administración pública*, p. 10. El autor aquí no habla de matizar el sistema judicialista. Se refiere a las bases jurisprudenciales en relación a los principios contenidos en los artículos 116 y 109 de la Constitución. Ídem. Para apreciar los precedentes de nuestra Corte Suprema que admitieron la validez constitucional del ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Administración (con el debido control judicial suficiente). Ver, TAWIL, Guido, Santiago, *Administración y Justicia*, T. I, p. 121 y nota 335.

232 Sevún ILDAZRRAZ, MENSAQUE y VIALE, "…La unidad de poder como capacidad de imponer una potestad soberana monolíticamente considerada, esencail al concepto de Estado moderno, constituye la esencia misma que divide lo que denominaríamos el concepto genérico e impreciso de Estado, con el delimitado que responde a las características actuales"., p. 40

233 Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, ps. 802-803.

234 El Estado constitucional se caracteriza, además, por el extenso número de principios que la Constitución acogió directamente en su texto. Según MUÑOZ MACHADO, las constituciones han positivizado y situado en lo más alto a ciertos principios que antes no eran escritos y estaban al margen de las leyes. Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 411.

235 Ver, FERRAJOLI, Luigi, *ob. Cit*., p. 803. Y concluye el agudo autor: "En suma, todo el derecho –no sólo el derecho que es, sino también el derecho que jurídicamente debe ser- resulta construido por los hombres…". Ídem.

forma, y cualquier cosa"[236].

En este escenario, la separación de los poderes y la distribución del poder, todavía se vinculan con dos fuentes de legitimación: la representación política y la vinculación al derecho[237]. Estas fuentes de legitimación, por su parte, sustentan las ecuaciones política/ derecho y gobierno/administración[238]. De ahí que el nuevo paradigma todavía construye la "división de poderes", sobre la combinación de variables políticas y jurídicas.

En suma, conviven dos espacios, dos fuentes de legitimación que se postulan opuestos[239] y que no se presentan en estado puro[240], no obstante el propio sistema intenta armonizar y reconducir. Autoridad políticamente legítima, es la fuente de legitimación del gobierno que proviene de la elección política de los representantes y del principio de la mayoría.

Ahora bien, la "división de poderes" como esquema organizacional macro, se constituye y, al mismo tiempo se presenta, como instrumento de tutela de los derechos fundamentales[241]. Es aquí en donde comienza a desarrollarse su faz positiva. Ya no basta con el hecho de que se presente como una herramienta para limitar y controlar el poder. Debe, asimismo, coadyuvar a garantizar la concreción de los cometidos estatales. En concreto, el pleno goce de los derechos fundamentales[242].

En este escenario, el nuevo paradigma asigna una doble finalidad al principio de la división de poderes y al derecho administrativo como rama autónoma del derecho público.

Por un lado, debe propender a la ordenación, disciplina y modulación del poder. Al mismo tiempo, y por otro lado, debe ser flexible[243], dinámico y funcional de modo tal que se torne eficaz[244] y eficiente en su conjugación en el marco del accionar estatal (utilizando

---

[236] Ver, ibídem, ps. 563-564.

[237] FERRAJOLI en realidad habla de dos fuentes de legitimación metajurídica alternativas entre sí: la representación política o la rígida sujeción a la ley. Ver, ibídem, ps. 824-825.

[238] Ahora bien, las funciones de Gobierno incluyen la función legislativa y la dirección política y administrativa; mientras que las funciones de garantía se vinculan con las funciones judiciales y las funciones de control. De este modo, la moderna concepción mantiene en su seno la distinción entre funciones de gobierno que se configuran en el espacio de la política y en las "funciones de garantía", cuyo espacio es la jurisdicción y la administración vinculada. Ver, ibídem, p. 825.

[239]Ver, ibídem, p. 828.

[240] Ver, ibídem, p. 844.

[241] Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, p. 28.

[242] Como afirma la Corte Suprema de Justicia, en el Estado de Derecho actual: "El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico…" Ver, CSJN, "Bahamondez Marcelo", sentencia del 6/4/1993, voto de los doctores Barra y Fayt, considerando 12°, La Ley, 1993-D, 130, con nota de SAGÜES, Néstor Pedro –DJ, 1993-2-499- ED, 153-254.

[243] Nótese que la flexibilidad es un rasgo que se le asigna al derecho comunitario. Ver, VANOSSI, Jorge Reinaldo A. - DALLA VIA, Alberto Ricardo, *Régimen constitucional de los tratados*, p. 363. Además, los precitados autores le asignan al derecho comunitario las siguientes características: i) pragmatismo; ii) operatividad; iii) instrumentalidad; iv) supremacía; v) uniformidad. Ibídem, ps. 362 - 364.

[244] Se ha reconocido al principio de eficacia como un principio constitucional. Ver, BALBÍN, Carlos, *Tratado*

de forma ineludible procedimientos y procesos estandarizados universalmente). De este modo se presume*, iuris tantum*, que se asegura la efectividad de los derechos fundamentales[245].

En este contexto, el objetivo de la división de poderes no es estrictamente (o únicamente) frenar al poder en la tutela de las libertades públicas[246]. Lo que precisamente se altera en el nuevo paradigma, es que la división de poderes no se presenta meramente como un "freno" al poder en la tutela de las libertades públicas.

En realidad, debe "potenciar", "efectivizar", la defensa y tutela de las libertades y la concreción de los derechos en un marco de flexibilidad. El rol de la eficacia no puede ser visto como la contracara de la tutela. La eficacia del Gobierno (y por tanto de la división de poderes) es indispensable, siempre y cuando: **i)** se ponga al servicio de la efectiva tutela de los derechos fundamentales, y[247]**ii)** utilice reglas y técnicas universalmente aceptadas en el marco del Estado constitucional.

d) La "división de poderes" y su interpretación actual

A la breve explicación del diseño constitucional argentino histórico, es necesario exponer dos cuestiones básicas. Primero, repasar sintéticamente cómo se desarrolla la interrelación de los tres clásicos poderes a partir de dos ejemplos: la declaración de estado de guerra y la declaración de estado de sitio. Segundo, a trazo grueso, desarrollaremos la ubicación e interacción de los órganos constitucionales a partir de la reforma de 1994, con los tres grandes poderes.

1) La interrelación de los tres grandes poderes y la incidencia del derecho internacional.

En el título primero de la segunda parte de nuestra constitución nacional (art. 44 y ss.), se establecen múltiples "normas de competencia" que determinan: i) quién es el titular; ii) cómo se ejerce -regulan el procedimiento para su ejercicio- ; iii) respecto de qué se ejerce (objeto de la competencia).

---

de derecho administrativo, T. I, p. 167.

[245] En un sentido similar, aunque sin referirse a la separación de poderes, ver, SCHMIDT-ASSMAN, *La Teoría general del derecho administrativo como sistema,* p. 26.

[246] Según GORDILLO, el objetivo de la división de poderes no es el de propiciar la mayor "eficacia" del gobierno sino a la inversa, "…frenarlo en la tutela de las libertades públicas". Ver, GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo,* Parte general, T. I, 9° Ed., p. II-3 y en consonancia en ps. III-6 - III-7.

[247] Y en esta faena el control es sólo uno de los aspectos en la ecuación.

Las "normas de competencia" –en términos de ALEXY- crean la posibilidad de actos jurídicos y habilitan a los sujetos para que puedan modificar posiciones jurídicas por medio de actos jurídicos. Ahora bien, la primacía de la norma fundamental en relación a las facultades de los poderes del Estado, es el punto de partida y la viga maestra en cuanto a los actos constitucionales[248]. Por ejemplo, el artículo 93 de nuestra Constitución Nacional expresamente establece que el Presidente y Vicepresidente de la Nación deben "*observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina*". Este mandato, lógicamente, incluye a las normas incorporadas a la norma fundamental a través del artículo 75 inciso 22.

Por otra parte, el artículo 99 inciso 1 de la CN sitúa el Presidente de la Nación como "jefe del Gobierno" y responsable "político" de la administración general del país. De este modo, la dimensión que aquí analizamos transcurre en la noción del "Gobierno"[249] y se relaciona con la "división del poder" y la "división entre poderes" en los términos que hemos descripto.

Ahora bien, a los fines de ilustrar la cuestión que abordamos, podemos recurrir a las restricciones absolutas que se le imponen al titular del Poder Ejecutivo en el artículo 99 inciso 3, tercer párrafo. Dicha norma, además, le otorga la potestad de ejercer actos privativos, actos concurrentes y actos que presuponen la intervención de otro órgano representativo democrático: el Poder Legislativo.

En la mayoría de los casos, los actos o funciones vinculados de primer grado con la norma constitucional, evidencian -con diversos matices- la iniciativa, exclusividad, interacción, coordinación, y los límites entre los tres principales órganos constitucionales[250].

Por ejemplo, si bien la constitución sitúa en forma exclusiva la potestad de indultar en cabeza del presidente, este acto constituye la invalidación o desautorización a la decisión final de otro órgano del Estado (el judicial). Es un "límite político" al ejercicio de la función

---

[248]El *acto constitucional* al que se refiere CASSAGNE (en España GARCÍA de ENTERRÍA y en Francia la jurisprudencia del Consejo de Estado francés), a nuestro entender mantiene en su seno la distinción histórica de actos del Ejecutivo que se emiten en ejercicio de otra "función" y desde otra "posición": la del "Gobierno". Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, *La judicialización de las cuestiones políticas*, en *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I, ps. 765 - 768; GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo-FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, T. I, 12° Ed., Civitas, Navarra, 2011, p. 35. En otro ángulo, se alude a los "*actos de relación constitucional*". Ver, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, *La doctrina del acto político*, Revista de Administración Pública española, N° 53, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Mayo-Agosto, 1967, ps. 107 - 108; en Francia, véase CE Ass. 12 Abril de 2002, PAPON, Rec. 139, concl. *Boissard*, en LONG, Marceau – WEIL, Prosper – BRAIBANT, Guy – DELVOLVÉ, Pierre – GENEVOIS, Bruno, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, 2° Ed. actualizada, Librería Ediciones del Profesional LTDA., Colombia, 2009, p. 738.

[249] Este postulado, bajo ningún punto de vista excluye el control judicial, sino que fija otros parámetros en cuanto a su intensidad.

[250] Además de las potestades que se confieren a los llamados órganos extra-poder.

judicial.

En similar sentido, la declaración de guerra (artículos 75 inciso 25 y 99 inciso 15 CN) y la declaración de estado de sitio (artículos 75 inciso 29 y 99 inciso 16) son actos constitucionales que, por regla, admiten la interacción de los dos órganos de representación democrática (artículo 99 inciso 15 y 16). Son actos que presuponen circunstancias excepcionales y alteran el funcionamiento normal de los tres principales órganos del Estado[251].

Su articulación se presenta del siguiente modo:

El Poder Legislativo tiene las siguientes potestades:

i) concurre en la formación del acto (autoriza) por el cual se declara la guerra o se hace la paz (artículo 75 inciso 25);

ii) tiene la potestad *exclusiva* de declarar el estado de sitio, y concurrente cuando el Estado de sitio sea declarado por el Poder Ejecutivo según las diferentes hipótesis prevista por los artículos 75, inciso 29 y 99 inciso 16.

El Poder Ejecutivo a su vez, posee las siguientes potestades:

i) Tiene la iniciativa y la potestad de declarar la guerra sujeta a la aprobación del Poder Legislativo (artículo 99 inciso 15);

ii) Tiene la potestad exclusiva y excepcional para declarar el Estado de sitio en caso de conmoción interior y cuando el Congreso se encuentra en receso (artículo 99 inciso 16);

iii) Tiene la potestad concurrente de declarar el Estado de sitio en caso de ataque exterior y por "término limitado" con acuerdo del senado (artículo 99 inciso 16).

El cuadro organizacional expuesto de las referidas potestades "vinculadas de primer grado" con la norma constitucional, se modula, extiende, limita y condiciona por la incorporación y jerarquización de ciertos tratados a través del artículo 75 inciso 22 de la CN

En primer lugar, el ejercicio de los actos constitucionalesse relaciona con los derechos que el texto constitucional garantiza en la primera parte de la Constitución y que, en su artículo 14, toma como punto de partida la garantía de los derechos aunque reconoce

[251] Según GELLI, el estado de sitio implica un quiebre en la normalidad institucional que pone en tensión al llamado Estado de Derecho y establece una atenuación del principio de división de poderes. Ver, GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, comentada y concordada, 4° Ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 390.

la reglamentación de su ejercicio (artículo 28).

Podríamos resumir la interacción entre el artículo 14 y el artículo 28 de la CN del siguiente modo: el ejercicio de los derechos resulta reglamentado por las leyes (art. 14), aunque tal reglamentación no puede "alterar" los principios, garantías y derechos reconocidos por la primera parte de la constitución (art. 1 a 27).

Este esquema instaurado resulta de capital importancia en la medida en que los tratados con jerarquía constitucional, consolidan y amplían el espectro de juridización. Decididamente, sitúan un punto de partida más "protectorio" en relación con los derechos de los ciudadanos. O dicho de otro modo, la reglamentación o restricción a una serie de derechos se deben ajustar a elevados estándares que los instrumentos internacionales establecen.

Veamos cómo funciona el sistema a partir del caso de la declaración del estado de sitio[252]. Más allá de la fórmula de la razonabilidad genérica del artículo 28 de la CN, el artículo 14 CN reconoce el derecho de permanecer, transitar, y salir del territorio mientras que el artículo 23 CN fija la suspensión de las garantías constitucionales con las siguientes limitaciones:el Presidente no puede condenar por si ni aplicar penas, y su poder se limitará arrestar o trasladar a las personas de un punto a otro de la Nación si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino (artículo 23 CN).

Estas limitaciones del propio texto constitucional, a nuestro entender son sustancialmente más estrechas que las incluidas en los tratados con jerarquía constitucional.

Así, los artículos VIII y XXVIII de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre inciden y aumentan la densidad de regulación de esta clase de actos. Podríamos decir que intensifican los parámetros jurídicos que deben satisfacer dichos actos.En efecto, los precitados textos garantizan, por un lado, el derecho a transitar libremente por el territorio del Estado y, por otro, afirman que la limitación a los derechos debe responder a la "seguridad de todos", por las "justas exigencias del bienestar general" y por "desenvolvimiento democrático"[253].

De igual modo, la Declaración Universal de los derechos humanos[254] garantiza el derecho a circular libremente en el territorio del Estado (artículo 13 apartado 1) y a salir de cualquier país (artículo 13 apartado 2).

Sin embargo, también admite la limitación al ejercicio de los derechos y al disfrute

[252] Una explicación detallada acerca del origen y la evolución del Estado de sitio en el derecho argentino puede verse en BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, p. 251 y ss.
[253] Ver, artículo 75, inciso 22 CN y artículos VIII y XXVIII de la Declaración Americana de los derechos del hombre.
[254] Jerarquizada constitucionalmente a través del artículo 75 inciso 22.

de sus libertades cuando el Estado establezca "limitaciones establecidas por la ley" con el único fin de asegurar en forma concurrente: i) el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás; ii) satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática (artículo 29 apartado 2).

A su vez, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos[255] también garantiza el derecho a circular libremente por el Estado y el derecho a salir libremente de cualquier país incluso el propio (artículo 12 apartados 1 y 2).También el referido pacto establece una regla: las restricciones sólo pueden provenir de la ley y siempre que: i) sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros; y a su vez ii) sea compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente caso (artículo 12, apartado 3).

Por último, textualmente dispone que "Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país" (artículo 12, inciso 4[256]).

El Pacto de San José de Costa Rica también garantiza la libertad de asociación (que y admite las restricciones previstas por "ley", siempre que: **i)** que sean necesarias en una sociedad democrática; **ii)** en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público y iii) para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás (artículo 16 apartados 1 y 2)

Y, por último, el Pacto de San José de Costa Rica garantiza el derecho a la libre circulación y salida del territorio de un Estado, admitiendo la restricción a esos derechos sólo por ley en la "medida indispensable en una sociedad democrática" y a los fines de: **i)** prevenir infracciones penales o **ii)** para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, la moral o la salud pública o los derechos y libertades de los demás (artículo 22 apartados 1, 2 y 3).Sin embargo, también admite la restricción mediante ley en "zonas determinadas" por razones de "interés público" (artículo 22 apartado 4).

Como se puede apreciar, la competencia que la constitución nacional le concede al Poder Ejecutivo, se ve intensamente condicionada por normas jerarquizadas constitucionalmente.

Ahora bien, en el supuesto que se configure la hipótesis de "guerra"[257] (que también se aplica al Estado de sitio), el Pacto de San José no sólo limita o condiciona el ejercicio,

---

[255] Jerarquizado constitucionalmente por el artículo 75 inciso 22 y aprobado con reservas por la ley 23.313. Aclaramos que las reservas no afectan nuestro objeto de análisis.

[256] En consonancia artículo 22 apartado 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[257] Un desarrollo acerca de los poderes de guerra puede verse en BIANCHI, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, T. 2, 2° Ed. actualizada, reestructurada y aumentada, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 166 y ss.

sino que amplía los supuestos frente a los cuales se puede "suspender" las obligaciones en él consignadas.

Así, establece la suspensión en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado parte, siempre que el Estado adopte disposiciones: **i)** "en la medida" y por "tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación"; **ii)** que no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional (artículo 27 apartado 1).

Sin embargo, posteriormente se establece los supuestos en donde ni siquiera esas circunstancias (guerra, peligro público u otra emergencia) autorizan a la suspensión de ciertos derechos establecidos en el Pacto de San José. Así, no pueden ser suspendidos los siguiente derechos: **i)** derecho a la vida; **ii)** derecho a la integridad personal; **iii)** prohibición de la Esclavitud y Servidumbre; **iv)** principio de legalidad y retroactividad; **v)** libertad de conciencia y religión; **vi)** protección a la familia; **vii)** derecho al nombre; **viii)** derechos del niño; **ix)** derecho a la nacionalidad; **x)** derechos políticos y **xi)** las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (artículo 27, apartado 2 del Pacto de San José).

Además, el artículo 27 (apartado 3) del Pacto de San José impone al Estado Parte la obligación de informar de inmediato a los Estados partes, cuando haga uso del derecho de suspensión y también de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, así como los motivos que hayan suscitado la suspensión y la fecha en que haya dado por terminada la suspensión.

Por último, el artículo 30 del Pacto de San José establece el "alcance de las restricciones" permitidas. Así, prevé que las restricciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren: **i)** por razones de interés general y **ii)** con el propósito para el cual han sido establecidas.

Conforme el cuadro hasta aquí descripto, sería desacertado sostener que el estado de sitio o la declaración de guerra son actos que se encuentran vinculados de modo exclusivo a las referencias expresas en la Constitución, sin tener en consideración los estándares que emanan del derecho internacional y que han sido incorporados y jerarquizados a la Constitución a través del artículo 75 inc. 22.

De hecho, el nuevo escenario torna incompatible la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que situaban al Presidente por encima de lo prescripto por la Constitución y que consagraban la inmunidad judicial respecto de la necesidad, los medios, la oportunidad y la

procedencia o razonabilidad bélica y sobre otras medidas adoptadas en el curso del estado de guerra [258]. Esta doctrina, que emana del caso "Merck Química Argentina" [259], determinaba la ausencia absoluta de control judicial[260].

§4La postura actual de la CSJN para "hacer compatible la división de poderes con la discrecionalidad"

La CSJN tiene numerosos sentencias en la que podemos encontrar entremezclados una serie de temas que históricamente se estudian a la hora de hablar sobre poderes discrecionales del Poder Ejecutivo. En este punto, sólo nos avocaremos a destacar algunos casos relevantes para demostrar que se autorrestringe o muestra deferencia[261] frente a los poderes políticos, a fin de: "…*hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces*"[262].

Ello también se sustenta, en esencia, en la interpretación que históricamente realiza la Corte Suprema de la división de poderes. Así, ha sostenido constantemente que: "…dentro de los límites de su competencia, obra con independencia de los otros poderes en cuanto a la oportunidad y extensión de las medidas que adopta y a los hechos y circunstancias que la determinan [263], siendo obligación de los jueces asegurar a cada poder el goce de la competencia constitucional que le concierne en el ámbito de su propia actividad"[264]/[265].

---

[258] Ver, ibídem, p. 168.

[259] Fallos 211:162, sentencia del 9/6/48.

[260] Ver, BIANCHI, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, T. 2, p. 168.

[261] En numerosos fallos la Corte Suprema de Justicia afirma, por ejemplo, que no incumbe a los tribunales el acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito de sus propias atribuciones. Ver, Fallos 329:4.032; 329:385; 328:2.567 y 328:690 entre muchos otros.

[262] Resulta difícil reconducir la doctrina de la CSJN a principios o reglas generales que permitan identificar las características generales de los casos no controlables, pues lo único que tienen común es la *propia declaración* de la Corte. En un ejemplo, las cuestiones políticas o de oportunidad mérito o conveniencia, son conceptos *vacíos* de contenido *per se,* y su contenido lo llena la CSJN cada vez que *incluye* o *excluye* –algo de ese rótulo- Se da algo similar a lo que Genaro CARRIÓ sostuvo con relación la "doctrina" de la sentencia arbitraria. Así, lo único que tenían en común las numerosas sentencias de CSJN, es que ésta las ha declarado arbitrarias. CARRIÓ resumía la cuestión del siguiente modo: sentencia es arbitraria es aquella decisión que la Corte llama arbitraria (Ver, CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 5° Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006). Esto es una paradoja, pues tal actitud constituye el *paradigma de la arbitrariedad* y por cierto, el control de la discrecionalidad se orienta a evitarla.

[263] CSJN, Fallos, 243:513.

[264] CSJN, Fallos, 256:556; 270-74; 277-25.

[265] CSJN, Fallos, 155:248. Esta doctrina es reiterada en la sentencia "BONEVO" en la que la Corte reitera que "la misión más delicada de la Justicia de la Nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a otros poderes o jurisdicciones, toda vez que el judicial es llamado por la Ley para sostener la Observancia de la Constitución Nacional y de ahí que un avance de este poder menoscabando las Facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público. Lo curioso de esta posición es, casualmente, la interpretación de la CSJN en la que se posiciona en el rol de "garante" (institucional) de la división de poderes, con relación a la independencia que debe tener el Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones. Al respecto, disentimos

Ahora bien, a partir de los fallos "PROVINCIA DE ENTRE RÍOS C. SECRETARÍA DE ENERGÍA", "PRODELCO", "Q. C., S. Y. C. GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES" y "UNIONES DE USUARIOS Y CONSUMIDORES", intentaremos reconstruir la doctrina de la CSJN en relación a la discrecionalidad de los poderes públicos.

En primer término, la CSJN afianzó el ámbito de control jurisdiccional limitado a la "legalidad" de la decisión de la Administración. Así, en "PROVINCIA DE ENTRE RÍOS C. SECRETARÍA DE ENERGÍA"[266] resolvió: "Que es dable recordar que el control de legalidad administrativa y el control de constitucionalidad que compete *a los jueces en el ejercicio de su poder jurisdiccional, no los faculta para sustituir a la administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad* (doctrina de Fallos: 308:2246 -LA LEY, 1986-2-8.71-, considerando 4°; 311:2128, entre muchos otros), y mucho menos ciertamente en la fijación o aprobación de tarifas por la prestación de servicios. Ello no obsta al ejercicio del citado control de legalidad respecto del procedimiento seguido y las bases normativas que deben ser tenidas en cuenta para la fijación de tarifas; pero esto no puede tener lugar en el marco limitado de un amparo (arg. Fallos: 321:1252, consid. 30, y votos concurrentes)"[267] (el destacado no es del original).

En "PRODELCO"[268] la CSJN sostuvo que: "…todo lo relativo al ejercicio de las facultades privativas de los órganos de gobierno queda, en principio, excluido de la revisión judicial. Ello no obsta a que, planteado un caso concreto –una causa en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional– se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos; por ende, una vez constatada la inequidad manifiesta de una norma o de un acto de la Administración, corresponde declarar su inconstitucionalidad".

---

con esta posición del máximo tribunal federal, en le medida en que los titulares de las garantías *no son los poderes públicos* sino los particulares. Así, cabe recordar que la legalidad y la división de poderes tienen como *fin proteger al Administrado de los abusos – que históricamente – ha comedido la Administración*. Es decir, *son límites* al actuar de la Autoridad Pública.

[266] CSJN, Fallos: 323:1825

[267] Posteriormente, en "Dos arroyos S.A." la CSJN sostuvo que "El mayor o menor acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por la autoridad administrativa, constituyen puntos sobre los que no cabe al Poder Judicial pronunciarse, en la medida en que el ejercicio de esas facultades discrecionales no se compruebe como irrazonable, inicuo o arbitrario" (ver: CSJN, Fallos: 316:2044.) Doctrina que reitera en "Jalife, Elías" (ver: CSJN, Fallos: 316:3077) y "Orias, Raúl c. Universidad Nacional de Río Cuarto "Orias, Raúl c. Universidad Nacional de Río Cuarto" (CSJN, Fallos: 317:40).

[268] CSJN, Fallos: 321:1252.

En el fallo "Q. C., S. Y. C. GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/AMPARO"[269], LA CSJN reconoció por un lado la existencia de un control de razonabilidad de las políticas públicas –refiriéndose al derecho a la vivienda-; por otro, que el poder judicial debe actuar, sin más, frente a la omisión de tutelar pisos mínimos de tutela de los derechos fundamentales[270].

Es decir, en este fallo, se advierten tres grandes cuestiones:

Primero: que los derechos humanos que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial;

Segundo: lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que "manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada". Por eso habla de introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos.

Tercero: la CSJN habla textualmente de la "frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos", que viene dada por la garantía mínima del derecho fundamental. Y para ello debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona.

Dicho de otro modo, "razonabilidad" en términos de la CSJN, implica que sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Es sobre este razonamiento que la CSJN establece que esto "permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder

[269] Una mujer en situación de calle, que reside en la Ciudad de Buenos Aires desde el año 2000, inició una acción de amparo con el objeto de que el Gobierno local la incluya, junto con su hijo menor que sufre una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producida por una encefalopatía crónica, en los programas en materia de vivienda y le proporcionara alguna alternativa para salir de la situación en la que se encontraba. El Tribunal Superior de la Ciudad revocó la sentencia que hizo lugar a la acción, según lo decidido en su precedente "Alba Quintana" —12/05/2010; LLO—. Contra ese pronunciamiento la actora interpuso recurso extraordinario federal, el que, denegado, dio lugar a la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó que la demandada garantice el derecho de la reclamante.

[270] Esto termina de echar tierra sobre la posición de que la discrecionalidad es la elección de "todas alternativas válidas para el derecho" (teoría de la indiferencia) y además, de la imposibilidad del control sobre el mérito o la conveniencia de la decisión de la Administración y, por ello, será analizado luego *infra*.

Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces"[271].

Por último, en "Uniones de Usuarios y Consumidores", sentencia del 24 de junio de 2014, la CSJN ratifica la doctrina según la cual "…la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, toda vez que es el Judicial el llamado por ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que *un avance en desmedro de otras facultades revestiríala mayor gravedad para la armonía constitución y el orden público* (…) *Esto último sucedería si los jueces* –tal como lo ha hecho el magistrado de primera instancia- *pretenden sustituir a la Administración en sus atribuciones para decidir el modo más oportuno o conveniente de cumplir con sus obligaciones constitucionales*.." (Ver, considerando 6°, segundo párrafo, el destacado no es del original).

En definitiva, la CSJN construye en este aspecto, una doctrina casi idéntica a las Cortes de otros países. Así, por ejemplo:

i) a la Corte Norteamericana en "Chevron" respecto del control de razonabilidad: "*No recae sobre los tribunales de justicia la responsabilidad de determinar el acierto y la sabiduría de estas decisiones (…) `Nuestra Constitución ha otorgado tales responsabilidades a los poderes políticos*";

ii) al Tribunal Supremo español en cuanto a que el juez no puede sustituir a la Administración frente a un "núcleo último de oportunidad o conveniencia" (ver, Capítulo III, punto §10);

iv) al Tribunal Federal alemán, cuando establece que como regla debe respetarse al ámbito funcional de cada órgano sin que pueda ser sustituido. Aunque en el caso alemán, ello viene matizado por el análisis del impacto que las medidas o decisiones tengan para los derechos fundamentales (ver, Anexo II, punto §2).

[271] Con esto la Corte termina, otra vez, convalidando la existencia de una zona de reserva exenta, si bien en el caso de vulneraciones extremas puede exigírsele una prestación específica que ponga fin a una grave violación de los derechos humanos. Con posterioridad a "Q" la Corte resolvió varios casos en lo que constató si la situación del accionante era o no similar a lo resuelto en "Q". Ahora bien, aunque no siempre las circunstancias fácticas eran las mismas en algunas causas, resolvió hacer lugar a lo solicitado y en otras rechazó la pretensión siempre, con remisión a lo resuelto en "Q". Esto implica que, claramente, no hay un criterio, pues lo único en común entre los casos, además de las circunstancias extremas en las que viven todos los accionantes, es que la Corte decide "casuísticamente". CORVALÁN, Juan Gustavo - BELLOCCHIO, Lucía, *La jurisprudencia de la CSJN en materia de derecho a la vivienda luego del fallo Q.C.,S.Y c/GCBA s/amparo*, en Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, IJ-LXX-200, 17 de Diciembre de 2013.

§5. Sinopsis y conclusiones preliminares.

El esquema tradicional de la división o separación de poderes, resulta obsoleto para reconducir la moderna interrelación de los tres principales y máximos órganos del Estado con una multiplicidad de órganos que interactúan con ellos. A ello, se agrega la eficiencia y el impacto que las medidas o decisiones tienen para los derechos fundamentales[272], como pilares de interpretación sistémica que trazan o tienden a delinear los contornos de la doctrina.

El postulado central del que partimos es el siguiente: *la división de poderes se legitima a partir de una concepción dinámica y flexible*[273] *que coadyuve a concretar de forma efectiva los derechos fundamentales*[274].

En este esquema, advertimos una paradoja que se configura por la presencia de dos fenómenos aparentemente excluyentes entre sí. La multiplicidad, transferencia y fragmentación del "poder" en el plano interno y externo, convive con un fenómeno opuesto: la unificación y estandarización de parámetros jurídicos universales.

La fragmentación de la soberanía y la existencia de múltiples órdenes normativos y órganos de control internos y supranacionales, paradojalmente, reactivan y refuerzan la unificación de parámetros universales. Esta situación, puede apreciarse en diversos sistemas jurídicos que, aún con disímiles diseños constitucionales y elementos culturales, económicos y demográficos, tienden a estandarizar y unificar reglas y parámetros *a priori* y *a posteriori* de la toma de decisiones de los poderes públicos.

Por tanto, a modo de conclusión, podemos establecer las siguientes premisas en torno a la división de poderes en el Estado constitucional.

Primero: el nuevo paradigma se erige sobre la noción de Estado constitucional de derecho que se decodifica a la luz de un sistema de normas "metalegales" destinadas al legislador y a la Constitución. Todas las normas se someten ciertos parámetros o estándares

---

[272] En Alemania, los derechos fundamentales constituyen principios básicos del orden social en su totalidad que proyectan sus efectos a todas las áreas del derecho. Ver, HOFFMANN-RIEM, Wolfang, *La división de poderes como principio de ordenamiento*, p. 224.

[273] El fenómeno de flexibilización y compensación en supuestos de asignación de competencias es fundamental en el derecho comunitario europeo. Ver, SCHNEIDER, Peter Jean, *Estructuras de la unción administrativa europea –observaciones introductorias-*, en *La unión administrativa europea*, ps. 32 - 34. En similar sentido, RUFFERT, Matthias, *De la europeización del derecho administrativo a la unión administrativa europea*, p. 101.

[274] ACKERMAN se pregunta: ¿Cómo la nueva división de poderes puede resolver las cuestiones que genera el Estado burocrático? Se observa de este modo cómo la doctrina tiende a ser definida y explicada desde un plano estrictamente funcional. Ver, ACKERMAN, Bruce, *La nueva división de poderes*, p. 83, con diversas citas, entre muchas otras, ver, SHAPIRO Martín, *"Codification of Administrative Law: The US and the Union*", European Law Journal, 2, 1996.

en cuanto a la forma de producción y en cuanto a los contenidos producidos[275]. En el estado constitucional los poderes nunca son "absolutos".

Segundo: la "división de poderes" todavía se asienta en dos fuentes de legitimación: la representación política y la vinculación al derecho. Ambos planos campean en un binomio que todavía se encuentra presente en la organización del poder público: Gobierno y Administración.

Tercero: la "división de poderes" contiene dos objetivos: Uno negativo: ordena, disciplina y modula el poder; otro positivo: debe ser flexible, dinámica y funcionala los fines de garantizar de modo efectivo los derechos fundamentales. En definitiva, debe "potenciar", "efectivizar", la defensa y tutela de las libertades y la concreción de los derechos en un marco de flexibilidad. El rol de la eficacia no puede ser visto como la contracara de la tutela.

Cuarto: Los esquemas conceptuales de los siglos anteriores, constituyen una herramienta obsoleta que no puede tutelar la problemática actual. El nuevo paradigma se ocupa de reglar "quién" ejerce tal o cual función, no obstante pone especial énfasis en afianzar el "cómo". En las "formas" del ejercicio de las funciones o potestades es donde pretende situarse el epicentro del Estado constitucional.

Quinto: El nuevo escenario pretende asegurar la "interconexión de los ordenamientos jurídicos" a través de la utilización de reglas y técnicas universalmente aceptadas.

Sexto: La "división de poderes" asigna a los jueces domésticos o internacionales la última palabra en lo relativo a los conflictos jurídicos. La posible ausencia de *todo* control o la existencia única de un control político, no resultan suficientes ni se ajustan a los postulados que emergen del nuevo paradigma. Cualquier acto de los poderes públicos puede y debe ser controlado jurídicamente; cuando menos, en sus contornos externos.

Séptimo: la división de poderes se asienta en variables jurídicas y políticas. La problemática responde a la tensión existente entre ambas ciencias. Principalmente, por el hecho de que por un lado, el derecho abarca ámbitos que antes eran exclusivos del campo político y, por otro, pretende someterla a numerosos y múltiples límites internos, externos, verticales, horizontales, positivos y negativos.

Noveno: no obstante todos los postulados anteriores, la división de poderes

[275]El principio de división de poderes resulta atravesado y modulado por la configuración de parámetros jurídicos supranacionales de actuación cuyo control se ejercita a través de órganos jurisdiccionales específicos. Es decir, se produce un entrelazamiento de ordenamientos y sistemas que ocasiona, en ciertos casos, que una solución que se pensaría arraigada y legítima va a ser desplazada por la regla de otro ordenamiento supranacional.

determina una conclusión central en torno al estudio de la discrecionalidad. Por un lado, que los tres grandes órganos (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) conservan cada en su ámbito, un núcleo esencial –cuya extensión en ciertos casos puede ser discutible y difusa- no reductible de facultades propias exclusivas y excluyentes. Por otro, que como regla, un "poder" no puede sustituir a otro (para ampliar, véase Capítulo VI, § 9).

C) PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ESTRATIFICACIÓN DE LA JURIDICIDAD

§ 6. El principio de legalidad y el fenómeno de la "estratificación" de la juridicidad[276]

El "principio de legalidad" que actualmente se mantiene como un pilar esencial del Estado constitucional ha sufrido profundas transformaciones. Se habla de "extensión del principio de legalidad", "fragmentación de la legalidad"[277] o "inflación de las leyes"[278], como fenómenos que determinan que las normas legislativas son a su vez reguladas por otras normas.

Como el escenario actual es mucho más complejo, hemos seleccionado la noción de "estratificación"[279]. Este término por lo general se utiliza en la geología y alude a la "*disposición de las capas o estratos de un terreno*"[280]. El fenómeno de estratificación de la juridicidad[281] viene dado por comprender la "disposición de las capas o estratos" del derecho en sentido amplio. Cabe aclarar, no obstante, que las capas o estratos que conforman la estratificación de la juridicidad -o los "estratos de juridificación"- no son uniformes o idénticos.

---

[276] Ver, Anexo III.

[277] Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 440 y ss.

[278] SUPIOT destaca que la inflación de las leyes, su volatibilidad, su impotencia para captar un mundo ya demasiado complejo. Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 106.

[279] En la geología los estratos se forman típicamente como capas horizontales de potencia (espesor) uniforme, limitadas por superficies de estratificación, que son interfases más o menos nítidas respecto el estrato más joven (situado encima) y el más viejo (debajo). En la descripción de los estratos se usa el término base o muro para referirse a la parte más antigua (geométricamente la inferior, si no median alteraciones tectónicas de la posición) y techo para la más reciente. Los estratos son las unidades básicas de estudio de la estatigrafía. Los estratos horizontales y uniformes pueden evolucionar, en presencia de fuerzas tectónicas, sufriendo cambios de posición. Además algunos estratos aparecen desde su mismo origen inclinados entre sí y de espesor desigual, como ocurre en la estratificación cruzada. Ver, http://es.wikipedia.org/wiki/Estrato.

[280] La primera acepción de estrato, a su vez, es presentada como un conjunto de elementos que, con determinados caracteres comunes, se ha integrado con otros conjuntos previos o posteriores para la formación de una entidad. Ver, www..rae.com.

[281] Como bien afirma MUÑOZ MACHADO, fue MERKL el primer autor en utilizar el término principio de juridicidad para explicar que el obrar de la Administración debe tener un fundamento jurídico. Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 408.

Es decir, la llamada "vinculación al derecho" o al ordenamiento jurídico, no se presenta como una red única en la cual todos los componentes proceden del mismo lugar y se integran en iguales términos cuantitativos y cualitativos. En definitiva, podríamos afirmar que *la "estratificación de la juridicidad" presenta múltiples y diversas capas cuya procedencia, jerarquía, e intensidad son diversas y se integran por componentes infra y supra estatales.*

Ahora bien, previo al abordaje de estos fenómenos, es importante señalar que la "estratificación de la juridicidad" no es patrimonio exclusivo del derecho público y responde, en esencia[282], a la transformación del papel de los estados y a la ya analizada con anterioridad mutación de la noción de soberanía estatal.

A diferencia de otros períodos paradigmáticos, en éste, el fenómeno de la "estratificación de la juridicidad" se perfecciona por la presencia de normas jurídicas que presentan una ambivalencia: son reglas jurídicas condicionantes y a su vez condicionadas, en casi todas las capas y a partir de una multiplicidad y diversidad de fuentes. Con esto queremos señalar que ya no se configura una ecuación autónoma compuesta por la triada "Constitución-ley-reglamento". Se cristaliza, en cambio, una auténtica multiplicidad y diversidad de fuentes vinculantes[283] que conforman la "estratificación de la juridicidad" o los "estratos de juridificación".

Es un fenómeno que FERRAJOLI describe bajo la noción de "derecho sobre el derecho" y se decodifica a la luz de un sistema de normas "metalegales" destinadas al legislador y a la Constitución[284]. En la tesis de este autor, el derecho de las modernas democracias constitucionales se diferencia de otros sistemas (deónticos) por dos esenciales características estructurales: i) Por su carácter positivo, artificial y convencional; ii) Por el sometimiento de sí mismo al derecho en cuanto a la *forma de producción* y en cuanto a los *contenidos* producidos.

Ambas características estructurales son las que definen al actual Estado constitucional[285] de derecho[286] y determinan el abandono definitivo de la concepción

---

[282] Desde ya que hay muchos otros factores extrajurídicos que condicionan este fenómeno.

[283] Esta noción es acuñada por SCHMIDT-ASSMANN para evidenciar que la vinculación de la Administración al derecho implica dar satisfacción a diversas fuentes concurrentes de vinculación. Ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 57.

[284] Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, ps. 802-803.

[285] MUÑOZ MACHADO sostiene que el salto cualitativo del régimen de la legalidad es el fenómeno que llama "constitucionalización de la legalidad". Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 409.

[286] Ver, FERRAJOLI, Luigi, *ob. Cit.*, p. 803. Y concluye el agudo autor: "En suma, todo el derecho –no sólo el

tradicional de la relación especial de sujeción que caracterizó durante mucho tiempo a las relaciones ciudadanos-Administración Pública [287] (ver relación entre Ciudadano y Administración)

La comprensión de este esquema, no obstante, requiere de una explicitación más acabada. Veamos.

a) Las dimensiones que conforman el Estado constitucional: "dimensión normativa", "dimensión orgánica" y "dimensión sociedad civil".

La estratificación de la juridicidad (vinculación al derecho) es un engranaje esencial del sistema complejo de "división de poderes". Sin embargo, la mera "sujeción a la ley" es una condición necesaria pero no suficiente para decodificar y sustentar la relación derecho-Estado [288]. Desde nuestra perspectiva, esta problemática debe ser abordada de modo sistemático. A tales efectos, hemos decidido exponer el fenómeno a partir de la construcción artificial de tres grandes dimensiones del Estado constitucional.

Este análisis, viene precedido por la clarificación de nuestro punto de partida que condiciona y guía todo nuestro razonamiento; a saber: *todos los poderes públicos no pueden sustraerse del fenómeno de estratificación de la juridicidad. Están al mismo tiempo basados en normas jurídicas, y vinculados por normas jurídicas*[289]*, aunque la clave de bóveda del fenómeno se relaciona con la diversa intensidad vinculante de las capas que componen los estratos.*

Para ilustrar este postulado de manera más acabada, hemos decidido ampliar el espectro analítico a los fines de identificar la mayor cantidad de matices que constituyen la "estratificación de la juridicidad". Con tal propósito, nos parece adecuado trazar, al sólo efecto metodológico, tres grandes dimensiones interconectadas que conforman, en diferente medida e intensidad, la "estratificación de la juridicidad". Nos referimos a la "dimensión normativa", a la "dimensión orgánica" y a la "dimensión sociedad civil".

---

derecho que es, sino también el derecho que jurídicamente debe ser- resulta construido por los hombres…". Ídem.

[287] En la doctrina alemana se sostiene que la relación especial de sujeción siempre fue una anomalía que, tarde o temprano, había de enfrentarse al "*clima de juridificación"*. Ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 56.

[288] Ver, ibídem, ps. 56-57. Este autor entiende que las concepciones excesivamente simplificadas no aciertan a captar la variedad de formas directivas del Derecho. Ibídem, p. 57.

[289] Según FERRAJOLI están vinculados por normas salvo el poder constituyente. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *ob. Cit.*, p. 565.

1) La "dimensión normativa".

Aludimos a la *"dimensión normativa"* al plano en el que se encuentra el derecho material, procedimental, y organizacional, y los distintos niveles interconectados del ordenamiento. En estos últimos niveles ubicamos al derecho interno y al derecho internacional.

El primero nivel se integra por el clásico y elemental orden de prelación jerárquica (Constitución, ley, reglamento), y por la creación normativa que emana de la interacción con los órganos y sujetos de la "*dimensión sociedad civil"*. Los convenios colectivos son un ejemplo cabal de esta última hipótesis.

El segundo nivel (el ordenamiento internacional) se asocia al ordenamiento interno y, al mismo tiempo, lo condiciona, lo "atraviesa" y refuerza a partir de la cúspide normativa interna: su Constitución. *Es en la Constitución en donde se condensan, configuran, y articulan principios, reglas, derechos, deberes y garantías. Es en la Constitución en donde se asienta el epicentro de la dimensión normativa.*

b) El efecto expansivo de la Constitución.

El fenómeno que denominamos "estratificación de la juridicidad", tiene su epicentro en la Constitución. Como ya lo adelantamos, la norma constitucional integra y, al mismo tiempo se construye, en las dimensiones "normativa", "orgánica" y "sociedad civil". En nuestro país, la última reforma constitucional ha consolidado el efecto expansivo de la Constitución que se venía desarrollando en el derecho comparado como ya hemos visto al analizar la configuración de la soberanía estatal.

La reforma de 1994 ha modificado sustancialmente la norma fundamental. Se produce un fenómeno expansivo o absorbente, según se observe desde la Constitución o a través de los órdenes normativos internos. En el nuevo paradigma, la Constitución se sitúa como un cuerpo sistémico con una autosuficiencia inédita[290].

[290] De hecho se postula que la Constitución presenta un carácter normativo directo. Ver, SERNA, Pedro - TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 32 y ss. y GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, T. I., p. 85.

Los tres poderes constitucionales -Legislativo-Ejecutivo[291]-Judicial-, y los restantes órganos constitucionales, en diferente perspectiva y matiz, comienzan a interactuar de modo directo, intenso, y determinante con la Constitución[292]. Se comienza a licuar el papel preponderante normas jurídicas de inferior jerarquía -leyes y reglamentos- en la construcción de la "estratificación de la juridicidad".

Se produce un aumento sideral de estándares jurídicos vinculantes de aplicación e interpretación sistémica, situados en la cúspide del ordenamiento que contempla en su seno, derecho interno y externo, órganos internos y externos. Los principios, derechos y garantías comienzan a diluir el carácter "reglamentario" (son plenamente operativos[293]) de las leyes. La misma Constitución irradia una fuerza que modula, *per se,* el sistema de derecho público y privado.

Recapitulemos y ampliemos.

El nuevo paradigma cristaliza una comunión sin precedentes entre la Constitución y el ciudadano (dimensión ciudadana), en donde paradójicamente es la soberanía popular[294] (Poder constituyente) que se autolimita, al densificar y aumentar las capas que componen la "estratificación de la juridicidad". Se reducen, por tanto, ciertos espacios de actuación (antes ajenos al derecho) de los órganos que lo representan: "poder legislativo" y "poder ejecutivo".

La composición actual de la "estratificación de la juridicidad", sitúa parámetros inalterables allí en donde antes *sólo* había posibilidad de alteración interna (a través del legislador). El sistema modula, condiciona y limita, *a priori y a posteriori.*

A priori, sobre la base de que los poderes públicos deben construir su obrar a partir de pautas universalmente aceptadas. *A posteriori,* por la exigencia imperativa de test o

---

[291] Recordemos que el artículo 93 CN establece de modo expreso que el Poder Ejecutivo debe "*observar y hacer observar fielmente la Constitución Nacional*".

[292] Desde un sector de la doctrina alemana, se postula que la vinculación de la Administración a la Constitución ha alterado de forma decisiva la práctica administrativa". Ver, OSSENBÜHL, Fritz *"Autonome Rechtsetzung der Verwaltung"*, in: HStR, Bd, Vol 3, &61, núm. marg. 27, citado en SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 58.

[293]Cita de Gelli artículo 14.

[294] Como afirma SUPIOT, en las instituciones democráticas surgidas de la filosofía política de la Ilustración, el Pueblo soberano tiene la facultad de fijar sus propias leyes, salvo cuando la usa directamente a través del *referéndum*. El ejercicio de dicha facultad se cristaliza de modo mediato. A través de sus representantes electos. La ley es concebida como expresión de la voluntad del pueblo. Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 226.

controles intensos, internos y externos, de compatibilidad con las reglas y principios constitucionales.

La ley, los actos constitucionales y los actos administrativos, ya no disponen de un amplio espacio de "discrecionalidad" entendida en sentido amplio inmune a todo control.

El poder público se construye (y reconstruye) y legitima, sólo a través de su *conexión intensa* con la "estratificación de la juridicidad". No se concibe un poder desconectado con las múltiples y diversas capas de juridicidad. Se admite, en ciertos casos, la menor densidad en la regulación, y ello también debe venir precedido por la existencia de una pieza central en este nuevo esquema: *la óptima motivación.*

La aparición e intensificación del control de constitucionalidad, del control de convencionalidad, y la posibilidad de que la Administración ejerza en su sede tales controles[295] -de modo previo o posterior al dictado de sus actos-, son fenómenos que alteran radicalmente las bases del sistema, y al mismo tiempo ponen en evidencia la cristalización del nuevo paradigma: el Estado constitucional.

En sistemas jurídicos como el argentino, este fenómeno se potencia al máximo toda vez que se configuran dos factores centrales: un sistema judicialista más bien "puro" y un control de constitucionalidad difuso y de oficio, al que hoy conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia se agrega el control de convencionalidad de oficio.

En este escenario, la soberanía, la división de poderes, el régimen de derecho administrativo, la zona de reserva de la Administración, los llamados actos constitucionales (actos políticos o de gobierno) y el fenómeno discrecional, ya no pueden sustentar, cuando menos exclusivamente, determinados ámbitos que sólo pretenden sustraerse de los mandatos de la propia Constitución[296].

O dicho de otro modo, si bien el derecho no puede ni debe reconducir en un todo las decisiones del poder público, sí en cambio se debe respetar la "estratificación de la juridicidad" que tiene su epicentro en la Constitución. El Estado constitucional y el efecto expansivo de la Constitución, a nuestro entender, presupone la compleja y ardua tarea de revisar y ajustar las categorías clásicas del derecho público al nuevo paradigma.

---

[295] Aunque este fenómeno adquiere numerosos matices que no es propósito de analizar en este estudio.

[296] Y con esta afirmación de ningún modo postulamos negar la posibilidad de que los núcleos o parcelas de ciertas decisiones queden fuera del "espectro de juridicidad" del derecho.

c) La asimetría entre libertad y competencia [297]. ¿Igualdad entre ciudadano y Administración? A propósito del "ciudadano múltiple".

Las notas clásicas distintivas del derecho público respecto del derecho privado usualmente son dos: **i)** la superioridad jerárquica (o jurídica) sobre el derecho privado y **ii)** la imperatividad de sus prescripciones. La noción de soberanía y las construcciones de exorbitancia, superioridad jurídica o jerárquica, imperatividad, y la presencia de reglas diversas -inversas en muchos casos- al derecho privado, son la base y esencia del derecho público clásico.

El esquema estructural lo resumimos bajo el siguiente esquema: El Estado en ejercicio de su "soberanía" manifiesta su *imperium* a través de uno de sus órganos mediante la utilización de técnicas -o a través del ejercicio de ciertas potestades- que pretende concretar el bien común y que subvierten la lógica y las reglas esenciales de funcionamiento de las relaciones jurídico-privadas.

Ahora bien, *la idea de subordinación del individuo, y de una Administración cuya primacía constituye la premisa indiscutida e indiscutible*[298]*, ya no se presenta como la condición necesaria y suficiente que explique la construcción del derecho público.*Este cambio comenzó a consolidarse a raíz de la transformación en la concepción del sujeto respecto del poder público: de súbdito a ciudadano[299].

Sin embargo, como bien afirma SCHMIDT-ASSMANN, el nuevo escenario no sitúa a los particulares y a la Administración sobre la base de igualdad en términos globales [300]. Es decir, es fundamental aclarar que admitir como punto de partida a la dignidad humana[301], al principio *pro homine* y a los derechos fundamentales, no supone

---

[297] Bajo este postulado SCHMIT-ASSMANN analiza la situación del ciudadano ante la Administración desde una perspectiva constitucional, Ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del derecho administrativo como sistema*, ps. 18 y ss.

[298] SCHMIDT-ASSMANN considera que en los orígenes del Derecho administrativo esa prelación entre sujetos respondía a la idea de la subordinación del individuo, propia de un Estado y de una Administración "…cuya primacía constituía la premisa indiscutida e indiscutible. La, en cierto modo, ingenua primacía del Estado administrador será una constante, un dato previo". Ver, ibídem, p. 19.

[299] El Tribunal Federal Alemán en una de sus primeras sentencias consagró este postulado. Ver, sentencia de 26 de junio de 1954, caso Fürsorgepflicht, en ibídem, p. 20.

[300] Ídem. Este autor siguiendo HESSE, sostiene que una cosa es que el individuo tenga la primacía y que sea considerado como una persona con un valor e identidad propias e irrepetibles y otra, muy distinta, que la persona se halle en pie de igualdad con el Estado. Ver, HESSE, Konrad: *Grundzüge des Verfassunsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl, 1995, núm. marg. 116 citado en SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit.*, p. 20.

[301] El derecho administrativo debe tomar como punto de partida y objetivo final a la dimensión individual en la tesis de SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit.*, p. 23.

igualar el ciudadano en términos jurídicos, de forma tal de licuar en forma absoluta la distinción entre derecho público y derecho privado[302].

En similar sentido, en ALEXY las "normas de competencia"[303] respecto de los órganos del Estado, crean la posibilidad de actos jurídicos y habilitan a los sujetos para que puedan modificar posiciones jurídicas por medio de actos jurídicos[304]. Si una competencia es una posición conferida por una "norma de competencia"[305], entonces el sujeto que ejerce la competencia sin necesidad de que concurra otra voluntad[306], puede modificar la posición jurídica de otro sujeto jurídico[307]. *Cabe aclarar, que la reconstrucción normativa que realizamos en los capítulos V y VI, no se corresponde con la formulación "norma de competencia".*

Con estos ejemplos, pretendemos aclarar que de ningún modo nuestra tesis se asienta en el derrumbamiento o derrocamiento de la autoridad. Inclusive, del propio esquema internacional de derechos humanos jerarquizados en nuestra constitución se afirma el deber de las personas de "…obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de su país y de aquél en que se encuentre"[308].

El nuevo escenario sitúa el fenómeno en términos más complejos al matizar, fragmentar y, en ciertos casos, unificar las soluciones acorde a los diversos ámbitos y múltiples y variados derechos que están presentes en la ecuación ciudadano-Administración[309].

En esta interrelación, de cara a las dimensiones normativa y orgánica el ciudadano se posiciona como un "ciudadano múltiple"[310]. Si bien no se elimina la facultad de imponer unilateralmente de obligaciones[311], a nuestro juicio ésta se reconstruye a la luz de otros fundamentos que determinan otra validación y lógica de funcionamiento en el ejercicio del

---

302 Al respecto, SCHMIDT-ASSMANN entiende que la igualdad entre el Estado y el individuo "…no constituye un modelo explicativo útil de cara a la construcción del Derecho administrativo, habida cuenta de que no da respuesta a las necesidades de actuación que pueda demandar la comunidad estatalmente constituida".

303 Según ALEXY, el incumplimiento de una norma de competencia provoca la nulidad o el carácter defectuoso del acto. Ver, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2° Ed., traducción y estudio de BERNAL PULIDO, Carlos, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007, p. 207.

304 Ver, ibídem, p. 206, nota 168 con cita de ROSS, A., *Directives and Norms*, Londres, 1968, p. 130.

305 Ver, ALEXY, Robert, *ob. Cit.,*p. 208.

306 Como ejemplo de este supuesto, ALEXY brinda a la competencia que emerge de la celebración de un contrato en la cual es indispensable la concurrencia de la voluntad de otro sujeto.

307 Ver, ibídem, ps. 208 - 209.

308 Ver, Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, artículo XXXIII.

309 Por ello es que un sector de la doctrina alemana entiende que postular una posición igualitaria resulta estrecha y poco matizada para aprehender el entero fenómeno de las relaciones Estado-ciudadano. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La Teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 20.

310 Esta noción la utiliza MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 472.

311 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit.*, p. 21.

imperium [312] . Por de pronto, adquieren protagonismo las nociones de consenso, participación, cooperación y coordinación como premisas esenciales en el ejercicio del poder público[313].

Ahora bien, sobre esta plataforma, la doctrina alemana pone el acento en la asimetría existente entre las relaciones Estado-ciudadano. Esta asimetría no hace sino más que postular un esquema clásico del derecho administrativo: el individuo actúa en el marco de una libertad jurídicamente constituida, mientras que el Estado actúa en un ámbito de competencia jurídicamente atribuida[314]. Ampliemos esta cuestión sobre la base de tres ejes.

En *primer lugar*, la ecuación autoridad y libertad no logra reconfigurar de modo acabado la problemática actual. En efecto, no puede conducir en forma íntegra los múltiples fenómenos del Estado constitucional en donde se presentan pluralidad de actores, pluralidad de intereses, pluralidad de normas, y múltiples órganos en concurrencia.

En *segundo plano*, la Administración y el derecho administrativo no sólo deben ordenar, disciplinar y limitar el poder, sino que (al igual que la teoría de la división de poderes) deben ser flexibles y se deben orientar hacia la eficacia, eficiencia y efectividad en la acción administrativa[315]. Todo ello con el propósito de tutelar de modo efectivo a los derechos fundamentales en el marco del Estado constitucional de derecho.

En *tercer término* y en consonancia con lo indicado con antelación, la estricta vinculación positiva de la Administración al derecho -sólo puede realizar lo que expresamente se le atribuye por norma- resulta una condición necesaria pero no suficiente para legitimar su obrar.

Ahora, además, se requiere un examen concreto y específico en relación a los valores de *eficacia y eficiencia* para examinarlos en la concreción y optimización de la tutela de

---

[312]Es decir, la protección de los individuos frente al Estado, mantiene el debido correlato que determina que el individuo también se halla vinculado a la comunidad como presupuesto para que el Estado pueda proteger a todos los ciudadanos. Como afirma SCHMIDT-ASSMANN, se configura una concurrencia y multiplicidad de intereses en juego, situación que dificulta su procesamiento y ponderación. Ver, ibídem, p. 25.

[313]Desde ya que ello no derrumba de un plumazo la coercibilidad y las decisiones unilaterales que -cuando menos- todavía no se corresponden con una ecuación igualitaria entre ciudadano-Estado/Administración Desde un sector de la doctrina alemana, ello se fundamentó porque el Estado está obligado a garantizar el Derecho y los derechos de sus miembros. Así se afirma que: "…ello no se alcanza generalmente mediante la igualdad y a través del consenso". Ver, ibídem, p. 21.

[314] Ibídem, ps. 21-22.

[315] Es lo que la doctrina alemana llama "la doble finalidad" del derecho administrativo. Ver, ibídem, p. 26. Textualmente afirma este autor "…en un Derecho administrativo enmarcado en una Constitución de las libertades habrá de tener también su sitio la idea de la eficacia, de la funcionalidad, de la capacidad de actuación efectiva". Ídem.

los derechos. La observancia de estándares universales, la vigencia de los principios de racionalidad, motivación "intensa", moderación, eficacia, eficiencia, efectividad y proporcionalidad[316] constituyen variables que se requieren para legitimar y validar el obrar estatal.

D) ESTADO CONSTITUCIONAL

§ 7. El Estado constitucional de derecho[317].

Hay dos grandes factores que caracterizan a un Estado Constitucional de derecho: por un lado, el reconocimiento de derechos y el otorgamiento a los particulares de medios idóneos para su defensa y, por otro, el sometimiento de la Administración a la Ley.

En resumidas cuentas, el concepto de Estado Constitucional resume dos conceptos en su seno: el del estado como organización política y el derecho como el que marca límites y funciones de dicha organización. Podemos señalar, a *grossomodo*, que la reconstrucción del concepto de Estado de Derecho presenta tres grandes hitos.

En primer lugar, la lucha por someter al Estado Absolutista a reglas, lo que culmina con la Revolución Francesa y el nacimiento del Derecho Administrativo. Un segundo momento, en el que se buscó que el Estado sometiera al control de los jueces su actividad administrativa. Y, finalmente un tercer momento, resultado de las grandes guerras las limitaciones al Estado a raíz de la universalización de los derechos humanos.

HÄBERLE considera que el Estado Constitucional se caracteriza por la dignidad humana como premisa cantropológica – cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y por la tolerancia, por la pluralidad de partidos y la independencia de los tribunales[318].

En este contexto, y como ya se ha evidenciado en el estudio de los parágrafos anteriores, la noción de Estado de Derecho demanda integralidad y coherencia. El Estado de derecho en la actualidad implica la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos en ella establecidos; por tanto, la

---

316 Según SCHMIDT-ASSMANN, estos dogmas son relevantes al igual que la necesidad de legitimación de la acción administrativa. Ver, ibídem, p. 22.

317 Ver, Anexos IV; V, VI y VIII.

318 HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, traducción de FIX-FIERRO, Héctor, Edición del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 2003, p. 17.

sujeción positiva del poder a las normas, se orienta a garantizar los derechos fundamentales de las personas.

a) Del Estado legal al Estado Constitucional de Derecho.

Manuel García Pelayo conceptualizó las diferencias del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho del siguiente modo:

> "(…) El primero se caracteriza por el principio de legalidad, es decir, por la afirmación de la primacía de la Ley sobre los restantes actos del Estado hecha efectiva por el funcionamiento de los tribunales destinados a garantizar la legalidad de la actuación de estatal. El segundo se caracteriza por el principio de constitucionalidad, es decir, de la primacía de la Constitución sobre la Ley y por el funcionamiento de una jurisdicción que entienda en la Constitucionalidad de los actos del Estado, incluida la propia Ley. El Estado Constitucional de Derecho mantiene, pues el principio de legalidad pero subordina sus formas concretas de manifestarse al principio de constitucionalidad[319]".

La principal consecuencia es que el Estado Constitucional de Derecho no anula, sino completa la noción de Estado de Derecho, puesto que el ordenamiento constitucional no hace más que disciplinar a las normas inferiores del sistema. Esta nueva forma de concebir al Estado se encuentra íntimamente vinculada con los cambios operados en el principio de legalidad y en el concepto de soberanía. En los hechos, determina la positivización y universalización de ciertos valores. Así, ponen fuera de juego a aquellas nociones que sostienen que no pueden derivarse normas de valores morales.

Del mismo modo, debemos desprendernos del antiguo concepto de la " soberanía estatal": por el lado externo, al reconocer el " condicionamiento supraestatal del Estado" aunque también existe un condicionamiento estatal de lo supraestatal, ya que solamente los Estados constitucionales " sostienen" a la comunidad de las naciones; en el lado interno, por el reconocimiento de que los ordenamientos de protección a la libertad, de competencias y funciones de una Constitución en el Estado constitucional, no tienen espacio para la soberanía de cualquiera[320].

---

[319]GARCÍA PELAYO, Manuel, *Estado Legal de Derecho y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional Español*, en ILANUD, Años 9-10, Nros. 23-24, p. 8

[320]HÄBERLE, Peter, *ob. Cit*., p. 20.

b) Los caracteres del Estado Constitucional de Derecho.

El rasgo específico del Estado Constitucional de Derechoes el positivismo jurídico y la sujeción del Estado al Derecho, puesto que la misma producción de normas, tanto formales como sustanciales, se encuentra regulada en las Constituciones. Es decir, tanto la existencia como la validez de las normas se hallan positivizadas, mediante el establecimiento de valores ético – políticos, tales como la igualdad, la dignidad de las personas, los derechos fundamentales, étc. Estos conforman los valores axiológicos del derecho positivo (no siendo ya meramente contingentes), son el derecho sobre el derecho, en el decir de FERRAJOLI[321].

De allí que podamos afirmar que esta forma de concebir el Estado asocia al sistema jurídico ciertos valores morales fundamentales que se condensan en la noción de derechos fundamentales. A la vez – y como ya hemos visto – se integra con las nociones de soberanía de los derechos humanos y estratificación de la juridicidad.

Con relación al principio de legalidad, recordemos que éste se asocia a la noción de competencia y a la estricta vinculación positiva de la actividad de la Administración al derecho. Esto implica: 1) que están determinadas las funciones a cumplir de cada uno de los órganos; 2) que tienen potestades para poder cumplirlas y 3) la existencia de límites a la actuación que en última instancia vienen dados por la Constitución y normas equivalentes en jerarquía. Sujeción a ley, en este contexto, es sujeción a la Constitución.

La existencia de límites plantea el problema de las prerrogativas del Estado. Hoy ya no puede reconocerse la existencia de límites a la justicibialidad de la actividad de la Administración. Más aún, la justiciabilidad de la administración es plena[322], tanto en el plano interno como en el plano internacional, mediante los Tribunales Internacionales para la protección de los derechos humanos fundamentales.

---

[321]Cfr. FERRAJOLI,Luigi, *Derechos y Garantías*, p. 19.

[322] Admitir una justiciabilidad plena no implica admitir que el juez es todo poderoso y puede sustituir cualquier acto o decisión estatal. El juez en el estado constitucional puede conocer en un asunto bajo dos grandes premisas: a) que haya caso, causa o controversia y b) que la decisión pueda ser abordada desde un plano jurídico y no desde uno estrictamente político. Por ejemplo, a nuestro juicio la facultad de veto que tienen los poderes ejecutivos, no puede ser juzgada en cuanto a sus sustancias (sí en cuanto al modo de ejercerla que se encuentra usualmente reglada).

c) La justiciabilidad constitucional.

Este nuevo paradigma constitucional presupone nuevas reglas de *judicial review*. En concreto, presupone un tipo nuevo de control judicial de la actividad de la Administración que podríamos denominar *judicial review* en sentido "fuerte". Veamos.

Ya hemos afirmado que el paradigma del Estado Constitucional de Derecho es la "doble sujeción del derecho al derecho"[323]. Esto implica que para la preservación del sistema deben existir mecanismos de control que mantengan dentro los límites constitucionales a los poderes públicos y, en particular, a la Administración Pública. Es decir, son necesarios mecanismos que neutralicen las posibles desviaciones de la administración pública de las normas de su competencia o que impliquen excesos.

Sin embargo, como en el "Estado Constitucional de Derecho no hay poderes soberanos", los controles deben incluir *quién* y *cómo* se manda y también deben controlarse los requisitos materiales es decir *qué* es lo que se manda[324]. Por ello todos los poderes (y no sólo la Administración pública) se hallan vinculados al Derecho y determinados en la producción de los contenidos por los derechos fundamentales. Incluso, desde antaño WALDRON ha reconocido que los actos del Poder Ejecutivo están sujetos al principio de *Rule of Law*[325] (estado de derecho).

En los sistemas de *judicial review* fuerte, los jueces tienen la facultad de declinar la aplicación de la ley en un caso particular o bien modificar el efecto de una ley para conformar su aplicación con los derechos fundamentales. Este tipo de revisión judicial es compatible con nuestro esquema constitucional en tanto se dispone que quien tiene la última palabra en materia de todos los puntos regidos por la Constitución es el Poder Judicial (cfr. Artículo 116 CN[326]).

---

[323] Cfr. FERRAJOLI,Luigi, *ob. Cit.,* p. 22.

[324] Cfr.: PRIETO SANCHIS, Luis, *Principia Iuris: una teoría no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional*, en Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 31, 2008, p. 328.

[325] Cfr.: WALDRON distingue entre *judicial review* fuerte y débil, aunque sólo admite el sentido débil, realizando fuertes críticas al sentido fuerte por incompatible con el sistema democrático (Vid., WALDRON, Jeremy, *The core of the Case Against judicial review,* en The Yale Law Journal, Tomo 115, 2006, p. 1346 y ss.) En nuestra opinión el Estado Constitucional en la versión de FERRAJOLI que es en definitiva la que aquí se adopta implica necesariamente un control judicial fuerte.

[326] Artículo 116, Constitución Nacional: ***Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de***

Básicamente esta operación de ingeniería judicial, en el caso de *principios* o *derechos fundamentales* en juego, requiere:

En *primer lugar,* frente a un caso concreto analizar si su regulación resulta o no razonable por implicar un sacrificio desproporcionado del derecho fundamental relevante. En *segundo lugar*, construir el conflicto de derechos fundamentales en juego, los que están detrás de la regulación del caso, distinguiendo entre los que parecen satisfechos por la regulación y los que aparecen afectados por ella. En *tercer lugar*, argumentar a partir de reglas de ponderación. Y finalmente, aplicar el criterio constitucional triunfante (en el caso) con la consiguiente desaplicación del precepto "derrotado"[327].

Sin embargo aquí sólo se presentan cuestiones genéricas. Todas las cuestiones relativas a la construcción del caso y la aplicación de las normas será abordado *infra* en el Capítulo V y VI a los que remitimos al lector.

d) Conclusión preliminar: La vinculación positiva como única forma legítima de la Actuación de la Administración con relación a la Ley en el Estado Constitucional de Derecho.

Desde un punto de vista jurídico dogmático, a nuestro entender hoy en día no puede hablarse de un ámbito de reserva de ley en términos tradicionales. Parafraseando a KELSEN, nos atrevemos a afirmar que cuando el juez, el legislador, el ejecutivo hace uso de *esa* ficción, tiene la finalidad política de elevar la autoridad al atribuirle una función que expresamente le fue quitada (en nuestros tiempos por el Estado Constitucional de Derecho), como hemos evidenciado con el devenir histórico.

La razón del poder ya no puede buscarse más en una instancia soberana que trasciende la sociedad, sino en reglas de funcionamiento inherentes a ésta"[328]. Reglas que, por cierto, sólo son validadas a la luz de un Estado constitucional bajo la utilización 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 Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

[327]Cfr.: PRIETO SANCHIS, Luis., *ob. Cit.*, p. 339.

[328] SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 212. La explicación del derecho posmoderno, afirma MUÑOZ MACHADO siguiendo a OST, puede hallarse en el fenómeno de la forma de una red. Es un derecho resultante de la fragmentación del soberano que "es una estructura en red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede ser un banco de datos". Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 473.

parámetros jurídicos racionales y universales, en el marco de la concreción y efectividad de los derechos fundamentales.

Los Estados constitucional hoy no pueden desconocer que los derechos humanos forman parte del programa normativo de los mismos y su actividad se halla sometida a la estricta vinculación positiva al derecho.Podemos concluir con BOBBIO que el Estado de derecho hoy presupone la subordinación de los poderes públicos de cualquier grado a las leyes generales del país y también a las leyes "…al límite material del reconocimiento de algunos derechos fundamentales considerados constitucionalmente, y por tanto en principio inviolables"[329].

La incorporación de dichos valores no constituye, claro está, un rechazo a las tesis del positivismo, sino que invita a repensarlo desde la defensa de los derechos fundamentales.

Para garantizar esto, es imprescindible reemplazar la noción clásica de reserva de la ley por la noción de competencia para caracterizar el marco de actuación del Estado. En palabras de KELSEN: *"El jefe del Estado, en una república democrática, así como el miembro del gabinete en una monarquía absoluta, tiene que ejercer sus funciones, que en lo esencial son funciones jurídicas, como obligaciones correspondientes al cargo (…) éstas resultan de disposiciones especiales, que estatuyen una responsabilidad específica. Son también órganos del Estado, no como funcionarios estatales, sino en cuanto desempeñan, con una división del trabajo, funciones determinadas por el orden jurídico*[330]".

En este contexto, la actuación administrativa es siempre el ejercicio de facultades normativas, las que crearán, modificarán, extinguirán, protegerán, relaciones jurídicas concretas[331]. A través de estas facultades jurídicas, asimismo, se expresarán los criterios técnicos de actuación de la Administración, puesto que configuran, en definitiva, el único ámbito en el que existen.

Como bien afirma MERKL al referirse al principio de juridicidad: "Este principio (...) [determina que] toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de

[329] Ver, BOBBIO Norberto, *Liberalismo y democracia*, 11° Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 19.

[330] KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción del original en alemán de VERNENGO, Roberto J., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 1979, p. 302.

[331]GARCIA de ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo,* T. I, p. 460.

vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico, o partiendo de un precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho...".

Esto quiere decir que el principio de juridicidad, no implica que la Administración debe atenerse al derecho vigente y que no debe violarlo. El propio MERKL expresamente se ocupa de desechar esta interpretación:

> "Este principio de la juridicidad de la administración no constituye un postulado jurídico-político, que expresaría la conveniencia de que, en la medida de lo posible, cada una de las acciones administrativas haya de ser comprendida por el derecho o que descanse en él... También sería una falsa interpretación de ese principio extenderlo como expresión de la exigencia de que la administración debe de atenerse, en la medida de lo posible, al derecho vigente, y que no debe violarlo".

De que allí que la atribución de potestades a la Administración tiene que ser expresa y por ende, carezca de poderes implícitos. De este modo, la vinculación entre el principio de legalidad -o de juridicidad en los términos de MERKL- y la discrecionalidad administrativa, viene dada por el fenómeno de aplicación del derecho.

Y aquí comienza la problemática. Los textos legales muchas veces son imprecisos, vagos y poseen numerosos conceptos indeterminados. Aquí es donde pueden surgir dudas acerca de si algo es o no competencia del órgano, o bien sobre cómo deben aplicarse las normas para resolver la cuestión que plantea un administrado. O bien, la resolución de un caso puede requerir la aplicación de valores que se hallan en situación de conflictos normativos.

Sobre este escenario, el ámbito propio de la discrecionalidad es el de la interpretación de los textos normativos. La actividad de la administración y la de juez no difieren cualitativamente en lo que respecta al componente decisional presente en ambas funciones: ambos crean y aplican normas jurídicas.

Como luego veremos, el margen de apreciación es lo suficientemente amplio y permite realizar ciertas operaciones de ponderación donde el componente de "adjudicación" adquiere una especial relevancia. En definitiva, la aplicación del derecho es un acto de adjudicación de un sentido (semántico) a un texto normativo.

Ahora bien alguien podría objetar ¿qué lugar ocupa la "representación política"? Nuevamente recurrimos a Kelsen:

> *"Representación (política) significa lo mismo que representación civil. Se dice: "el incapaz de hecho no actúa por sí, pero lo hace a través de su representante legal". Ello significa: "se* ***atribuye*** *al incapaz de hecho los actos del representante legal, porque éste debe realizar mediante sus actos los intereses del representado". Cuando que un órgano representa, en ejercicio de su función, al pueblo, esto es: a individuos que constituyen la sociedad estatal; cuando se* ***atribuye esa función a esos individuos****, se alude a que el individuo, cuya función cabe también atribuir a la persona del Estado, y que, por ello, puede ser tenido por órgano del Estado, está obligado a jurídica o bien también moralmente, a ejercer su función en interés del pueblo, es decir, de los individuos que constituyen la comunidad estatal"*[332]

En esencia KELSEN sostiene que se cree ver en la representación política en que en la voluntad del representante sea la voluntad de los representados pero esto no es más que una ficción (al igual que lo es la ficción del derecho civil). Y se pregunta, ¿cuándo es científicamente legítimo utilizar conceptos tales como órgano, mandato o representación? A nuestro entender, siempre que se admita la naturaleza de la atribución imputativa y que con atribución en una persona jurídica, no se pretende decir más que la referencia de esa función a la unidad de orden jurídico, constituyente de la comunidad, que la determina.

A la vez, cuando se dice que el Estado cumple la función a través de un órgano se quiere decir que la persona jurídica, como titular de esa función, como sujeto de la obligación cumplida con la función, como sujeto del derecho ejercido mediante ella, es un ente real, diferente de los miembros del grupo colectivo o del Estado[333].

En resumidas cuentas, la consecuencia de este análisis histórico preliminar es que nuestro objeto de estudio deberá encuadrarse en el Rol de la Administración en el Estado de Derecho. Este, en principio, queda circunscripto, delimitado por las normas de competencia, derivado tanto del principio de vinculación positiva de la ley en la actuación de la Administración y el principio de división de poderes, pero enfocado desde una visión funcional. Es decir, creemos que la única forma constitucionalmente posible de entender al principio de legalidad es en su formulación de vinculación positiva.

Por tanto, el *judicial review* en este contexto debe ser fuerte, en pos de garantizar la optimización de los derechos fundamentales de los particulares y además preservar "la

[332]KELSEN, Hans, *ob. Cit.*, p. 303.
[333]KELSEN Hans, *ob. Cit.*, p. 304.

salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público", que sin dudas es un objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos[334].

[334] Ver, CIDH, caso "Acevedo Jaramillo y otros". Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, párr. 213 y jurisprudencia allí citada.

CAPÍTULO III

ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DE LADISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

A) DOGMÁTICA DE LA DISCRECIONALIDAD EN ALEMANIA

§ 8. Introducción

Por lo general se denomina discrecionalidad a la facultad o "libertad de elección" entre dos o más alternativas válidas para el derecho[335]. Sin embargo, esa denominada "libertad de elección" no implica una libertad en términos literales[336]. Cuando se realiza esta afirmación, en realidad -aunque no se lo afirme expresamente- se refiere a los diversos matices de libertad dentro del espectro jurídico. O como afirma SCHMIDT-ASSMANN, una libertad dirigida en todo momento por el Derecho[337].

Para comprender las diversas posturas dogmáticas en torno a la discrecionalidad, es preciso analizar cómo la dogmática tradicionalconcibe a las normas jurídicas. En concreto, el punto de partida es el siguiente: las normas jurídicas son proposiciones de carácter condicional y allí se deduce que si una concreta conducta realiza el supuesto o presupuesto de hecho descripto en el texto legal, entonces debe regir la o las consecuencias jurídicas previstas legalmente.

O más precisamente, usualmente los análisis del fenómeno discrecional presuponen realizar una descomposición de las normas jurídicas a partir de tres elementos:

i) La composición de un presupuesto o supuesto de hecho;

ii) Un operador imperativo o facultativo –deberá/podrá- que conecta el presupuesto de hecho con la consecuencia jurídica;

iii) La consecuencia jurídica.

---

335 Ver por todos, SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2° Ed. actualizada y ampliada, Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 443. Desde un sector de la doctrina alemana, por el contrario, se afirma que la discrecionalidad no significa "libertad de elección" ya que el poder está dirigido por el Derecho y debe orientarse según parámetros normativos. Ver por todos, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, La *teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 221.

336 Si la elección se realiza sobre dos o más alternativas válidas para el derecho, no hay libertad para elegir una ajena a la validez del derecho. De ahí que la libertad de elección se encuentra restringida al derecho.

337 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit.*, p. 221.

A partir de aquí, el proceso de aplicación de la ley desde un punto de vista analítico, se puede presentar en cuatro fases:

i) averiguación y comprobación del hecho o conducta;

ii) concreción, interpretación y comprobación del contenido del supuesto de hecho previsto legalmente;

iii) subsunción;

iv) constatación de la consecuencia jurídica[338].

Estas cuatro fases siempre se encuentran recíprocamente relacionadas entre sí. No obstante, corresponde aclarar que en los capítulos V y VI respectivamente, intentaremos reconstruir el fenómeno discrecional a partir de los postulados teóricos de la teoría general del derecho y, específicamente, a partir de la corriente denominada *filosofía analítica*.

Ahora bien, el abordaje de la discrecionalidad por parte de la dogmática tradicional, tiene como punto de partida tres grandes variantes sobre la ubicación de la discrecionalidad[339].

En *primer lugar* se alude a la "teoría o tesis reduccionista" que ubica a la discrecionalidad como un fenómeno exclusivamente derivado de la indeterminación de las consecuencias jurídicas de las normas jurídico-administrativas (la postura que denominamos clásica).

En *segundo plano* se concibe la "teoría unitaria" en donde la discrecionalidad es consecuencia de la indeterminación de las consecuencias jurídicas y de los supuestos de hecho, aunque en esta corriente puede advertirse diversos matices.

En *tercer término,* se ubica la discrecionalidad como ámbito exclusivamente circunscripto a la imperfección o indeterminación del supuesto de hecho normativo.

En este capítulo,intentaremos resumir el estado actual de la discrecionalidad En Alemania, Argentina y España. A nuestro juicio, el país germano es, sin dudas, el ámbito en donde más se han desarrollado las teorías en torno al fenómeno discrecional.

§9. Discrecionalidad de la Administración y su control en la doctrina alemana.

[338] Este esquema es desarrollado por MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, traducción coordinada por DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 166.

[339] En el derecho español, BACIGALUPO ha desarrollado las diferentes variantes haciendo especial hincapié en la doctrina y jurisprudencia alemana. Ver, BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa,* Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 107 y ss.

En Alemania la teoría de la discrecionalidad administrativa mantuvo durante mucho tiempo una estrechísima vinculación con la construcción y el desarrollo de la justicia administrativa. En concreto, la discrecionalidad operaba como un concepto delimitador de ámbitos competenciales[340]/[341].

Hasta la consagración normativa que previó el control de la discrecionalidad, a través del artículo 114 de la ley de Jurisdicción administrativa alemana de 1960[342], la doctrina y la jurisprudencia perfilaron las acciones contra decisiones discrecionales[343] que sólo podían apoyarse -para exceptuar la regla de la inmunidad jurisdiccional- en dos cuestiones: *a)* que se excedan los límites legales de la discrecionalidad[344] y *b)* que su uso no se corresponda con el fin para el que se concedió[345].

Entre estos ámbitos, históricamente se consagraron las siguientes especies que determinaban la admisión del control de la discrecionalidad:

i. los "vicios de la discrecionalidad" (*Ermessensfehler*)[346];
ii. los "excesos de discrecionalidad" (*Ermessensüberschreitung*);
iii. el "uso defectuoso de discrecionalidad" (*Ermessensfehlgebrauch*) [347] cuya principal subdivisión era el "abuso de la discrecionalidad" [348] (*Ermessensmissbrauch*) [349] que se comparaba con la

[340] Ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, La *teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 219.
[341] El artículo 13, & I, núm. 3 de la Ley de 8 de agosto de 1878, excluyó las cuestiones discrecionales de la competencia del Tribunal administrativo bávaro. Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 136 y nota al pie nº 26.
[342] Ley de 21 de enero de 1960. Ver, BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 115.
[343] Según SCHMIDT-ASSMANN, en el terreno de confluencia entre la discrecionalidad y la competencia de los tribunales contencioso-administrativos se "…libraron los diversos debates doctrinales habidos en torno a la creciente intensificación del control judicial de la Administración". Ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit*., p. 219.
[344] FORSTHOFF se refirió al error sobre la existencia o los límites de la potestad discrecional o la no observancia de estos últimos. Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 140.
[345] FORSTHOFF entiende que las diferenciaciones y clasificaciones de los defectos en el ejercicio de la potestad discrecional han tenido verdadero éxito. Ver, ídem.
[346] Actualmente, MAURER enuncia los siguientes vicios en los que puede incurrir quien ejerce potestades discrecionales: a) exceso en el ejercicio de la discrecionalidad; b) omisión en la uso de la discrecionalidad; c) mal uso o abuso de la discrecionalidad; d) vulneración de los derechos fundamentales y principios generales del Derecho administrativo Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo. Parte General*, ps. 172-174.
[347] BACHOF, Otto, *La jurisdicción administrativa en la república federal alemana*, en Revista de Administración Pública, nº 25, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Enero-Abril 1958, p. 306. No obstante a esta noción también implicaría supuestos de arbitrariedad. Ver, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1° Ed., Civitas, Madrid, 1976, p. 226, con cita de EYERMANN E. – FRÖHLER L., *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, München, 1971, p. 605 y ss. Desde la óptica de FORSHOTFF, se debía hablar de error sobre la existencia o los límites de la potestad discrecional o la no observancia de estos últimos. Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 140.
[348] El abuso de la discrecionalidad se da cuando una autoridad fundamenta el acto, formalmente correcto, en consideraciones ilícitas o impertinentes. BACHOF, Otto, *ob. Cit*., p. 306.
[349] SAINZ MORENO, Fernando, *ob. Cit*., p. 226.

desviación de poder de la doctrina francesa[350];

iv. la "arbitrariedad de la discrecionalidad" (*Ermessenswillkür*)[351];

v. el sometimiento de la discrecionalidad a la llamada "moralidad administrativa"[352];

vi. la imposibilidad de que el ejercicio de la potestad discrecional viole el principio de igualdad[353];

vii. a su vez se controlaba si la decisión tenía un fundamento de hecho adecuado[354] (*zutreffende Tatsachengrundlage*);

viii. se controlaba, asimismo, si el *ámbito de discrecionalidad se había agotado*; es decir, si había desaparecido la posibilidad de, al menos, más de una alternativa. Aquí sólo se admitía una decisión (de este modo, ya no podría funcionar el elemento decisor propio de la discrecionalidad*Ermessensreduzierung*);

ix. por último, si se ha hecho uso de la discrecionalidad de la forma y manera prevista por la ley (*Ermessensüberschreitung*)[355].

Los *defectos en el uso de la discrecionalidad*, acaecían, por ejemplo, cuando la autoridad podía retirar a un industrial la licencia para el comercio ambulante a causa de "no ser de confianza". Se la retiraba, sin embargo, creyendo erróneamente que la falta de seriedad era un motivo obligatorio de revocación[356].

La "*arbitrariedad de la discrecionalidad*"[357], se concebía cuando la autoridad se separaba

---

[350] BACHOF, Otto, *ob. Cit.*, p. 306.

[351] Los supuestos de arbitrariedad, con concebidos también bajo la denominación de *Ermessensfehlgebrauch*.

[352] Siguiendo a BERNATZIK, y a otros autores, FORSTHOFF destaca que el Derecho no es ya sólo límites sino máxima del obrar. Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 138, nota nº 31, con cita (entre otros) de BERNATZIK, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft,* 1888, p. 43.

[353] En caso de igualdad de relaciones de hechos efectivos y de relaciones jurídicas, no se podía tratar a un ciudadano o a una clase de ciudadanos de diverso modo que a los demás, al ejercer la potestad discrecional. Ver, FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción de la 8° Ed. alemana por GENDIN, Sabino A., Editorial Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933, ps. 114 - 115, con cita (entre otras) de la Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-administrativo de Prusia de 18 de mayo 1909. Ibídem, p. 115 y nota 23. Es decir que la administración no se podía apartar arbitrariamente de la práctica administrativa.

[354] SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 226, quien reproduce los aspectos que se podían controlar en el derecho alemán según la concepción de SCHMIDT-SALZER, Joachim, en Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungssbebörden (Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit), Berlín, 1968, p. 9. FORSTHOFF, entre otros defectos en el ejercicio de la potestad discrecional, hablaba de la faltas en la valoración de los hechos que debían ser tenidos en consideración. Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 140.

[355] En concreto, este control pretendía determinar si existen defectos abstractos en la manera de actuar. Ver, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 226. En similar sentido, FORSTHOFF, Ernst, *ob. Cit.*, p. 140.

[356] El ejemplo lo trae a colación BACHOF, Otto, *La jurisdicción administrativa en la república federal alemana*, p. 306, nota al pie nº 28. Para el precitado autor, "…infringir el precepto constitucional significa que la autoridad estaba ligada por él y carecía, en este sentido, de discrecionalidad. Se trata, pues, aquí, de una inequívoca infracción legal". Ídem, p. 307.

[357] FORSTHOFF distingue entre obrar "caprichoso" y "arbitrario". El primero, se refiere exclusivamente por consideraciones subjetivas si conexión con fines objetivos; en el segundo, en cambio, se actúa con

de una práctica administrativa en un caso aislado y sin motivo que fuerce a ello (especialmente si se infringe el principio constitucional de igualdad)[358].

Aun cuando se actuaba dentro del margen de la ley, se autorizaba el control cuando la autoridad excedía los límites estrictos que imponía la "situación fáctica concreta". Como ejemplo, se daba el caso en que una orden administrativa determina que los derechos a percibir por la expedición de las licencias de construcción oscilan entre 5 y 5.000 D.M. Si la autoridad exigía 4.000 por la concesión de una licencia para construir un pequeño cobertizo, no se obraba en forma adecuada al "fin de la discrecionalidad". A este caso, BACHOF lo situaba en una línea borrosa entre "*excesos de la discrecionalidad*" y los "*usos defectuosos de ella*"[359].

La inmunidad jurisdiccional de la discrecionalidad instaurada en 1878, se correlacionaba con la necesaria exigencia de un "derecho subjetivo a la discrecionalidad correcta"[360]. El control, entonces, se consagraba sobre la "*juridicidad de la discrecionalidad*"[361] y no sobre la oportunidad (*Zweckmässigkeit*). Con la vigencia de la ley de jurisdicción contencioso-administrativa alemana, en mayo de 1960, se previó a través del artículo 114 el control de la discrecionalidad en los siguientes términos: "*Discrecionalidad. En los casos en que la Administración ha hecho uso de sus facultades discrecionales, no puede el Tribunal sustituir su propio criterio por el de la Administración; pero puede declarar la ilegalidad de la misma cuando esta discrecionalidad haya traspasado los límites legales o no haya sido utilizada con el fin que fue prevista*[362]. A este texto, en 1996 se añadió otro inciso que expresa lo siguiente: "*El órgano administrativo puede completar el razonamiento que le llevó a adoptar el acto discrecional durante el proceso contencioso-administrativo*"[363].

Este panorama, actualmente se completa con el control a partir de los llamados "elementos reglados en el ejercicio de potestades discrecionales"[364]. Según MAURER, esa

---

fundamento en motivos extraños al asunto. Cita aquí el precitado autor, a la doctrina francesa de la desviación de poder (*détournement de pouvoir*). Ver, FORSTHOFF, Ernst, *ob. Cit*, p. 138-139.

358 BACHOF, Otto, *La jurisdicción administrativa en la república federal alemana*, ps. 306-307.

359 Ibídem, p. 307. Para FORSTHOFF, cuando la potestad discrecional traspasa sus límites o persigue un fin situado fuera de su ámbito, se habla de su carácter "defectuoso". Ver, FORSTHOFF, Ernst, *ob. Cit.,* p. 139.

360 Si bien BACHOF destaca que esta figura jurídica estaba discutida, la inmensa mayoría de los Tribunales y la doctrina la reconoce. BACHOF, Otto, *ob. Cit*., p. 307.

361 En la tesis de FORSTHOFF, los Tribunales administrativos sólo deciden cuestiones de Derecho y no sobre cuestiones discrecionales; sin embargo, las sentencias muestran –señala el autor-, una tendencia a interpretar las cuestiones discrecionales como cuestiones de aplicación del Derecho. Ver, FORSTHOFF, Ernst, *ob. Cit*, p. 127, nota nº 10 con cita (entre otras) de la sentencia del Bayr. VGH de 24 de noviembre de 1948, DV. 2 Jg, p. 220. En este caso, se trataba de determinar si la vivienda estaba habitada por suficientes personas, decisión que no podía ser considerada como una cuestión discrecional. Como la ley establecía una serie de presunciones (KRG núm. 18 y DVO núm. 115), había que determinar si las presunciones se daban o no en el caso.

362 Ver, NIETO, Alejandro, *Nueva ordenación de la jurisdicción contencioso-administrativa en la República Federal Alemana*, en Revisa de Administración Pública española, nº 31, Enero-Abril 1960, p. 357.

363 Ver la modificación llevada a cabo por la Ley de reforma de la VwGO de 1 de noviembre de 1996 (Bundesgesetzblatt, 1996, núm. 55) que añadió este nuevo inciso final al art. 114. Ver, BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 118, nota 35.

364 La más calificada doctrina brasileña se ha referido a los elementos reglados en el ejercicio de potestades

noción o tipo de control, adopta el siguiente punto de partida: no existe una discrecionalidad libre o absoluta; lo que existe es una discrecionalidad ejercida en el modo debido, o una "discrecionalidad jurídicamente vinculada"[365].

De este modo, con sustento en el & 40 VwVFG y sus preceptos concordantes, los órganos administrativos están obligados a ejercer su discrecionalidad de acuerdo con la finalidad de la habilitación concedida y respetar los límites legales de la potestad discrecional[366].

En este contexto los "vicios en el ejercicio de la potestad discrecional" sólo tienen lugar cuando no han respetado las limitaciones que la ley impone al ejercicio de dicha potestad[367].

§10. Teoría reduccionista de la discrecionalidad

La tesis reduccionista concibe a la discrecionalidad como un margen de libertad de decisión administrativa que las normas pueden establecer en el ámbito de las consecuencias jurídicas[368]. Es la indeterminación normativa de las consecuencias jurídicas lo que genera la discrecionalidad administrativa bajo esta concepción[369].

En similar sentido, la doctrina francesa concibe al poder discrecional "el poder de elegir entre dos decisiones o dos comportamientos (dos al menos) igualmente conformes a la legalidad" [370]. En idénticos términos, en nuestro país una de las variantes de esta formulación se realiza bajo lo que se conoce: "libertad de elección entre dos o más alternativas válidas para el derecho"[371].

---

discrecionales. Así, BANDEIRA DE MELLO afirma que se debe indagar (a los fines de controla la discrecionalidad) en los motivos, la finalidad y la causa del acto administrativo. Ver, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo,* 1° Ed. en español, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 829.

[365]Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo. Parte General*, p. 171.

[366]Ídem.

[367]Ibídem, p. 172.

[368] Ver, BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 192; MAURER, Hartmut, *ob. Cit.,* p. 167 y MÜLLER-GRUNE, Sven, *Fundamentos del derecho administrativo en Alemania,* enSTEINER, Christian (ed.), *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 47. Desde la óptica de BACIGALUPO, esta teoría, entre otros defectos, supone concebir la discrecionalidad administrativa de un modo que abre las puertas de par en par a un ejercicio arbitrario de la misma; es decir, a un ejercicio de la discrecionalidad sin criterio alguno. Ver, BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 192. Esta crítica, podrá ser comprendida en toda su extensión cuando se aborde la tercera teoría que ubica la discrecionalidad en el ámbito exclusivo del supuesto de hecho imperfecto o inacabado de las normas.

[369] Por lo general, esta tesis ubica a los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito del presupuesto de hecho de las normas. Ver (sin que suscriba a esta tesis), MAURER, Hartmut, *ob. Cit*., ps 183-184.

[370] CHAPUS, René, *Droit administratif Général*, T. 1, 9ª Ed, Montchrestien, París, 1995, p. 930.

[371] Aunque por lo general la doctrina no lo aclara, este margen se ubica en el ámbito de las consecuencias jurídicas. En consonancia, esta postura es sostenida en México por TRON PETIT, Jean Claude, *El control de*

La tesis reduccionista se circunscribe a las elecciones que puede realizar el operador jurídico el ámbito de las consecuencias jurídicas previstas en un texto legal[372].

La primera elección se relaciona con la posibilidad de decidir si se actúa o no[373]. Es decir, decir, entre el presupuesto de hecho y la o las consecuencias jurídicas, existe un operador facultativo (por ejemplo, Dado A, *podrá ser* C). La segunda elección se vincula con la elección entre dos o más consecuencias jurídicas independientemente de que exista la posibilidad de optar por actuar o no. Es decir, el operador es imperativo o facultativo (por ejemplo, Dado A, *debe ser/podrá ser* C o D).

La tercera tiene que ver con la elección de una consecuencia jurídica no predeterminada. El operador puede ser facultativo –podrá- o imperativo –deberá- pero no existe una serie de alternativas para elegir (por ejemplo, Dado A, *debe ser/podrá ser* lo que la administración estime conveniente u oportuno).

Sobre las diferentes vertientes que adquiere la tesis reduccionista, se escinden dos ámbitos concretos[374]. Lo que se denomina *discrecionalidad de actuacióno decisión* (cuando exista un operador facultativo –podrá-) y la llamada *discrecionalidad de elección* (decidir –deberá- <<alguna>>[375] o dos o más consecuencias jurídicas).

Frente a cualquiera de las posibilidades descriptas, quien debe decidir posee (según esta doctrina) un margen de volición. Este margen se relaciona con:

i) actuar o no actuar (discrecionalidad de actuación<<*Handlunggsermessen*>>)

ii) elegir una o dos o más consecuencias jurídicas previstas por la norma (discrecionalidad de elección <<*Auswahlermessen*>>).

A partir de esta óptica surge el *an* (si se hace algo), el *quid* (qué se hace en concreto) y el *quomodo* (cómo se hace). El *an* se refiere a la discrecionalidad de actuación. El *quid* y el *quomodo* se vinculan con la discrecionalidad de elección[376].

---

la discrecionalidad administrativa en sede judicial, en *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, p. 416.

372 La descripción de estas "opciones" puede verse en BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, ps. 115-116.

373Esta es sostenida por MÜLLER-GRUNE, Sven, *Fundamentos del derecho administrativo en Alemania*, p. 47.

374 Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General,* p. 168.

375 Nos referimos aquí a la tercera variante. Esto es, cuando la o las consecuencias jurídicas no están predeterminadas por el texto legal.

376 Ver, BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, ps. 116-117. En nuestro país, GRECCO (siguiendo a VILLAR PALASÍ y a GIANNINI) esbozó una serie de casos aplicando el *An*, *quid*, *quomodo* y *quando* a diversas normas argentinas. Ver, GRECCO, Carlos, Manuel, *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*, en MUÑOZ Guillermo Andrés - GRECCO, Carlos Manuel, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, ps. 731-733.

§11. Teoría unitaria. La vinculación de los conceptos jurídicos indeterminados con la discrecionalidad y con el margen de apreciación[377]

Hace ya más de 50 años que la doctrina alemana hablaba de una "libre discrecional" como la delimitación individual de un concepto indeterminado o de conceptos indeterminados que dejan especio a la libre potestad discrecional[378].

Desde cierto sector doctrinal, se entiende que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados (ver infra Capítulo IV) en su zona de incerteza no admite un proceso de cognición[379]. La decisión aplicativa en este ámbito es –según los autores alemanes- necesariamente volitiva[380], y por tanto incontrolable desde el propio concepto[381].

En definitiva, desde esta perspectiva el margen de apreciación (ver infra Capítulo IV, Capítulo IV, B)que sólo existe en la zona de incerteza como margen de volición, no presenta distinción categorial con la discrecionalidad administrativa y con los conceptos jurídicos indeterminados. En todos estos planos se configura un margen de libertad de decisión administrativa[382] .

En tal sentido afirman RICHTER y SCHUPPERT:

> *"…las figuras del concepto jurídico indeterminado, del margen de apreciación y de la discrecionalidad administrativa no son sino los códigos dogmáticos para una delimitación jurídico funcional de los ámbitos propios de la Administración y de la jurisdicción contencioso-administrativa"*[383].

---

377 Es importante aclarar que en el capítulo siguiente, abordaremos in extenso las categorías del margen de apreciación y de los conceptos jurídicos indeterminados.

378 Sin suscribir a esta concepción (de hecho se ocupó de someterla a crítica), ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 123 y especialmente nota 6 y sus citas.

379BACIGALUPO, Mariano, *ob Cit.*, p. 139 y doctrina allí citada. En cambio la cognición se presenta frente a los conceptos jurídicos indeterminados en sus zonas de certeza positiva y negativa. Ibídem, p. 140.

380 Ver entre otros, KOCH, Hans Joachim, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensemâchtigungen im Verwaltungsrecht, Francfort*, Metzner, 1979, p. 33 y ss; WEBER, Kart Heinz, *Regelungs und Kontrolldichte im Atomrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1984, p. 170 y ss,; RILL, H. P., *<<Ermessensprufung/Beuteilungsspielraum/Kontrolle von Prufugsentscheidungen>>*, en G. Ress (ed.), *Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahrensrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Viena-Nueva York, 1990, p. 116 y ss.; todas citas en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 139.

381 Aquí BACIGALUPO aclara que ello no es óbice al ejercicio de otro control (interdicción de la arbitrariedad, principio de igualdad, principio de proporcionalidad, entre otros). Ver, BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 139, nota 127.

382 KOCH, Hans Joachim, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensemâchtigungen im Verwaltungsrecht*, Francfort, Metzner, 1979, p. 173 y ss; WEBER, Kart Heinz, *Regelungs und Kontrolldichte im Atomrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1984, p. 199 y RILL, H. P., *<<Ermessensprufung/Beuteilungsspielraum/Kontrolle von Prufugsentscheidungen>>*, en G. Ress (ed.), *Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahrensrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Viena-Nueva York, 1990, p. 120, citados en BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 140.

383RICHTER, Ingo - SCHUPPERT, Gunnar, F., *Casebook Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, Munich, 1991, p. 29, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 143.

a) Las diferentes variantes de la teoría unitaria en el derecho alemán.

La teoría unitaria de la discrecionalidad administrativa en Alemania se relaciona con admitir la discrecionalidad o un margen de decisión en la indeterminación del supuesto de hecho de las normas[384]. Los diferentes matices que se advierte en esta tesis, encuentran sustento en mayor o menor medida, en lo que se refiere a la vinculación a la categoría de conceptos jurídicos o normativos indeterminados y al llamado margen de apreciación.

En esta teoría, podemos encontrar cuando menos cuatro variaciones: i) la conceptuación de ciertos conceptos normativos indeterminados como habilitaciones discrecionales; ii) la asimilación entre discrecionalidad administrativa y conceptos normativos indeterminados; iii) discrecionalidad administrativa y margen de apreciación en la aplicación de conceptos normativos indeterminados como un mismo fenómeno; iv) los conceptos normativos indeterminados y la discrecionalidad como formas equivalentes de aplicación reglada del Derecho[385]. Veamos sucintamente, los argumentos por los cuales se justifican las precitadas subdivisiones.

1) Los conceptos normativos indeterminados como habilitaciones discrecionales.

JELLINEK es uno de sus principales exponentes que se enroló en esta postura. Según este autor, existían ciertos conceptos indeterminados de carácter jurídico (fiscalizables) y otros de carácter discrecional (no fiscalizables judicialmente). Determinados conceptos vagos de valor otorgaban discrecionalidad y, además, la indeterminación debía ser pretendida por ley (en esta concepción)[386].

Otros autores, por su parte, se ocupan de ahondar en diversos criterios o criterios clasificatorios para determinar qué conceptos indeterminados otorgan discrecionalidad y cuáles no[387]. KLEIN por ejemplo, entiende que la discrecionalidad consiste en la adopción de <<decisiones fundadas en una valoración subjetiva de su acierto>> (*Entscheidung nach subjektivem Fürrichtighalten*). Sobre esta base se admite la existencia de (verdadera)

[384] BACIGALUPO, Mariano, *ob, Cit.,* ps. 162-163.
[385] Seguimos en esta clasificación a BACIGALUPO, Mariano, *ob, Cit.*, p. 162 y ss.
[386] De otro modo, debería determinarse con base en una interpretación de la norma orientada a su finalidad y que tuviera en cuenta el <<parecer social>>. Ver, JELLINEK, Walter, *Gesetz, Gesetzesanwendung und ZweckmäBigkeitserwägungen. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und –verfügungen*, Tubinga, 1913, ps. 39-42 y ss. (esp. 89), citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.,* p. 164.
[387] Ver la descripción en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.,* p. 165.

discrecionalidad tanto en el terreno de las consecuencias jurídicas como en el ámbito del supuesto de hecho (indeterminado) de las normas[388].

LERCHE y ENGISCH pretenden identificar los conceptos indeterminados habilitantes de discrecionalidad en función de su pertenencia o no a la especie de los conceptos de valor. LERCHE considera que sólo los conceptos de valor otorgan discrecionalidad administrativa (la llama de juicio) mientras que la discrecionalidad de actuación reside en el ámbito de las consecuencias jurídicas. Los conceptos de valor se diferencian de otros conceptos jurídicos indeterminados en donde su aplicación sólo se agota en una mera subsunción de hechos bajo una norma jurídica.

ENGISCH se refiere a los conceptos de valor como los conceptos normativos que son indeterminados y requieren un relleno axiológico que sólo remiten a una valoración personal-subjetiva del aplicador. Éstos, son los que otorgan discrecionalidad administrativa[389].

SETHY, en cambio, prescinde de utilizar criterios clasificatorios para diferenciar qué conceptos jurídicos indeterminados atribuyen discrecionalidad y cuáles no. Para el autor no es posible afirmar a priori cuáles son los conceptos indeterminados que admiten no sólo una única aplicación correcta.

En cada caso en concreto, según SETHY, se debe agotar todos los métodos de interpretación jurídica. Una vez realizada esta tarea, se requiere una valoración subjetiva del aplicador (al igual que en el ejercicio de la discrecionalidad en el ámbito de las consecuencias

---

388 KLEIN, R.<< Die Kongruenz des verwaltungsrechtlichen Ermessensbereichs und des Bereichs rechtlicher Mehrdeutigkeit>>, en Archiv des öffentlichen Rechts (AöR), vol. 82 (1957), p. 85 y ss., citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 166. Según BACIGALUPO, KLEIN no sólo condiciona la admisión de la discrecionalidad al ámbito del supuesto de hecho indeterminado de las normas, sino también en los que se refiere a la ambigüedad lingüística pretendida por ley. Sin embargo KLEIN renuncia expresamente a señalar criterios que permitan determinar cuándo la ambigüedad de un concepto legal es querida por el legislador y cuándo ésta es solamente asumida como inevitable por él. Ver, ídem.

389 LERCHE, P., Voz <<*Ermessen*>>, en *Staatslexikon Recht, Wirtschaft, Gesellschaft* (editado por la Görresgesellschaft), vol. III, Friburgo, 1959, columnas 12 y 13 y ENGISCH, K*, Einführung in das juristische Denken*, 7a ed., Stuttgart-Berlín-Colonia-Magnuncia, 1977, ps. 111 y 116, ambas citas en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, ps. 166-167. Las críticas a esta postura se relacionan con dos cuestiones. La primera, se refiere a la ausencia de un criterio convincente que permita distinguir los conceptos de valor de otros conceptos indeterminados cuya aplicación no se agote en una mera subsunción de hechos bajo una norma jurídica. La segunda, tiene que ver con un criterio sustentable para diferenciar cuándo un concepto indeterminado requiere un relleno axiológico (y remite a una valoración personal-subjetiva que le otorga discrecionalidad) y cuándo se trata de una "mera valoración objetiva de carácter reglado". Ver, KOCH, Hans Joachim, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensemâchtigungen im Verwaltungsrecht*, Francfort, Metzner, 1979, p. 114 y ss, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 167.

jurídicas) que se encuentra escindida del hecho de que se trate o no de un concepto de valor y de que el legislador lo haya previsto o no de tal modo[390].

Por último, según SCHOLZ existe discrecionalidad siempre que el legislador habilita expresa o implícitamente a la Administración para completar o perfeccionar una norma incompleta en el supuesto de hecho o en el ámbito de las consecuencias jurídicas. Al rechazar la distinción entre discrecionalidad y margen de apreciación, distingue tres tipos de discrecionalidad. Discrecionalidad en el supuesto de hecho normativo. Discrecionalidad en la adopción o determinación de la consecuencia jurídica y discrecionalidad de planeamiento o configuración[391].

2) La asimilación entre discrecionalidad administrativa y conceptos normativos indeterminados.

Dentro de la teoría unitaria se encuentran quienes no distinguen entre conceptos jurídicos indeterminados y admiten que en todos ellos se presentan habilitaciones discrecionales. Uno de los principales exponentes de esta tesis es EHMKE[392]. Quizás producto de la época en la que fundamentó su tesis (1960), a juicio del autor el fenómeno de la discrecionalidad administrativa constituye un "problema general y unitario del Derecho administrativo: el de la libertad de actuación de la Administración no revisable judicialmente"[393].

En definitiva, EHMKE entiende que la discrecionalidad forma parte de la esencia de la Administración y no se halla limitada a aquellos textos legales enlazados por el operador facultativo (podrá) o respecto de otras en donde el supuesto de hecho contenga conceptos normativos indeterminados. En ambos casos puede existir un "margen de maniobra considerable"[394] .

---

[390] SETHY, A., *Ermessen und unbestimmte Gesetzesbegriffe. Eine theoretische Untersuchung der Abgrenzung im Verwaltungsrech*t, Tesis doctoral, Viena, 1973, p. 119 y ss., citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.,* p. 168.

[391] SCHOLZ, R.,<<*Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*>>, *en Veröffentlichungen der Verinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (WDStRL), vol. 34 (1976), p. 167 y ss., citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit*., p. 168. Esta postura ha sido recogida y desarrollada por BULLINGER, Martín, *La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial*, traducción de SÁNCHEZ MORÓN, M. y CANCIO MELIA M., año VIII, núm. 4, La Ley, 30 de Octubre de 1987, p. 5 y ss., citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 168.

[392] EHMKE, H., <<*Ermessen*>> *und* <<*unbestimmter Rechtsbegriff*>> im Verwaltungsrecht, Tubinga, 1960, p. 23 y ss., citado en BACIGALUPO, Mariano*, ob. Cit.*, p. 169.

[393] EHMKE, H., <<*Ermessen*>> *und* <<*unbestimmter Rechtsbegriff*>> im Verwaltungsrecht, Tubinga, 1960, p. 45, citado en BACIGALUPO, Mariano*, ob. Cit.,* p. 170.

[394] EHMKE, H., <<*Ermessen*>> *und* <<*unbestimmter Rechtsbegriff*>> im Verwaltungsrecht, Tubinga, 1960, p.

Ahora bien, la diferencia entre esta postura y otras, viene dada por la intensidad del control judicial. Mientras que para EHMKE ambos fenómenos determinan una libertad de actuación no revisable judicialmente, para GEITMANN la discrecionalidad se encuentra sometida a un profundo control judicial que la examina en todos sus elementos, al igual que acontece cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados[395].

3) Discrecionalidad administrativa y margen de apreciación en la aplicación de conceptos normativos indeterminados como un mismo fenómeno.

Como pudimos advertir, el punto de partida inicial consiste en asimilar estructuralmente -parentesco estructural <<*strukturelle Verwandschaft*>>- ambas categorías, la discrecionalidad administrativa y el margen de apreciación en la aplicación de conceptos normativos indeterminados como un mismo fenómeno, que a lo sumo presenta diferencias desde un punto de vista cuantitativo.

DREIER constituye uno de sus exponentes. Según este autor:

> *"…el concepto jurídico indeterminado, la potestad discrecional, el margen de apreciación, la libertad de configuración en la planificación, la discrecionalidad volitiva y cognitiva, etc, se revelan en el fondo como meras variaciones de un solo y decisivo fenómeno: el del margen de decisión del Ejecutivo, controlado jurisdiccionalmente con intensidad variada y caracterizado por elementos de elección, ponderación y valoración…"*[396].

La "independencia de la Administración" retoma su fuerza como concepto en donde la administración posee diversas modalidades del margen de decisión en donde conforma la ley y la completa creativamente. En todos los ámbitos en donde exista este "margen", no hay una valoración neutra ni un proceso totalmente automatizado de subsunción[397].

45, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 172.

[395] GEITMANN Roland: Bundesverfassungsgericht und offenen Normen (zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmheitserfordernisse). Berlín, 1971, p. 55, citado en SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 250.

[396] Ver, DREIER, Horst, *En torno a la independencia de la Administración,* traducción de BACIGALUPO SAGGESE, M., en Documentación Administrativa (DA), núm. 234, Abril - Junio 1993, p. 267 y ss., citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 173.

[397] Desde la óptica de BACIGALUPO, DREIER postula recuperar un antiguo concepto que muchos creían definitivamente denostado por el constitucionalismo moderno: el de la <<independencia de la Administración>> (*Eigenständigkeit der Verwaltung*). Ver, BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.,* p. 173.

Como afirma SCHUPPERT, no se trata de reconocer distinciones categoriales, sino de "…transiciones fluidas en la intensidad del control judicial de la Administración, la cual se ha de entender como un espectro"[398].

Por último, HERDEGEN al comparar los márgenes de actuación administrativa, los separa en tres órdenes distintos que considera determinantes a la hora de enjuiciar su <<parentesco estructural>>. Desde la óptica del autor, la discrecionalidad y el margen de apreciación presentan identidad estructural en el hecho de que: i) ambos tienen por finalidad la concreción de normas abiertas en ese aplicativa; ii) en ambos se requiere ponderación axiológica de intereses contrapuestos; iii) se presenta identidad casi perfecta entre la tipología de vicios jurídicos en que puede incurrir el ejercicio de la discrecionalidad y el ejercicio del margen de apreciación[399].

4) Los conceptos normativos indeterminados y la discrecionalidad como formas equivalentes de aplicación reglada del Derecho.

En lugar de acercar la aplicación de los conceptos normativos indeterminados al ejercicio de la discrecionalidad, otros autores pretenden realizar una aproximación a la inversa.

Para los defensores de esta postura, no es necesario distinguir categorialmente entre el ejercicio de la discrecionalidad y la aplicación de conceptos normativos indeterminados, pero no porque aquélla incluya siempre o en ciertos casos a éstos, sino porque ambos supuestos constituyen meras modalidades de aplicación reglada del Derecho en ámbitos más o menos vinculados por la Ley[400]. Esta tesis ha sido sostenida con similares argumentos por RUPP, SOELL, LOHMANN y WIEDMANN[401].

RUPP por ejemplo, entiende que la aplicación del Derecho no se agota en un proceso cognitivo meramente lógico-formal (interpretación-subsunción). Se requiere, además, un proceso cognitivo-tópico-teleológico (*teleologisch-topisches Erkenntnisverfahren*)[402].

Se habla entonces de "relleno de lagunas normativas de tipo teleológico" que se desarrolla en el terreno de la ejecución reglada de la ley[403], o de una forma específica de

---

398 SCHUPPERT, G. F., <<*Self-restraints der Rechtsprechung-Überlegungen Zur Kontrolldichte in der Verfassungs- und Versaltungsgerichtsbarkeit*>>, en Deutsches Verwaltungsblatt (DVI), 1988, p. 1198 y ss., citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 174.

399 HERDEGEN, M, <<*Beurteilungsspielraum und Remesen im strukturellen Vergleich*>>, en Juristen-Zeitung (JZ), 1991, p. 748 y ss., citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 176.

400 BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 177.

401 Una breve referencia a estas posturas puede verse en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, ps. 177-178.

402 RUPP, H. H., *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis*, Tubinga, 1965 (2 ed., 1991), p. 197, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 178.

cognición jurídica consistente en un relleno de lagunas *intra legem*, al igual que acontece con ciertos conceptos requeridos de un relleno axiológico o en cláusulas generales[404]. Aquí se encuentra la discrecionalidad que es plenamente fiscalizable en sede judicial y puede hallarse en el supuesto de hecho o en el ámbito de las consecuencias jurídicas[405].

i) Las normas de acoplamiento.

La doctrina alemana denomina <<normas acopladas>> o <<normas de acomplamiento>> (*Koppelungsvorschriften*) a las que combinan la discrecionalidad en el terreno de las consecuencias jurídicas con conceptos indeterminados en el supuesto de hecho[406]. Estas normas de acoplamiento, en principio, no modifican las distintas reglas de carácter general que rigen el control judicial de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados[407].

En determinados casos excepcionales, en la aplicación de <<normas acopladas>> la discrecionalidad absorbe los conceptos indeterminados contenidos en el supuesto de hecho[408]. Es decir, la función de dichos conceptos es la de guiar u orientar el ejercicio de la discrecionalidad. Operan como *criterios* o *directrices(Leitgesichtspunkte*) de ésta[409].

A partir de esta interpretación, el Tribunal Supremo Federal alemán del orden contencioso-administrativo, considera que no procede un control plenario de los conceptos indeterminados, en razón de que la apreciación de su concurrencia queda englobada en una "decisión discrecional unitaria" (*einheitliche Ermessensentsscheidung*) de la Administración[410].

Veamos un caso en el que se aplicó este criterio.

---

403 LOHMANN, H. H*., Die ZweckmäBigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip*, Duncker & Humblot, Berlín, 1972, p. 90.

404 SOELL H., *Das remesen der Eingriffsverwaltung. Zugleich eine Studie zur richterlichen Ermessenskontrolle im Kartellrecht und zur Bedeutung des détourGemeinschaftsrecht*, Heidelberg, 1973, ps. 118 - 204, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 178.

405 SOELL H., *Das remesen der Eingriffsverwaltung. Zugleich eine Studie zur richterlichen Ermessenskontrolle im Kartellrecht und zur Bedeutung des détourGemeinschaftsrecht*, Heidelberg, 1973, p. 102 y ss. y 206, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 178.

406 Entre otros, ver, MAURER, Hartmut, <<*Der Verwaltungsvorbehalt*>>en *Veröffentlichungen der Vereinigun der Deutschen Staatsrechtslehrer* (WDStRL), vol. 43 (1984), Berlín-Nueva York, 1985, p. 115 y ss., citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 179.

407 BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 179.

408 Ver, Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán del orden contencioso-administrativo (BVerwG) de 21 de enero de 1972, citada en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 179.

409 BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 179.

410 Ídem.

La Sala Conjunta de los Tribunales Supremos Federales de los distintos órdenes jurisdiccionales interpretó el art. 131.1 de la antigua Ley General Tributaria alemana, por la cual se dispuso la habilitación para dispensar al contribuyente del pago de un tributo, "cuando su recaudación pudiera resultar, en atención a las circunstancias del caso, injusta".

En el fallo la Sala entendió que el concepto "injusto" y las "circunstancias del caso" no constituían conceptos indeterminados pertenecientes al supuesto de hecho normativo (eran por tanto plenamente fiscalizables en sede judicial) sino a meros criterios o directrices para el ejercicio de la discrecionalidad de dispensación atribuida por la norma[411].

Para la Sala Conjunta el concepto "injusto" pretende determinar el contenido y los límites de la discrecionalidad conferida[412].

§12. La discrecionalidad administrativa como ámbito exclusivamente circunscripto a la imperfección o indeterminación del supuesto de hecho normativo[413]

Frente a la teoría reduccionista y a las diversas vertientes de la teoría unitaria, se erigió en Alemania a través de SCHMIDT W., la postura según la cual la discrecionalidad sólo opera en el terreno del supuesto de hecho de las normas jurídico-administrativas[414].

Esta concepción de la discrecionalidad administrativa, pondrá en evidencia la enseñanza que arroja el mito de Ulises y las sirenas. Para oír las Sirenas sin ser seducido por ellas, Ulises necesitó comprometerse con su yo actual. De esta forma, su yo futuro no podría renegar: "El debió atarse a sí mismo, tanto figurada como literalmente"[415].

La tesis que en este punto desarrollamos, concibe a la discrecionalidad administrativa como la habilitación normativa para que la administración complete, cree o integre la inexistencia o la imperfección del supuesto de hecho de una norma habilitante[416]. La

---

411 Resolución de 19 de octubre de 1971, citada en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, ps. 179-180.

412 BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 179. Cabe aclarar que, según BACIGALUPO, esta jurisprudencia no se ha generalizado y constituye una excepción en el ámbito de las llamadas normas acopladas.

413 En otro estudio nosotros hemos sostenido esta tesis. Ver, CORVALÁN, Juan Gustavo, *Un nuevo enfoque sobre la "discrecionalidad administrativa"*, en Revista Argentina de la Administración Pública (R.A.P.), Año XXX –n° 351-, Buenos Aires, Diciembre de 2007.

414 El primer autor alemán en sostener esta tesis fue SCHMIDT, W., *Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften un zur <<Selbstbindung der Verwaltung>>*, Bad Hamburg-Berlín-Zurich, 1969, p. 157 y ss, citado en BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 185. Cabe aclarar que hemos seguido el relevamiento de la doctrina alemana realizada por BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 181 y ss. Este último autor español, entiende que esta postura o tesis es la más consistente desde un punto de vista lógico-normativo y dogmático-constitucional. Ibídem, ps. 191-192.

415 Relato citado en SHEPSLE, Kenneth A., *Discrecionalidad, instituciones y el problema del compromiso del Gobierno*, reproducido en BOURDIEU, Pierre - COLEMAN, James Samuel, (eds.), *Social Theory for a changing society*, Westview Press, Boulder, 1991, ps. 114-115.

416 SCHMIDT habla de que la administración cierre el supuesto de hecho normativo inicialmente abierto. Ver,

ausencia, insuficiencia, o imprecisión de los criterios determinantes de la aplicación o no en cada caso, de una consecuencia jurídica u otra, es lo que produce la auténtica discrecionalidad administrativa[417].

Como ejemplo y caso extremo, se alude a normas de programación final o de programación por objetivos, que a diferencia de las normas de programación condicional[418], carecen *prima facie* de supuesto de hecho definido por la propia norma[419]. A este tipo de discrecionalidad -la máxima para algunos- se la llama discrecionalidad de configuración o de planificación (*Gestaltungsermessen* o *Planungsermessen*)[420].

El eje medular de esta tesis, radica en su identificación -al menos en términos cuantitativos- a la denominada función materialmente legislativa que se encuentra presente en el ejercicio de la potestad reglamentaria[421]. Es decir, el obrar de la Administración que se cristalizar con la creación de un supuesto de hecho en sede ejecutiva cuya naturaleza es "materialmente normativa"[422].

Desde esta perspectiva, desde cierto sector de la doctrina alemana, la discrecionalidad administrativa determina la "transmisión a la Administración por el legislador de parte de su libertad de configuración legislativa"[423].

En esta lectura, la identificación en términos cuantitativos entre discrecionalidad administrativa en sede aplicativa, y el ejercicio de la potestad reglamentaria, sólo tendría efectos en relación a la auto-vinculación de la Administración hacia el futuro. En todos los

---

SCHMIDT, W., *Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften un zur <<Selbstbindung der Verwaltung>>*, Bad Hamburg-Berlín-Zurich, 1969, p. 157, citado en BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 185.

417 BACIGALUPO, Mariano*, ob. Cit.,* p. 182.

418 Éstas habilitan discrecionalidad en la adopción o determinación de su consecuencia jurídica. Por ejemplo, si concurre el supuesto de hecho A, entonces la Administración *podrá* adoptar la consecuencia jurídica B o C.

419 Ver, KOCH, Hans Joachim - REUBEL, R., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2ª Ed., Frankfurt, 1992, p. 118, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 182.

420BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, ps. 182-183.

421 SÁNCHEZ MORÓN entiende que la potestad reglamentaria es discrecional por definición. Ver, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial,* Tecnos, Madrid, 1994, p. 122. En el derecho comunitario, en el asunto *Bayerische* HNL de 25 de mayo de 1978, se destacó que el contexto normativo se caracteriza "…por el ejercicio de un amplio poder discrecional…". Ver, GUICHOT REINA, Emilio, *Control dela discrecionalidad y responsabilidad en el derecho comunitario*, en MARTINEZ, Eduardo Hinojosa – GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás (coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, I Jornadas de estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Civitas, Madrid, 1996, p. 268.

422 BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa,* ps. 183-184, con diversas citas doctrinarias del derecho alemán. Según este autor español, concebir de este modo la discrecionalidad, constituye la garantía de que la misma se ajusta a criterios, no siendo por ello el producto del mero capricho. Ibídem, p. 183.

423 Ver, HOFMANN, Chr., *<<Der Bitrag der neueren Rechtsprechung des BVerFG zur Dogmatik des Beurteilungsspielraums>>*, en Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 1995, p. 745, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 184, nota 315.

casos, no obstante, la actividad del Ejecutivo con diversos matices estaría pre-programada por la ley[424]

En el caso de la discrecionalidad administrativa en sede aplicativa, la Administración quedaría vinculada frente a casos análogos. Es decir, esta discrecionalidad administrativa fija un "precedente administrativo" que vincularía a la Administración hacia el futuro: no podría apartarse de ese criterio si no hay justificación objetiva y razonable, sin violar el principio de igualdad[425]. Aquí es donde se cristaliza el relato de Ulises y las sirenas[426].

Respecto de la potestad reglamentaria –siempre en esta tesis- estos actos integran el bloque normativo de forma tal que, el principio de legalidad y la regla de la inderogabilidad singular de los reglamentos, prohíben "en todo los casos" que la Administración se aparte del criterio de actuación. Ello, con independencia de que existan razones justificadas y razonables para apartarse en un caso concreto[427].

a) Los dos procesos en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa

Como ya se evidenció, en esta tesis, la primera tarea de la administración (llamada discrecionalidad administrativa) es materialmente normativa. Consiste en determinar los criterios determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica u otra que el creador de la norma omitió precisar[428]. Por eso se afirma que la

[424]Este fenómeno es resaltado por un sector de la doctrina española cuando analiza la potestad reglamentaria en los Estados Unidos y en el derecho europeo. Ver, PONCE SOLÉ, Juli*, La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones,* en Revista de Administración Pública española, N° 162, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,Septiembre-Diciembre 2003, p. 99.

[425] SCHMIDT considera que la conceptuación del ejercicio de la discrecionalidad como perfección o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho inacabado de una norma jurídico-administrativa es, además, "…la única que tiene en cuenta la obligación constitucional de los órganos aplicadores de la ley <<de actuar conforme a criterios>>. SCHMIDT, W., *Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften un zur <<Selbstbindung der Verwaltung>>,* Bad Hamburg-Berlín-Zurich, 1969, p. 157 y ss, citado en BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 186.

[426]En definitiva, este modo de proceder tiende a garantizar un auto-control a futuro. Quizás por ello se afirme que lo realmente importante cuando la Administración dicta actos discrecionales, es que sea consciente, mediante de un ejercicio de autocontrol, de que sus actos tienen que desarrollarse dentro de un marco jurídico que sea previsible de antemano. Ver, GALAN VIOQUE, Roberto, *La discrecionalidad del legislador en la República Federal de Alemania*, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial,* p. 263.

[427] BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit*., p. 184, nota 315.

[428] Ibídem, p. 184.

libertad de actuación obliga a desarrollar un programa de aplicación de la ley (*Vollzugsprogramm*)[429].

La segunda, en cambio, consiste en subsumir bajo dichos criterios del supuesto fáctico ante el cual la Administración está llamada a actuar, en su caso.

Sin embargo, aquí la tesis reduccionista ubica a la discrecionalidad administrativa. La razón de ser de concebir la discrecionalidad administrativa en el primer proceso (por ejemplo, en el ejercicio de la potestad reglamentaria), se relaciona con un argumento que podríamos calificar de "adecuación". Es decir, la discrecionalidad se aloja desde una perspectiva estrictamente funcional. Al situarla allí se evitaría que la administración actúe sin criterio alguno al completar el supuesto de hecho[430].

Por tanto, la posible la aplicación o no de una consecuencia jurídica -cuya adopción por la Administración es facultativa-*sin criterio alguno,* constituiría un despropósito, un ejercicio arbitrario de la potestad discrecional[431]. En suma, desde esta perspectiva la discrecionalidad se define o ubica sobre la base de que pretende no ser arbitrario su uso.

b) La sustitución del operador permisivo (podrá) por el operador imperativo (deberá) como resultado del ejercicio de la discrecionalidad.

SCHMIDT considera que el ejercicio de la discrecionalidad consistiría en la transformación de su norma habilitante en una norma que, al igual que en aquellas que atribuyen potestades regladas, opera el clásico automatismo entre la concurrencia del supuesto de hecho normativo y la adopción de la consecuencia jurídica. Desde una perspectiva lógico-formal, la discrecionalidad administrativa podría esquematizarse desde dos puntos de vista:

---

[429] SCHMIDT, W., *Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften un zur <<Selbstbindung der Verwaltung>>,* Bad Hamburg-Berlín-Zurich, 1969, p. 103, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, ps. 186-187.

[430] SCHMIDT, W., *Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften un zur <<Selbstbindung der Verwaltung>>*, Bad Hamburg-Berlín-Zurich, 1969, p. 157, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 187.

[431] SCHMIDT, W., *Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften un zur <<Selbstbindung der Verwaltung>>*, Bad Hamburg-Berlín-Zurich, 1969, p. 158, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 187.

i) Dado el supuesto de hecho A, integrado por los requisitos A1, A2 y los A3 que determina la Administración (*integrarlos o crearlos constituye el ejercicio de la discrecionalidad*), ésta *deberá* adoptar la consecuencia jurídica B.

ii) Dado el supuesto de hecho A, integrado por los requisitos A1, A2 y los A4 que determina la Administración (*integrarlos o crearlos constituye el ejercicio de la discrecionalidad*), ésta *deberá* adoptar la consecuencia jurídica C[432].

En definitiva, la administración debe completar los presupuestos de hecho y reglar su conducta de forma tal de que no caben más opciones. Nótese que se prevén dos consecuencias jurídicas diferentes frente a diversos presupuestos de hecho[433] que adicionó la administración. A 3 determina B y A4 determina C.

§13. La discrecionalidad administrativa desde una perspectiva de actuación

Más allá de las diversas tesis para ubicar dogmáticamente a la discrecionalidad, más recientemente se postula un trasladodel foco de análisis, y se insiste en poner más atención en la discrecionalidad desde una perspectiva de actuación y menos en el punto de vista de su control[434].

Sobre esta base, la discrecionalidad administrativa en sentido amplio, se concibe como una "facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin predeterminado"[435]. Esta forma de concebir la discrecionalidad, permite situarla en el ámbito de las consecuencias jurídicas de las normas y también en el supuesto de hecho de las mismas[436].

---

[432] Hemos expuesto los ejemplos de forma análoga a los que utiliza la doctrina alemana. Ver, KOCH, Hans Joachim, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensemâchtigungen im Verwaltungsrecht, Frankfurt, Metzner*, 1979, p. 130, puntualmente p. 136 y ss y 138 y ss, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 188.

[433] Los restantes presupuestos de hecho son iguales en ambos supuestos y fueron definidos por el legislador.

[434]SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 220.

[435] STARCK, Meyer y SCHMIDTT-ASSMANN, Eberhard sostienen esta postura. Ver, ibídem, p. 220 y nota 105.

[436]Ibídem, p. 220. En nuestro país, COMADIRA arriba a la misma conclusión. Así, el autor argentino sostiene que "…se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del Bien Común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente), todo dentro de los límites impuestos por los principales generales del derecho". Ver, COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho administrativo*, 2° Ed. actualizada y ampliada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 507. Sin embargo, entre SCHMIDT-ASSMANN y COMADIRA se advierte una diferencia en cuanto a la concepción de la discrecionalidad. Mientras el primera entiende que la discrecionalidad no significa "libertad de elección" (SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit.*, p. 221), el segundo de los nombrados considera que la esencia de la discrecionalidad es la libertad de elección conferida por la norma a la Administración (COMADIRA, Julio Rodolfo*, ob. Cit.*, p. 507).

Esta forma de caracterizar la actividad discrecional, se relaciona estrictamente con una perspectiva funcional. La discrecionalidad como concepto amplio que se reduce a una tarea, una función: "ponderar a la vista de una determinada situación"[437].

§14. La autonomía o independencia de la administración como fundamento de la discrecionalidad administrativa en Alemania

> "*Entre la reserva parlamentaria y la potestad del legislador de regular cualesquiera materias, por un lado, y los ámbitos administrativos de decisión propia, por otro, emerge en la realidad del moderno Estado legislador la imagen de una Administración dirigida por la ley*"
>
> **SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard**[438]

Con sustento en la autonomía de la administración[439]que se configura como una independencia constituida por el Derecho[440], actualmente la doctrina alemana consolida la siguiente distinción: por un lado, i) la administración dirigida por la ley (*gesetzesdirigierte Verwaltung*) o la vigencia del principio de reserva de ley[441]; por otro, ii) la existencia de una "reserva de Administración" que jamás autoriza a llevar a cabo actuaciones que, acorde con el principio de reserva de ley, requieran una habilitación legal.

En relación al punto i) -*administración dirigida por la ley*-, se observan *prima facie*dos líneas de argumentación. Veamos

En relación con la estructura de los supuestos de hecho normativos, la administración debe realizar un proceso creativo como consecuencia de la necesariamente incompleta regulación de la realidad por parte de las leyes[442];

---

[437] SCHMIDT-ASSMANN textualmente entiende que "Ejercer discrecionalidad significa ponderar a la vista de una determinada situación". Ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit.,* p. 224.

[438] Ibídem, p. 213.

[439] Según MAURER, La Administración es un poder del Estado legitimado democráticamente y goza de autonomía en el sistema constitucional de la Ley Fundamental (art. 20 II GG). Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 66.

[440] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit*., p. 212.

[441] Este principio ha sido reiteradamente deducido del art. 20 III GG y se enuncia del siguiente modo: la Administración sólo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley y va más allá de una mera prohibición de violar las leyes existentes. También determina la existencia de un fundamento legal para la actividad administrativa. Ver, MAURER, Hartmut, *ob. Cit*., p. 150.

[442] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit*., p. 212.

Por otra parte, se considera que la constitución alemana habilita al Poder Ejecutivo ámbitos de actuación en los que éste puede desarrollar autónomamente actividades sin previa habilitación legal. En cierto casos, no obstante, el legislador puede regularlas si lo estima oportuno. Esta circunstancia, no invalida ni prohíbe la atribución de ámbitos o zonas de autonomía o independencia administrativa dentro del ámbito de sujeción a la reserva de ley.

Aparece aquí, la noción de "*discrecionalidad normativa"* (como fenómeno análogo a la potestad reglamentaria[443]) otorgada a la Administración conforme a lo establecido en el art. 80.1.2 GG[444].

La programación admite matices y grados. Lo que se denomina actualmente reglado o "discrecional en sentido amplio", en realidad se corresponde con la existencia de "*matices de vinculación normativa*". Así, como siempre existirá algún margen de interpretación, aún dentro del más reglado de los ámbitos, también se configuran pautas, reglas organizativas, procedimentales y normas marco de actuación que, necesariamente, encauzan el obrar administrativo dentro de un ámbito llamado "libre de ley".

En definitiva, *los matices en la densidad de regulación se derivan de la teoría de la esencialidad alemana en su concepción actual*. Esta teoría, no atiende a la esencia o naturaleza de las cosas, sino a cuán importante, decisiva, fundamental e intensiva es una regulación respecto de los derechos fundamentales. La esencialidad se manifiesta como un concepto flexible de forma tal que, cuanto más esencial sea un asunto para el ciudadano y/o para la colectividad, mayores serán las exigencias impuestas al legislador.

Por tanto, cuanto más persistentemente resulten afectados o amenazados los derechos fundamentales del ciudadano, cuanto más graves sean los efectos para la colectividad y/o cuanto más controvertido resulte un complejo de cuestiones en la opinión pública, más precisa y estricta debe ser la norma legal[445] (ver asimismo, capítulo IV, B, §8).

Los márgenes de actuación autónomos, desde la perspectiva doctrinaria alemana, se presenta en: i) en el ámbito de la Administración planificadora. Mandatos legales de planificación y discrecionalidad de planeamiento son dos fenómenos que van típicamente unidos[446]; y ii) en el ámbito de ordenación territorial, de promoción económica, de política

[443] En nuestro país, SESÍN, trató sucintamente la noción de la teoría de la esencialidad y la zona de reserva legal relativa que se desarrolla en un ámbito tradicional: los reglamentos independientes o autónomos. Ver, SESÍN, Domingo, J.*, Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, ps. 54-55.
[444] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit*., p. 213.
[445] MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo. Parte General*, p. 154.
[446] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit*., p. 215.

del suelo, de infraestructuras y de gestión de personal[447].

Al ámbito de actuación denominado "*administración dirigida por la ley*", se agrega la noción de "*reserva de administración*". Esta categoría sólo se puede plantear adecuadamente en términos normativos. Es decir, esta zona se vincularía con la existencia de una reserva constitucional expresa de determinadas actividades o la adopción de determinadas decisiones que se encuentran protegidas frente a posibles injerencias de otros poderes[448].

En cambio, la autonomía se relaciona con aquellas actividades o materias que por su propia naturaleza, corresponden al ámbito de decisión de la Administración porque otras instancias no están en condiciones de regularla, debido a razones de índole material-práctica[449]. Sólo se es (auto-) responsable si se es independiente y los órganos o titulares de funciones dotados de autonomía, pueden contribuir al equilibrio e incremento de la racionalidad del sistema en su conjunto[450].

a) Discrecionalidad y teoría de la esencialidad

A partir del relevamiento que llevamos a cabo en el Anexo II, B, podemos deducir que la noción de esencialidad en el derecho alemán resulta de particular importancia a nivel histórico y actual. Si bien debe ser complementada con un análisis del impacto que las medidas o decisiones tengan para los derechos fundamentales [451], en la relación Administración-Tribunales la doctrina determina una concepción de la discrecionalidad en términos de "libertad" e "independencia" de la administración frente al legislador y al juez.

---

[447] Ídem, con cita de la sentencia BVerwGE, 48, 56 (63). En nuestro país, llama "reserva normativa relativa" a los ámbitos en los que se otorga gran libertad operativa discrecional, que se aplica al ámbito de la organización funcional de la Administración y a su actividad prestacional. Ver, SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p. 58.

[448] Sin embargo, también caracteriza al núcleo esencial de responsabilidad propia del Ejecutivo, como una serie de formas de actuación, recursos, procedimientos y dispositivos organizativos que resultan imprescindibles para la capacidad de funcionamiento del "Segundo Poder". Aun cuando el legislativo pueda legislar en estos ámbitos, "una reserva de administración tiene principalmente por objeto impedir la sanción de meras leyes formales que sólo persigan un efecto de cierre o congelación de rango (…) De este modo, la reserva de Administración puede cobrar significación, por ejemplo, cuando lo que se persigue es asegurar la flexibilidad y capacidad de innovación de la Administración, esto es, su capacidad planificadora en la fase previa a la propia actuación administrativa. Ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit.,* p. 218.

[449] Ibídem, p. 217.

[450] Ibídem, p. 212.

[451] Ibídem, p. 203.

Es decir, que se configuró una suerte de vuelta a la concepción de la discrecionalidad de la segunda mitad del siglo XIX[452]. La discrecionalidad, de este modo, consagra ámbitos libres [453] con fundamento en los siguientes ámbitos: a) por consideraciones tácticas (*discrecionalidad táctica*); b) para adaptar la ley a circunstancias especiales del caso concreto (*discrecionalidad de dispensa*); c) ámbito libre para proyectos que concretan la ley y actos configuradores similares (*discrecionalidad de planificación*)[454].

Nótese que quienes otorgan una zona de "reserva" o de libertad, exenta de control judicial a la administración, parten de una concepción rígida de la separación de los poderes[455]. En efecto, el Tribunal constitucional alemán vinculó la división de poderes con el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa[456]. La división de poderes, sustenta que la labor del juez esté restringida al control de la legalidad de las actuaciones administrativas, quedando *prohibida cualquier sustitución de la decisión administrativa*[457].

Además, se ha consolidado jurisprudencialmente la distinción -dentro del poder ejecutivo-funcional entre el Gobierno -de carácter político y responsable ante el Parlamento- y la Administración[458]. Se asienta, por tanto, la noción de "reserva de Administración"[459] por

---

[452] Esa vuelta al significado originario de la segunda mitad del siglo XIX, es destacada por CHINCHILLA MARIN al referenciar la tesis de BULLINGER. Ver, CHINCHILLA MARIN, Carmen, *La desviación de poder*, 2° Ed. ampliada y actualizada, Civitas, Madrid, 1999, p. 222 con cita de BULLINGER, Martín, *La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial*, traducción de SÁNCHEZ MORÓN, M. - CANCIO MELIA, M, La Ley, año VIII, núm. 4, 30 de Octubre de 1987, p. 4.

[453] Coincidiendo con SCHMIDT, la ida de una "Administración libre de ley" no es correcta (es engañosa expresa el autor alemán). Siempre existirán, al menos, regulaciones de índole organizativa, presupuestaria o procedimental. Además, hay ámbitos escasamente regulados por la ley, normas de atribución de funciones, de determinación de objetivos y regulaciones marco. Ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit.*, p. 214. Afirma el autor "La distinción entre normas de programación condicional y de programación final ha puesto de relieve la pluralidad de tipos normativos y las diferencias estructurales existentes en los mismos". Ídem, p. 214, con cita de LUHMANN, Niklas, *Theorie der Verwaltungswissenschaft*, p. 87 y BECKER, Bernd, *Öffentliche Verwaltung*, p. 83 y ss. y 453 y ss. En definitiva, desde nuestra perspectiva, resulta muy difícil identificar ámbitos libres de ley. Por el contrario, existen diferencias cuantitativas (de grado) respecto de la mayor o menor intensidad de la programación normativa.

[454] Ver, BULLINGER, Martín, *ob. Cit.*, ps. 6-7, citado por CHINCHILLA MARIN, Carmen, *La desviación de poder*, 2° Ed., Civitas, Madrid, 1999, ps. 222-223.

[455] SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 225, con cita de PETERS, Hans, *Die Gewaltentrennung in moderner Sicht*, 1954, p. 6.

[456] Estas y otras razones, determinan que desde un sector de la doctrina española, se afirme que en Alemania explícitamente se parte de la división de poderes para explicar el problema del control de la discrecionalidad administrativa. Ver, BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, *Una nota sobre el análisis comparado: a propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa*, en REQUENA LOPEZ, Tomás, *Ideas en torno a una expresión falaz: el control de la discrecionalidad administrativa*, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 235.

[457] Ver, BVerGE 61, 82 (115), de 8 de julio de 1982, citado por GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 39 y nota n° 51. En la tesis de BARNÉS VÁSQUEZ, en el derecho alemán, si la ley y el Derecho renuncian a predeterminar una conducta, y la confían a la Administración la última palabra, el poder judicial sólo está autorizado para emitir un juicio de legalidad. Por tanto, no puede revisar el núcleo mismo de la decisión. Ver, BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, *ob. Cit.*, p. 235.

[458] BVerGE 83, 60 (72-73) de 31 de octubre de 1990 y BVerGE, 93, 37 (67) de 24 de mayo de 1995, citados por GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *ob. Cit.*, p. 40 y nota n° 55.

un lado y, por otro, la denominada "autonomía" o independencia del poder ejecutivo derivada del marco funcional de división de poderes[460].

Ahora bien, en el capítulo VII desarrollaremos cómo se desarrolla actualmente el control judicial en Alemania, a los fines de vincular lo que llamamos "discrecionalidad fuerte", el control de proporcionalidad sometido a dos tipos de exigencias: débil y fuerte.

B) DOGMÁTICA DE LA DISCRECIONALIDAD EN ARGENTINA Y ESPAÑA

§15. El estado de la cuestión en los países hispanohablantes: La clásica distinción cuantitativa entre actividad reglada y actividad discrecional

Desde antaño nuestra doctrina y jurisprudencia vernácula ha reconocido al Poder Ejecutivo y/o a la Administración un poder discrecional. En el Anexo VI de la presente, hemos relevado el desarrollo histórico dogmático de la discrecionalidad en nuestro país al que cabe remitirse.

Ahora bien, en el derecho administrativo, el poder discrecionalse relacionó con la actividad administrativa de ejecución de las leyes con criterios de oportunidad, elección de medios, economía y mayor eficiencia[461]. La discrecionalidad administrativa aparecía cuando la ley dejaba un margen de acción o elección, o bien cuando la ley no reglaba determinada situación[462]. En estos supuestos, usualmente se ubicó y aún se ubica a la discrecionalidad administrativa[463].

---

459 Bajo este título aborda EMBID IRUJO la problemática en el derecho alemán a fines de la década de 1980. Ver, EMBID IRUJO, Antonio, *La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana*, en Revista de Administración Pública, N° 115, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, ps. 415-418. Los orígenes del concepto, aparece con KAUFMANN y LABAND. Ibídem, p. 416.

460 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 211. El título alemán de esta obra, publicada en Alemania en 1998, es el siguiente "*Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*" cuya traducción más exacta es: "*El Derecho administrativo general como idea ordenadora*". Ibídem, p. XVII y nota 1.

461Ver, BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo,* T. I, 5° Ed., Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 208.

462La Corte Suprema de Justicia ha destacado la diferencia entre "poderes reglados" y facultades o potestades de ejercicio discrecional". Según la Corte, en los primeros se regula la actividad administrativa en todos sus aspectos. En los segundos, el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto "…para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que necesariamente debe segui…". Ver, Fallos 315:1365, considerando 6°.

463Ver, DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 142. SÁNCHEZ MORÓN en España, llama discrecionalidad administrativa a la falta de regulación exacta o precisa del obrar administrativo que determina que tenga la capacidad de optar en función de estimaciones de oportunidad, de conveniencia para los intereses públicos o de valoraciones técnicas. Ver, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel,

Por tanto, el fenómeno discrecional - también llamado arbitrio administrativo- quedó circunscripto a una libertad[464] de acción y/o elección[465] cuando la Constitución o las leyes no fijaban expresamente el contenido predeterminado del obrar administrativo en determinados supuestos[466]. La versión extrema de esta visión entiende que "…en todo aquello en que la autoridad administrativa no esté vinculada a la ley, decide su "potestad discrecional"[467].

Desde esta concepción se pretende resaltar el contraste entre la "libertad" y la "sujeción a la ley"[468] como correlato entre no reglado/reglado[469]

Con mayor precisión, desde un plano analítico y didáctico, la discrecionalidad pretende demostrar o significar la ausencia de *normas precisas* de actuación y/o decisión. En esta posición, es vacua la búsqueda de una divergencia ontológica entre actividad reglada y actividad discrecional[470].

De allí que se postule una antinomia entre actividad reglada y actividad discrecional. De donde se deduce que: a mayor densidad normativa, aparece la actividad reglada y a menor densidad normativa[471] se presenta la actividad discrecional[472].

Derecho administrativo, Parte General, 8° Ed., Tecnos, Madrid, 2012, p. 88.

464 BANDEIRA DE MELLO afirma que se habla de discrecionalidad cunado el administrador tiene una cierta esfera de libertad. Ver, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, p. 814.

465Esta nota está presente en casi todos los autores que se han ocupado de la problemática. Por ejemplo, SAINZ MORENO afirma tajante: "…sin alguna libertad no hay discrecionalidad". Ver, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa*, p. 304.

466 Ver, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte General*, p. 89; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y Discrecionalidad en la Doctrina y Jurisprudencia Constitucional y Administrativa,* enBANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel (director)*, Constitución y control de la actividad administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, XII, Madrid, 2003, ps. 67-68 y el mismo autor en *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial,* Iustel. Portal Derecho, Madrid, 2005, p. 25. Cabe aclarar que este autor sólo contempla la posibilidad de que exista discrecionalidad acorde al « margen » que otorga la norma. Ver, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y Discrecionalidad en la Doctrina y Jurisprudencia Constitucional y Administrativa*, p. 67.

467FLEINER, Fritz, *Instituciones de derecho administrativo,* p. 116.

468Ídem.

469 Desde un sector de la doctrina española, la pareja reglado/no-reglado representa una dualidad que quiere significar que la discrecionalidad funcionaría como sinónimo de « no reglado ». Ver, IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad y motivación (algunos aspectos teórico-generales)*, en ZAFRA, Manuel Victor, *Discrecionalidad administrativa: Control Judicial de la Administración,* Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2003, p. 136.

470 Ello también responde al hecho de que ambas actividades nunca se dan en forma pura. Como bien señala BARRA, la comparación entre actividad reglada y discrecional presupone una analogía didáctica, expositiva y no ontológica. Ver, BARRA, Rodolfo Carlos*, La discrecionalidad administrativa y su control judicial. El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, T. II, SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 2.234.

471 MAURER afirma que la vinculación de la Administración a la ley puede ser estricta o flexible, conforme surga del margen de actuación que le quede a la Administración en virtud de la atribución de potestades discrecionales o bien por el reconocimiento de un margen de apreciación mediante el establecimiento de conceptos jurídicos indeterminados. Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 167.

472 La fórmula sería la siguiente: a menor intensidad de programación normativa, mayor es la presencia de un margen de libertad, y, en consecuencia, a mayor intensidad de prefiguración normativa, menor es la intensidad de dicho margen (que por lo general se denomina discrecionalidad) o mayor es la existencia de la actividad reglada. RAMÓN FERNÁNDEZ habla de *quantum* de la discrecionalidad que depende de la estructura finalista de la norma que condiciona y limita per se la libertad de la administración. Ver,

Aquí es donde cobra relevancia lo expuesto por nuestro máximo tribunal federal – siguiendo al Tribunal Supremo español – cuando afirma que se configuran "…actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa"[473]

Para ilustrar el fenómeno de la discrecionalidad, la doctrina trae a colación la metáforma del agujero de la rosquilla[474]. Este ejemplo rudimentario, pretende demostrar cómo el *quantum* de la discrecionalidad[475] depende de la estructura finalista de una norma que lo limita. La estructura de la norma habilitante configura la dimensión del agujero de la rosquilla. Contribuye a construir el ámbito y los límites externos de la discrecionalidad[476].

Esa libertad, por cierto, viene acompañada de otros contornos que se deducen de un plexo normativo que se relaciona de modo directo o indirecto a la o las hipótesis planteadas por la norma habilitante. Los contornos de la rosquilla, si nos atenemos a la tesis de LINARES, se conformarían por fórmulas elásticas -tanto en el presupuesto de hecho como en las consecuencias jurídicas- que no establecen el momento y el contenido del objeto de un acto[477].

Sin embargo, el margen de obrar que se configura por una habilitación legislativa que "no es reglada", también está inmerso en un contexto normativo y jurídico que condiciona de modo directo o indirecto este modo de concebir la discrecionalidad administrativa[478]. Por eso se afirma que hay que bucear en la totalidad del ordenamiento jurídico que directa o indirectamente encuentra vinculación con las hipótesis planteadas en la norma habilitante.[479].

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y Discrecionalidad en la Doctrina y Jurisprudencia Constitucional y Administrativa*, p. 68. En consonancia, BARRA argumenta que las decisiones estatales, en cualquiera de sus órganos, se enfrentan a diversas alternativas. Cuando ellos sufren el imperio de la regla, el diverso matiz de sujeción a ella, determinará, eventualmente, un mayor grado de poder discrecional (cuando menor esté sujeto a las reglas). Ver, BARRA, Rodolfo Carlos, *La discrecionalidad administrativa y su control judicial. El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, p. 2.235.

[473]Ver, Fallos 315:1366, considerando 10°, con cita de la sentencia del 24 de octubre de 1962 del Tribunal Supremo de España.

[474] Para ampliar, ver, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *ob. Cit.,* ps. 69-73.

[475]La Corte Suprema de Justicia, concibe la relación entre la potestad reglada y la facultad discrecional en términos cuantitativos y no como dos sectores autónomos y opuestos. Ver Fallos 315:1367, considerando 10°.

[476]FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *ob. Cit*., p. 69.

[477]Precisamente, para LINARES la discrecionalidad es definida de modo negativo. Es la actividad no reglada y esta última consiste en las normas tomadas de la totalidad del orden jurídico que por no contener una fórmula elástica en la determinación del hecho antecedente de la prestación o de la sanción, establece específicamente el momento y el contenido del objeto del acto de ejercicio de tal función. Ver, LINARES Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, 2º reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 183.

[478]Como acertadamente expresa LINARES, la atribución reglada y la discrecional no derivan de un texto legal aislado, sino de la totalidad del orden jurídico. Por ello, el autor sostiene que no basta para calificarla de tal una sola disposición legal positiva que regule la atribución de modo directo. Para este autor "Es necesario tomar también en cuenta los textos que la determinen de modo indirecto…". Ibídem, p. 182.

[479]RAMÓN FERNÁNDEZ en realidad habla de tres operaciones al ejemplificar con la rosquilla. Ver, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y Discrecionalidad en la Doctrina y Jurisprudencia Constitucional y Administrativa,* p. 69.

Por último, en esta tesis se postula que en el centro de la rosquilla no se configura un espacio en donde no existen pautas mínimas de actuación. Aun cuando no se adviertan reglas concretas y específicas, sí, en cambio, se evidencian guías o parámetros genéricos. Éstos, en última instancia, se estructuran a partir de fórmulas genéricas de la totalidad del ordenamiento jurídico[480].

a) La tesis de SESIN.

En la obra de este autor, el punto de partida para el estudio de la discrecionalidad es la vinculación de la Administración al derecho y, en particular, a los principios generales del derecho. Así, el marco en el que la Administración cumple sus funciones es la juridicidad y, por tanto, para satisfacer el interés público al aplicar las normas debe tener presente el ordenamiento jurídico en el cual éstas se insertan y adquieren su verdadero sentido[481].

El requisito de la juridicidad del actuar de la Administración, lo lleva a sostener que en lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo, debe hablarse de requisitos de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso "legitimidad" o "legalidad" podría entenderse, prima facie, demasiado apegada a la ley, olvidando que la Administración moderna debe someterse a un contexto más amplio más amplio[482].

A partir de aquí, el control judicial de la juridicidad no pueda hacerse usando el silogismo jurídico sobre una base exclusivamente legal (la ley), sino que debe utilizar un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico.

Para SESIN la discrecionalidad se configura cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública -en tanto gestora directa e inmediata del Bien Común-, la potestad de determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también, libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como fijar, en su caso, el contenido

[480]RAMÓN FERNÁNDEZ afirma que el centro de la rosquilla no es exactamente un agujero, sino un espacio que eventualmente puede estar parcialmente relleno que, aún cuando no lo está por una materia sólida, sí lo está por algún tipo de producto más o menos poroso. Ver, ibídem, p. 71.

[481] Cfr. SESÍN, Domingo, J., *Control Judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos,* en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I., La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 693-739 y; SESÍN, Domingo, J.*, Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial.*

[482]SESÍN, Domingo, J., *Control Judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos,* p. 695.

de su accionar (consecuente) todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho[483].

Esto sucedería, en general, cuando el hecho, fenómeno o situación es esencialmente "opinable", por lo que, la elección que se realiza es de naturaleza discrecional, aun cuando tales se relacionen con cuestiones políticas, técnicas, artísticias, urbanísticas. Ni la interpretación jurídica, ni las más refinadas reglas procesales de la sana crítica pueden superar la mencionada opinabilidad, sustentada en la problemática realidad y sus múltiples modos de asedio[484]

En este contexto, el autor parece sostener que los principios o la Constitución, en realidad, no contienen "verdaderas normas", si bien reconoce que revisten el carácter de derecho vigente[485]. En este sentido, si bien esto será objeto de análisis más adelante al presentar nuestro modelo de análisis dogmático de la discrecionalidad (Ver capítulo V y VI), corresponde adelantar que la aplicación de principios, constituye el ejemplo más claro de la discreción. En efecto, va de suyo que estos son valores y los valores, como tales, *no son susceptibles de verdad o falsedad*[486].

En otro orden de cosas, creemos que lo central en su posición es la descripción de la discrecionalidad que realiza como algo que se *ejerce* (por la Administración) cuando la Administración tiene que aplicar normas. De allí que la revisión sea sobre cómo se ejerce, pues esto permite reconducir el fenómeno al ámbito propio de la dinámica jurídica[487].

b) La posición de CASSAGNE.

Para CASSAGNE la discrecionalidad es un <<*supraconcepto*>> que pertenece a la Teoría General del Derecho[488]. Luego de realizar un pormenorizado análisis de todas las posiciones esbozadas en torno al concepto, adopta la distinción de DWORKIN sobre los dos sentidos posibles de la discrecionalidad: débil y fuerte.

---

[483]Ibídem,p. 696, con cita de COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo,* p. 507.

[484]SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p. 234.

[485] Creemos, no obstante que esta visión -sin dar fundamentos acerca de qué carácter normativo tiene la Constitución y que función cumplen los principios dentro del sistema jurídico- resulta problemática desde un punto de vista dogmático.

[486] Creemos, no obstante que esta visión –sin dar fundamentos acerca de qué carácter normativo tiene la Constitución y qué función cumplen los principios dentro del sistema jurídico- resulta problemática desde un punto de vista dogmático.

[487] Esto puede verse con claridad en la discusión entre HART y DWORKIN sobre la discrecionalidad judicial. La refutación de la posición de Dworkin de Neil MacCormik en ese sentido nos parece acertada y se produce a continuación.

[488]CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 1° Ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 192.

El sentido débil se configura cuando las normas no permiten su aplicación mecánica sino que exigen una operación de discernimiento, como ocurre con el dictado de una orden para demoler un edificio que amenaza ruina. En cambio, concibe a la discrecionalidad fuerte,como la que se configura cuando el sujeto (operador) dispone de un poder de decisión que le ha conferido el ordenamiento jurídico, sin acotar su margen de maniobra[489].

En un línea que -según el autor-, "guarda similitud" con la elaborada por DWORKIN, clasifica a la discrecionalidad en tres tipos o especies que a la vez relaciona con los siguientes casos: i) el margen de arbitrio no se encuentra limitado por conceptos jurídicos determinados o indeterminados, se da la discrecionalidad fuerte o típica; ii) cuando la discrecionalidad se encuentra limitada por un concepto indeterminado que si bien, en principio, sólo admite una solución justa puede aparejar un cierto margen de valoración en algunos supuestos para optar entre varias soluciones igualmente justas (v. gr. La justicia y razonabilidad de las tarifas de servicios públicos), nos encontramos ante la discrecionalidad débil o atípica y iii) el margen de actuación está limitado a supuestos predeterminados por el ordenamiento jurídico, es decir, la discrecionalidad se encuentra "atenuada", se correspondería con un segundo sentido de la discrecionalidad débil.

Esta posición, entre los autores argentinos, es la más original y además tiene la ventaja de desmitificar la posición formalista del derecho[490].

§16.Recapitulación. Los rasgos esenciales que presenta la noción clásica de la discrecionalidad administrativa

Las dificultades para reconocer y conceptualizar el fenómeno discrecional, se hallan presentes en las diferentes ramas del derecho. La discrecionalidad judicial, constituye una prueba cabal acerca de la dificultad en precisar la existencia y los límites del poder discrecional de los jueces[491].

---

[489]Ibídem, p. 193.

[490] Sobre este camino intentaremos construir nuestro enfoque de la discrecionalidad administrativa en los capítulos V y VI del presente.

[491] Nótese cómo un sector de la doctrina concibe la relación entre discrecionalidad administrativa y judicial. Así, REQUENA LÓPEZ sostiene : « ...la discrecionalidad administrativa es utilizada también como discrecionalidad judicial: si la Administración dicta un acto discrecional y el juez le dice que no es válido porque la decisión, no establecida por el ordenamiento, debe ser otra, ideada por el juez, éste está discrecionalmente inventándose reglas no creadas por los titulares de la potestad normativa. Y ¿quién controla la discrecionalidad de los jueces ». Ver, REQUENA LÓPEZ, Tomás, *La aporía del control de la discrecionalidad administrativa*, en *Discrecionalidad Administrativa: Control Judicial de la Administración*, p. 54.

Sin que corresponda ahondar en esta problemática, lo cierto es que se advierten dos grandes tendencias. Por un lado, quienes aluden a la « auténtica discrecionalidad » que se cristaliza sólo en los casos difíciles. Por otro, quienes argumentan que los jueces ejercen discrecionalidad en todas las ocasiones; su labor sería auténticamente creadora[492].

Ahora bien, el punto de partida que la doctrina le asigna a la discrecionalidad judicial, encuentra las mismas bases que la noción clásica de la discrecionalidad administrativa: esto es, un margen de libertad[493]. Se sostiene que este margen de libertad es consecuencia de la propia indeterminación del Derecho[494]. De modo amplio, se concibe al poder discrecional como un ámbito de libertad de apreciación, de acción y de decisión[495].

En suma, a nuestro juicio, podemos enunciar cuatro grandes rasgos esenciales acerca del fenómeno discrecional: i) el criterio funcional combinado con un margen de libertad; ii) la discrecionalidad administrativa como un margen de libertad que no está exento del derecho; iii) la discrecionalidad como la elección entre varias soluciones posibles., es decir, el criterio de la indiferencia; y iv) la discrecionalidad administrativa como fenómeno extrajurídico en su núcleo, subordinado a reglas jurídicas generales. Veamos a modo de síntesis.

a) El criterio funcional combinado con un margen de libertad.

En los últimos años, tanto la doctrina española como nuestros autores, han comenzado precisar el concepto de discrecionalidad administrativa, acudiendo a la noción de

---

[492]Ver, ambas posturas y su desarrollo en SEGURA ORTEGA, Manuel, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 18 y ss. En nuestro país, ver los alcances y límites de la discrecionalidad judicial en MASCIOTRA, Mario, *Alcances y límites de la discrecionalidad judicial*, La Ley, Año LXXIV, N° 217, 15 de Noviembre de 2010, ps. 1-5.

[493] En la doctrina francesa, ver entre otros, CHAPUS, René, *Droit administratif Général*, T. 1, p. 929; en la doctrina brasileña ver, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio*, Curso de derecho administrativo*, p. 825 (este autor define a la discrecionalidad como un « margen de libertad »). En el derecho español y respecto de la discrecionlaidad judicial, ver, SEGURA ORTEGA, Manuel, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, p. 19. En el derecho alemán, MAURER entiende que la discrecionalidad significa que la Administración tiene la posibilidad de elegir entre distintos modos de actuar. Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo. Parte General*, p. 174. REQUENA LÓPEZ afirma que por lo general la discrecionalidad administrativa alude a una cierta libertad de la Administración para decidir. Ver, REQUENA LÓPEZ, Tomás, *La aporía del control de la discrecionalidad administrativa*, ps. 52-62.

[494] Nótese que se define a la discrecionalidad judicial de modo análogo a la definición clásica de discrecionalidad administrativa. En efecto, se sostiene que la discrecionalidad judicial es "…la libertad, poder o facultad que las normas del sistema otorgan a los jueces –explícita o implícitamente- para elegir entre dos o más soluciones (todas ellas posibles) debiendo siempre justificar las razones de su elección". Ver, SEGURA ORTEGA, Manuel, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, p. 22. En consonancia, en nuestro país se afirma que la discrecionalidad judicial implica libertad de elección y de selección que forma parte de los deberes y de los poderes inherentes al juez. Más concretamente, se sostiene que "…la discrecioalidad judicial", [es] definida como la zona de posibilidad entre alternativas legítimas en oportunidad del dictado de un pronunciamiento". Ver, MASCIOTRA, Mario, *Alcances ylímites de la discrecionalidad judicial*, ps. 1, 2 y 4, con cita de BARAK, Aharon, "*La discrecionalitá del giudice*", Giuffré, Milano, 1995, p. 33.

[495] Ver, BRAIBANT, Guy - STIRN, Bernard, *Le droit administratif francais*, 5° Ed., Dalloz, París, 1999, p. 250.

"supraconcepto". Por caso, DESDENTADO DAROCA y CASSAGNE conciben al fenómeno discrecional de este modo[496].

Entender a la discrecionalidad como un supra - concepto que pertenece a la "Teoría General del Derecho", implica ubicar un denominador común que se encontraría presente en todas las formas y especies de discrecionalidad, sea esta judicial, administrativa e incluso legislativa. Ésta, en cualquiera de sus vertientes, tendría que ver con un determinado "modo de operar, de actuar, de realizar algo, en donde hay opciones, diferentes alternativas[497].

Esta concepción, no contradice lo que desde antaño sostuvo FIORINI tal como pudimos evidenciar al pasar revista a su postura en el Anexo VI, §2 de la presente, en el sentido de que la discrecionalidad constituía una actividad, una función previa al dictado del acto. Por eso no se podía hablar de "actos discrecionales"[498]. En citas textuales del autor:

> *"En términos lógicos, en el Estado de derecho no podrá jamás decirse que el acto administrativo es discrecional porque en ninguna forma se puede identificar discrecionalidad con acto administrativo. En el Estado jurídico existen actividades discrecionales, pero no actos discrecionales. La discrecionalidad tiene por contenido la función jurídica que realiza dentro del orden jurídico (…) La discrecionalidad administrativa es sólo un momento especial anterior a la manifestación exterior del acto administrativo"*[499].

b) La discrecionalidad administrativa como un margen de libertad que no está exento del derecho

Tradicionalmente, la discrecionalidad administrativa ha sido considerada como una actividad[500]en donde la "decisión discrecional", se adopta entre dos o más soluciones todas

---

[496] Ver, DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico*, Aranzadi, Navarra, 1999, ps. 70-71 y CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control de la discrecionalidad administrativa,* ps. 191-193.

[497] Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, *ob. Cit.*, p. 192.

[498] Según FIORINI, la discrecionalidad era entendida como un momento procesal previo de la manifestación administrativa de un acto que se considera oportuno. Ver, FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, Alfa, Buenos Aires, 1948, ps. 61 - 62.

[499] Ver, ibídem, ps. 62-64. En similar sentido NUNES LEAL afirma que en realidad, aunque sea común que se hable de acto discrecional, la expresión sólo se debe considerar como una manera elíptica de llamar al acto « practicado en el ejercicio de apreciación discrecional ». El acto, por tanto, es el producto de su ejercicio. Ver, NUNES LEAL, Victor, Comentario a fallo RDA 14/53 y ss, octubre-diciembre de 1948, citado en BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, p. 836.

[500] "La discrecionalidad en el orden jurídico moderno aparece justificada como una clase de actividad necesaria". Ver, FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 34.

"igualmente válidas para el derecho". Así, la nota distintiva del "margen de libertad"[501] se halla presente en todas las modalidades del fenómeno discrecional[502].

O dicho de otro modo, la ausencia de reglas o pautas de obrar *específicas o concretas* frente a quien debe ejercer una función, o de cara a quien debe adoptar una decisión o elección, es la viga maestra del análisis de la discrecionalidad para los autores que han tratado la problemática. Para comprender acabadamente esta cuestión, remitimos al lector al Anexo VI.

Ahora bien, también hay consenso casi absoluto a la hora de sostener que la discrecionalidad no implica arbitrariedad[503] o exención del derecho[504]. Por el contrario[505], hay consenso casi unánime en que los límites de la discrecionalidad vendrían dados por respetar el principio de razonabilidad[506].

c) La discrecionalidad como la elección entre varias soluciones posibles. El criterio de la indiferencia

Nos atrevemos a sostener que la gran mayoría de la doctrina, entiende a la discrecionalidad como la libertad de elección[507] entre varias soluciones posibles[508]. Desde este punto de vista,

---

[501] En España, desde un sector se alude a una libertad de apreciación dentro del Derecho. Ver, CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, *La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico*, en Revista de Administración Pública española, N° 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Abril, 1952, p. 89. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el célebre caso "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos", advierte (con cita de la exposición de motivos de la ley de jurisdicción contencioso administrativa española) la presencia de una libertad de apreciación aunque "…jamás extralegal o autónoma". Ver, Fallos 315:1365, considerando 7°.

[502]SAINZ MORENO, con cita de la sentencia de 15 de diciembre de 1966 del Tribunal Supremo, argumenta que la concepción clásica de la discrecionalidad pretendió ser superada por otra según la cual la decisión discrecional se integraba en el proceso de aplicación de la Ley. Ver, SAINZ MORENO, Fernando*, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 304.

[503] En el derecho comunitario, por ejemplo, la regla del control de la discrecionalidad, se relaciona con la ausencia de un empleo abusivo o arbitrario del margen de apreciación Ver, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales del derecho comunitario para el proceso administrativo español*, en Revista de Administración Pública española, N° 135, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,Septiembre-Diciembre 1994, p. 309, con cita del *Arrêt de la Cour* de 22 de mayo de 1985.

[504] En el derecho español, ver entre otros, PAREJO ALFONSO, Luciano, *La intensidad del control judicial de la Administración Pública: El juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad*, en Revista de Derecho Administrativoo, N° 15/16, Buenos Aires, Depalma, Enero-Agosto 1994, p. 89; LOPEZ MENUDO, Francisco, *El control judicial de la Administración en la Constitución española*, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 37. En Argentina, ver por todos, POZO GOWLAND, Héctor M., *Proceso administrativo y control judicial de la discrecionalidad administrativa*, en CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Derecho procesal administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 280.

[505]En la doctrina española, ver por todos, Ver, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 307.

[506] Ver por todos, ídem.

[507]Según BIANCHI, la discrecionalidad consiste esencialmente en una libertad de elección. Ver, BIANCHI, Alberto, *El "Writ of certiorari" en nuestra Corte Suprema(La "Cuestión Federal Suficiente" como concepto jurídico indeterminado*), en BIANCHI, Alberto - TAWIL, Guido S., *Proceso administrativo y constitucional,* Ciencias de la

la locución indiferencia o indiferente se refiere al plano jurídico. Si se decide una entre varias alternativas posibles[509], resultaría tal elección indiferente para el derecho[510].

En esta línea también se advierte dos versiones. Por un lado quienes sólo entienden que la indiferencia se relaciona con la elección de una consecuencia entre varias posibles. Por el otro, la discrecionalidad se desarrollaría en dos fases concurrentes: i) primero, la posibilidad de que la Administración decida intervenir y actuar[511] -discrecionalidad de actuación o de decisión- y ii) segundo, la elección de las medidas posibles y permitidas (discrecionalidad de elección)[512].

d) La discrecionalidad administrativa como fenómeno extrajurídico en su núcleo, subordinado a reglas jurídicas generales

Que la discrecionalidad o una porción de una actividad no vinculada, sea concebida como un fenómeno ajeno al derecho, es producto de su origen y desarrollo histórico (para ampliar, ver Anexos IV, V y VI). Desde fines de la década de 1960, se ha postulado que la decisión política es el supuesto más claro de decisión discrecional. El criterio político que sustenta una decisión, determinaría la presencia de la discrecionalidad[513]. De ahí a que se sostenga

---

Administración, Buenos Aires, 1995, p. 394.

[508] En Francia, ver, CHAPUS, René, *Droit administratif Général*, T. 1, p. 930 y RIVERO, Jean - WALINE, Jean, *Droit administrative,* Dalloz, p. 354. En Argentina, ver, BIANCHI, Alberto, *ob. Cit.*, p. 394. En Italia, ver por todos, CASSESE, Sabino, *Las bases del derecho administrativo*, Instituto Nacional Administración Pública, Madrid, 1994, p. 344. En España, ver, SEGURA ORTEGA, Manuel, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, ps. 20-21; CLARIANA PUJALTE, Emilio, *El control judicial de la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados en materia de sanciones tributarias,*en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 248; ZAFRA VÍCTOR, Manuel, *Discrecionalidad administrativa, control judicial de la administración: Estado de la cuestión*, en *Discrecionalidad Administrativa*: *Control Judicial de la Administración*, p. 17. De modo tajante, desde cierto sector se afirma que: "…la discrecionalidad no es ni puede ser otra cosa, cuando de la actividad de los entes públicos se trata, que la valoración en cada caso sea lo mejor, entre diversas opciones posibles…". Ver, GARCIA-ROJO, Ángel Marrero, *Algunas notas sobre la discrecionalidad en la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas*, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 58.

[509]Desde un sector de la doctrina española, se argumenta que resulta complejo establecer la graduación entre alternativas razonables. Esta tarea, requiere de un posicionamiento constitucional de cada poder para determinar a quién corresponde decidir. Ver, ZAFRA VÍCTOR, Manuel, *ob. Cit.*, p. 22.

[510] Ver, ibídem, p. 16.

[511] En este caso el presupuesto de hecho está contactado con la consecuencia jurídica por intermedio de un operador facultativo (podrá).

[512] Esta es la concepción de la discrecionalidad de MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 167.

[513]Independientemente de que las decisiones políticas se encuentren enmarcadas por una norma.

que la "discrecionalidad pura sólo existe cuando el criterio de la decisión deja de ser jurídico para convertirse en político"[514].

En Francia por ejemplo, se alude a la noción de *acto administrativo enteramente discrecional* cuando la legalidad no impondría ninguna condición a la administración[515]. En tales términos, desde cierta concepción, la « naturaleza política » justifica la presencia de la discrecionalidad administrativa[516]. Sólo en estos casos, ratifica SAINZ MORENO, existe una «auténtica discrecionalidad»[517]. En similar sentido, se argumenta que la discreciónalidad se relaciona con elementos de oportunidad que no son reductibles a un proceso lógico de interpretación y aplicación de las normas jurídicas[518].

Por tanto, en el ejercicio de la discrecionalidad se utilizarán criterios no jurídicos de decisión que, pese a que están enmarcados por el derecho, presentan parcelas extrajurídicas[519]. Así, se afirma tajante que la discrecionalidad, por definición, " …contiene siempre algún elemento insusceptible de medirse con meros parámetros jurídicos"[520].

En suma, desde este plano se concibe la noción de discrecionalidad política *stricto sensu*. Aquí se encuentran los supuestos en los que la ley otorga expresa o implícitamente un margen de libertad a los órganos gubernativos. Se sostiene que el derecho no puede sustituir a la política y sólo constituye un límite externo y amplio[521].

También, desde un sector jurisprudencial se entiende que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos, de oportunidad o conveniencia que la Ley no determina. El Tribunal Supremo de España ha considerado que:

---

[514]Ver, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 307. En contra ZAFRA VÍCTOR, Manuel, *ob. Cit.*, p. 21. Según este autor, la reflexión sobre la reinserción de la discrecionalidad en el Derecho no debe ser confundida en ningún caso con la política sino con la necesidad de uan gestión pública estratégica donde el derecho se convierte de proveedor de seguridad en reductor de incertidumbres. Ídem.

[515] Por ello sería ajeno al control jurisdiccional. Ver, RIVERO, Jean - WALINE, Jean, *Droit administrative*, p. 354.

[516]Ver, SAINZ MORENO, Fernando, *ob. Cit.*, ps. 307-308. Cabe aclarar que el autor se ocupa de escindir la naturaleza política que fundamenta el poder discrecional de los actos políticos de gobierno. En efecto, destaca que estos últimos no son actos administrativos sino que se advierte en ellos una esencia política de manifestación directa del poder público. Ídem.

[517] Textualmente manifiesta el autor: "…el dato decisivo que determina la existencia de una potestad discrecional radica en la naturaleza del criterio en que ha de fundarse la decisión. Sólo cuando el criterio es de naturaleza "política" existe una potestad discrecional desde el punto de vista jurídico. En todos los demás casos no existe <<auténtica discrecionalidad>> (libre elección entre varias soluciones, indiferente para el Derecho). Ver, ibídem, p. 308.

[518]SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, ps. 91-92.

[519]Ibídem, p. 114.

[520]Ibídem, p. 115.

[521]Ibídem, p. 128.

"…hay un núcleo último de oportunidad o conveniencia, allí donde son posibles varias soluciones igualmente justas, en el que no cabe sustituir la decisión administrativa por una decisión judicial"[522].

§17. El Estado actual de la Jurisprudencia de la CSJN Argentina en materia de discrecionalidad administrativa

Nos parece relevante para comprender acabadamente la extensión con la que se interpreta el concepto de discrecionalidad administrativa, pasar revista a las decisiones de la CSJN en la materia.

Merece destacarse que la CSJN durante mucho tiempo se consideró que el mero hecho de que un acto fuera dictado en ejercicio de atribuciones discrecionales, resultaba suficiente para excluirlo de la potestad jurisdiccional revisora[523]. Incluso, cuando de lo que se trataba era de políticas en materia de Derechos Fundamentales.

Con la evolución del sistema jurídico y comparado, hemos visto que la actividad en principio irrevisable por parte del poder judicial, comenzó a admitir paulatinamente, el control de la discrecionalidad administrativa, no obstante existen ciertos matices en cuanto a la intensidad del control.

a) Lineamiento general de la doctrina de la CSJN

Del análisis de la evolución jurisprudencia en materia de discrecionalidad administrativa se advierten tres (3) premisas que se presentan como punto en común en todas ellas. A saber:

i. La tendencia a negar el carácter justiciable de las decisiones administrativas adoptadas en el marco de discrecionalidad;
ii. Dicho control judicial sólo comprende, como principio, el de su legitimidad pero no el de la oportunidad, mérito o conveniencia;
iii. La competencia jurisdiccional es revisora y no sustitutiva.

Asimismo, los lineamientos generales que el Alto Tribunal ha fijado en la materia pueden enunciarse, del siguiente modo. A saber:

---

[522]Ver, LOPEZ MENUDO, Francisco, *El control judicial de la Administración en la Constitución española*, p. 38.

[523]Ver asimismo: ALONSO REGUEIRA, Enrique. *El control judicial de la Administración va al jardín de infantes. La discrecionalidad y los espejitos de colores*, p. 374, publicado en: ALONSO REGUEIRA (Director), Estudios de Derecho Público, p. 369-390, 1ra. Ed., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, Buenos Aires, 2013

i. En aras de lograr el buen servicio se reconoce a la Administración una razonable amplitud de criterio en el ejercicio de sus facultades discrecionales, sin que las decisiones atinentes a la política administrativa constituyan una materia justiciable;

ii. El ejercicio de facultades discrecionales nunca puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria de la Administración;

iii. El control judicial de las decisiones discrecionales se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria;

iv. Dicho control no implica que el juez sustituya a la administración en su facultad de decidir;

v. La competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva;

vi. El control de la legitimidad del acto administrativo supone el de la debida aplicación de las normas, de manera que los derechos se aclaren adecuadamente y lo decidido se ajuste el texto legal.

En definitiva y como veremos seguidamente de la jurisprudencia pueden extraerse dos consecuencias: 1) la imposibilidad de sustitución del criterio de la Administración por el Poder Judicial y 2) que el control jurisdiccional se reduce a un control de legalidad, razonabilidad o arbitrariedad de las decisiones de la Administración (el denominado "control negativo").

No obstante, la consecuencia 1) muchas veces opera sólo sí las facultades se ejercieron dentro de un marco legal *lato sensu*. Así, la CSJN parece concluir que debe adoptarse una posición que respete el ámbito de competencia constitucional o legalmente establecido para ese órgano, de allí que, *prima facie*, no prospere la sustitución del criterio.

En definitiva, arrogarse el análisis de este tipo de cuestiones implica resolver sin competencia para hacerlo y sustituir al que normativamente (la Administración) la tiene asignada.

No obstante, la sustitución parece ser posible únicamente en la medida de que existan violación a disposiciones reglamentarias o exista manifiesta arbitrariedad. Pero reconocido que esto sea cierto, lo que sucede es que la Administración actúo

(directamente) fuera de lo permitido por el ordenamiento jurídico[524], con lo que no habría actuar discrecional posible, sino lisa y llanamente un actuar fuera del derecho.

b) Análisis de los conceptos más relevantes de los fallos de la CSJN

b.1) Sobre el concepto de discrecionalidad

En términos generales, la CSJN ha definido la actividad discrecional por oposición. Así ha sostenido, al igual que la doctrina tradicional que la "*discrecionalidad*" se concibe como la libertad para elegir entre dos o más consecuencias jurídicas, una vez verificada la existencia material del presupuesto de hecho previsto en la norma que atribuye al órgano respectivo facultades de esa naturaleza[525].

Esta doctrina ha sido reiterada y complementada con lo resuelto en **"Consejo de la Presidencia de la Delegación de Bahía Blanca"**[526] cuando sostiene que en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos[527] y, en cambio, en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto, a que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir[528].

b.2) El control de la causa del acto administrativo (antecedentes de hecho y de derecho)

Con respecto al control de la causa del acto administrativo la Corte admitió la posibilidad del Poder Judicial de analizar lo relativo a los hechos determinantes en los

---

[524] Está es por ejemplo la doctrina de CSJN, in re Astilleros Alianza S.A. de Construcciones Navales, Industrial, Comercial y Financiera c/Estado Nacional (PEN) s/daños y perjuicios, considerando 6º, 08/10/1991. Donde sostuvo el máximo tribunal que el escrutinio de la actividad técnica de la Administración solo puede tener lugar cuando la contradicción con el ordenamiento jurídico resulte palmaria (arbitrariedad o ilegalidad manifiesta) e incluso llega a reconocer la falta del Poder Judicial de *competencia técnica* especializada.

[525] Fallos, 326:2896 - 21/08/2003. Ver disidencia del Juez Petracchi.

[526] Fallos 315:1361 - 23/6/1992. Ver considerando 6°.

[527] Reemplazando así el criterio del órgano estatal al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática. (Ver considerando 6°).

[528] Dicha interpretación, además, fue posteriormente reiterada en el voto en disidencia del juez López en la causa "Russo". Allí, la mayoría del Máximo Tribunal decidió rechazar la queja intentada por la demandada, contra la sentencia de la instancia anterior, que había hecho lugar a la acción de amparo declarando la nulidad de una resolución de la D.G.I., por cuyo objeto se había removido al actor de sus funciones y dispuesto su traslado, con violación del debido proceso adjetivo. Fallos, 322:235, 02/03/1999.

que se funda un acto administrativo, señalando que los jueces poseen "la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos". Entendiendo, asimismo, que los hechos que motivan la decisión administrativa son una condición general de legalidad del acto administrativo. Esta doctrina la encontramos en los fallos ***"López de Reyes"***[529] ***y "Medina"***[530]**.**

No obstante, no corre igual suerte la temática de "empleo público". Aquí se advierte la tendencia de rechazar el control de la causa del acto administrativo y es donde, se afirma, genéricamente, que se trata de una facultad discrecional y privativa del Poder Ejecutivo. Dicha postura fue sostenida en los precedentes ***"Gabetta"***[531]**"Barraro Aguirre"**[532] y **"Dri"**[533]**.**

Sin embargo, en "***Solá"*** [534]sostuvo la CSJN que: a) La circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos para el dictado de todo acto administrativo, pues es la legitimidad con que se ejercen tales facultades lo que otorga validez a sus actos y permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias[535],b) No se invocó hecho concreto alguno para atribuir "mala conducta" a los actores, como tampoco imputaciones diferentes de las ponderadas en el sumario. Ello conduce a descalificarlo por vicio grave en la causa ya que aquel acto sólo se fundó en una "situación de conflicto" como presunta causa de remoción que por sí misma no habría autorizado a adoptar tal medida [536] . Agregó a lo anterior en el fallo

---

[529] Fallos 244:548. 25/09/1959.

[530] Fallos 326:2896. 21/08/2003.

[531] Fallos 312:156. 14/02/1989.El actor en su carácter de coronel demandó al Estado a fin de que se repare el daño moral y material que se le irrogó al habérselo privado del ascenso a la jerarquía de general de brigada pues habiendo quedado en el orden de mérito 11 de la Junta de Calificaciones, el PEN se apartó de ella colocándolo en el orden nro.8.

[532] Barraco Aguirre Rodolfo c/ Universidad Nacional de Córdoba - 01/01/1980. Aquí la CSJN estableció que las resoluciones que dicten las universidades en el orden interno, disciplinario y docente que les es propio no son, en principio, susceptibles de revisión judicial salvo que las decisiones tomadas no hayan respetado los derechos y garantías constitucionales de los interesados

[533] Dri Antonio c/ EN - 1/1/1966.

[534]Fallos 320:2509. 25/11/1997. En este caso, los actores promovieron demanda solicitando la declaración de nulidad del decreto por el que se dispuso el cese de sus funciones en los cargos de fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas.

[535] Ver Considerando 15°.

[536] Ver Considerando 13°.

"Lema"[537]que los actos discrecionales no dispensan "a la administración de observar un elemento esencial como es la "*motivación suficiente*", pues es precisamente en este ámbito de la actividad administrativa donde la motivación se hace más necesaria".

Dicha doctrina fue ampliada en los precedentes **"Almirón"**[538]y**"B.,H.R"**[539] en la quela CSJN la que advirtió una conducta arbitraria en el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración, circunstancia que la habilitó para inmiscuirse en al ámbito discrecional del poder administrador. En estas, puede advertirse que los ejes centrales que justifican el control judicial son:

i. La "irrazonabilidad" de la decisión y/o la "falta de proporción" entre los medios y fines adoptados;
ii. El resguardo de principios generales y/o derechos fundamentales.

b.3) El control judicial de las cuestiones técnicas

En lo que respecta a las cuestiones técnicas de organismos administrativos especializados la CSJN ha reconocido la idoneidad técnica de los mismos. Así, lo ha resuelto en los precedentes ***"Ojeda"***[540] "**Rotellini"** [541] , **"Iturreria"** [542] **y "*Estado***

---

[537]Fallos 320:2509, 14/06/2001.

[538] Fallos 305:1489. 27/09/1983. Aquí el Ministerio de Educación le denegó a la actora el ingreso al profesorado de geografía por carecer de visión en un ojo. Al revisar dicha exigencia, el Poder Judicial -tanto el tribunal a quo como la CSJN- entendió que ella no guardaba relación de proporción con el objetivo de estudiar y, por el contrario, significaba un atentado al pleno ejercicio de los derechos de aprender y enseñar consagrados en el art. 14 CN,

[539] Frente a la pretensión del actor de declarar la ilegitimidad del decreto y la resolución del Ministerio de Justicia por medio de la cual se había dispuesto su pase a retiro obligatorio, la CSJN entendió que si bien la circunstancia de que la evaluación de la aptitud para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro a cargo de la Junta de Calificaciones comporta el ejercicio de una actividad discrecional de los órganos administrativos que no es susceptible de justificar el control judicial y el cual, no puede constituir un justificativo de conducta arbitraria por parte de la Administración, ello cede cuando se demuestre la irrazonabilidad del proceder administrativo.

En consecuencia de ello, entendió que el procedimiento que culmino con el pase obligatorio del actor no había cumplido con las exigencias de la ley y el decreto que regían en materia de evaluación y calificación del personal del Servicio Penitenciario Federal y que el único fundamento del retiro obligatorio fue la decisión del entonces Ministro de Justicia de que los agentes mencionados en la resolución impugnada dejaran el servicio efectivo.

[540]Fallos, 301:1103, 27/11/1979. En este caso se atacó la resolución del Tribunal Administrativo de la Navegación por medio de la cual se había declarado responsable al actor de un abordaje.

[541] Fallos 281:314. 13/12/1971.

[542] Fallos 268:340. "Aunque el dictamen de Tribunal de Tasación no es obligatorio para la Corte, cuando se trata de una opinión casi unánime de carácter técnico, no cabe apartarse de ella sin razones de grave entidad que lo justifiquen.

Nacional"[543]. No obstante, a modo de "orbíter", indicó que dicha premisa podía ceder en caso de configurarse *una razón de grave entidad.*

b.4) El control de los aspectos vinculados a la oportunidad o mérito de las decisiones administrativas

En lo relativo a la oportunidad, mérito y conveniencia de las decisiones administrativa, la CSJN ha dejado a éstos fuera del control judicial, pues desde antaño, tiene establecido el principio mediante el cual "la potestad del Poder Judicial de revisar los actos administrativos sólo comprende, como principio, el control de su legitimidad pero no el de la oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas por éstos adoptadas" [544]. Está línea la ha seguido en: *"Consejo de la Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los derecho humanos"*[545], "*Gónzalez*"[546]; *"Degremont"*[547] *y "Astilleros Alianza"*[548].

---

[543] Fallos 280:284, 18/01/1971.

[544] A modo de ejemplo puede citarse: "Ferrer Roberto c/ Gobierno Nacional" (25/11/1986), "Marra de Mellincoff, Alicia L. c. Universidad de Buenos Aires s/ nulidad de resolución y reincorporación" (1/1/1984), entre muchísimos otros.

[545]Fallos 315:1361. 1992. En este caso, la CSJN rechazó el amparo interpuesto que tenía como objeto que se ordenara a LRA 13 Radio Nacional Bahía Blanca a reponer el espacio radial semanal utilizado por la actora, dándose razón a la recurrente que alegó que por tratarse de razones de oportunidad, mérito y conveniencia éstas no resultaban revisables judicialmente.

[546]Fallos 325:3435. 18/12/2002. Aquí Corte no acogió una demanda promovida por los docentes de una escuela técnica solicitando se declare la invalidez de un convenio de transferencia de dicha escuela a la Universidad Nacional de San Martín por considerar que la decisión de transferencia que se atacaba estaba fundada en razones de política educativa y respondían a apreciaciones singulares de conveniencia, las cuales no podrían ser examinada por los tribunales de justicia.

[547]Fallos 327:548. 16/03/2004. La empresa actora demandó al Estado a fin de que se lo condene a pagar las sumas que se le adeudaban por la ejecución de diversas obras. Ante ello, la CSJN rechazó la demanda al entender que la aprobación del Ministro de Economía o del funcionario con competencia delegada de los reconocimientos de deudas constituye una de las manifestaciones típicas de la tutela que el órgano superior de un ente ejerce sobre los inferiores en virtud de las distintas competencias que la ley o el reglamento le han atribuido, control que no puede estimarse limitado al mero análisis de legalidad de un acto, sino que se extiende a su oportunidad, mérito o conveniencia, toda vez que el órgano aprobante es el único competente para otorgar eficacia a aquél (Ver Considerando. (Ver considerando 6°).

[548] La CSJN revocó la sentencia que había admitido la medida de no innovar solicitada por el demandante por la cual se había suspendido la construcción de una obra pública. Ello, en tanto entendió que la realización de una obra pública configura el ejercicio de una actividad discrecional que se lleva a cabo en función del mérito, oportunidad y conveniencia de aquélla y que constituye el ejercicio de una facultad que, como regla, excluye la revisión judicial, cuyo ámbito queda reservado para los casos en que la decisión administrativa resultare manifiestamente ilegal o irrazonable, a la par que ocasione un daño a terceros que no sea susceptible de una adecuada reparación. Circunstancia estas que no se configuraron, a criterio de la Corte, en el caso de autos.

No obstante en lo que se refiere a fijación de tarifas en el precedente *"Maruba SCA"*[549], el Tribunal Supremo entendió que las atribuciones de la Administración Pública en materia de tarifas no se ejerce en forma discrecional sino sujetas a la demostración objetiva del fundamento de las modificaciones que se efectúen, señalando como determinante que, para su determinación, la autoridad de aplicación estaba obligada a asegurar que el concesionario obtuviera una *"razonable rentabilidad"* por la explotación del servicio; pauta que la actora aceptó al realizar sus ofertas y sobre la cual prestó conformidad al integrar los pliegos de las licitaciones.

b.5) La posibilidad de sustitución judicial de la decisión administrativa

En principio, la CSJN tiene totalmente vedada la posibilidad de que el Poder Judicial sustituya la decisión administrativa, pues ha reiterado sucesivamente que **"***El control judicial de las decisiones discrecionales se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria, pero no implica que el juez sustituya a la administración en su facultad de decidir***"** [550] y que el jcontrol jurisdiccional que se ejerce sobre las decisiones administrativas es de revisión y no de sustitución.Entre los precedentes en donde con mayor claridad se advierte este lineamiento encontramos los fallos *"Demchenko"* [551] *y "Entre Ríos"*[552].

No obstante lo señalado, del análisis de la jurisprudencia en la materia se detectan algunos casos en que la CSJN ha sustituido a la Administración, frente a la inactividad (omisión) de ésta o en su hacer insuficiente. Así particularmente en el

549 M. 107. XXXII 30/6/1998. La CSJN rechazó la demanda por la cual la actora pretendía una indemnización por un incumplimiento contractual en razón de las licitaciones públicas que había resultado adjudicataria por haberse modificado las pautas tarifarias vigentes durante la ejecución de dichos contratos; modificaciones estas que fueron deteriorando la ecuación económica financiera del contrato.

550 Lucero Silvia L. c/GCA - 13/3/2007, Panamericano SA c/ Dirección Nacional de Vialidad -27/05/1982.

551 Fallos 321:3103. 24/11/1998. En este caso, la CSJN confirmó la sentencia del juez federal actuante en razón del recurso interpuesto en los términos de la ley de pesca mediante la cual redujo el monto de la multa impuesta en sede administrativa por entender que esta fue desproporcionada y configuraba un supuesto de exceso en la punición que justificaba la reducción de la misma.

552Fallos, 323:1825- 11/7/2000. Aquí, el fiscal de la Provincia de Entre Ríos y el interventor del Ente Provincial Regulador de la Energía promovieron acción de amparo cuestionando varias resoluciones de la Secretaría de Energía de la Nación por medio de las cuales se reconocía a las empresas de los países interconectados carácter de agentes del Mercado Eléctrico Mayorista, lo que terminaba implicando un aumento de la tarifa para los actores.

precedente ***"Q"***[553]. Donde sostuvo que la sustitución procede en el caso de que no pueda garantizarse a la persona un mínimo existencial. En particular sostuvo que: *"(e)xiste una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona".*

§18. Conclusiones & sinopsis en torno la concepción clásica de la discrecionalidad

El estado de cuestión realizado en este capítulo permite evidenciar que:

1.- La discrecionalidad puede entenderse desde tres visiones relevantes:

1.1).- como un fenómeno derivado de la indeterminación de las consecuencias jurídicas de las normas jurídico administrativas (teoría reduccionista);

1.2).- como la falta de indeterminación de las consecuencias jurídicas y de los supuestos de hechos (teoría unitaria) y;

1.3).-como la imperfección o indeterminación del supuesto de hecho normativo por el uso de conceptos jurídicos indeterminados.

En Argentina la discusión ha transitado por los mismos carriles.

No obstante, la teoría clásica parte de la oposición entre la actividad reglada y la actividad discrecional. Es decir, como una "aparente oposición" entre la "Libertad" y la "sujeción a la Ley".

En este contexto, la discrecionalidad administrativa aparece cuando la ley dejaba un margen de acción o elección, o bien cuando la ley no reglaba determinada situación.

Estrictamente, en el derecho administrativo, dicha libertad se materializa con la facultad de concebir y llevar a la práctica los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia. Es decir, dicha libertad, se vincula con ciertos "estándares normativos" o lo que es lo mismo, con ciertas guías o directrices de acción "altamente indeterminados", pero determinables, por ejemplo, con el criterio de Ulises.

Ahora bien, actualmente la idea de oposición (cualitativa) está siendo abandonada por criterios de tipo cuantitativos: la denominada densidad normativa. Esto implica reconocer la existencia de un *"quantum"* de discrecionalidad que depende de la estructura normativa que deba utilizar la Administración para resolver tal o cual cuestión. Esto ya había sido advertido entre nosotros por Linares, en su ejemplo de la "rosquilla".

[553] CSJN; "Q.S. s/ Recurso de Hecho c/ GCBA S/amparo", 24 de abril de 2012

A la vez, se comenzó a reconocer que la discrecionalidad judicial y la discrecionalidad administrativa, responden a la misma idea de libertad (de margen de "libertad"). Ello ha llevado a que entre nosotros, CASSAGNE, afirme que la discrecionalidad es un supra concepto común propio de la teoría general del derecho. Será este nuestro punto de partida para intentar concebir, un nuevo enfoque de la discrecionalidad administrativa (ver capítulos V y VI).

CAPÍTULO IV

ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y DEL MARGEN DE APRECIACIÓN

A) DOCTRINA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

§18. Liminar

El problema de la indeterminación de los conceptos es extremadamente complejo. En el derecho administrativo, la problemática se desarrolló en Alemania bajo la noción de "conceptos jurídicos indeterminados", que originariamente se llamaron conceptos discrecionales[554] y surgieron[555] como un límite a las potestades discrecionales[556]/[557].

---

[554] Desde cierta perspectiva, los antiguos doctrinarios alemanes consideraban a los conceptos jurídicos indeterminados como conceptos discrecionales. Ver, BACHOF, Otto, *La jurisdicción administrativa en la república federal alemana*, Revista de Administración Pública, nº 25, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Enero-Abril 1958, p. 307.

[555] Desde un sector de la doctrina española, se ha señalado que el derecho administrativo convive con conceptos indeterminados de alto contenido valorativo conforme su vinculación a la realidad social. De este modo se sostiene: "Si antes hablábamos de una mayor proximidad del lenguaje del derecho administrativo al lenguaje natural, ahora tendríamos que poner de relieve la mayor permeabilidad de este lenguaje respecto de los valores y los *standards* sociales que vagamente –como la realidad social misma- definen el sentido de estos conceptos. Posee, en fin una mayor primariedad social". Ver, HERNANDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, Antonio, *El lenguaje del derecho administrativo*, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, ps. 60-61.

[556] Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 123 y ss. y también SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1° Ed., Civitas, Madrid, 1976, p. 229. Inclusive, EHMKE llegó a sostener, que fue decisiva la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la construcción sistemática de la jurisdicción administrativa. Ver, EHMKE, Horst, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff in Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960, p. 9, citado por SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 229. En nuestro país, CASSAGNE señaló que la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, a la que acudió el derecho español para reducir el ámbito de la discrecionalidad, se hallaba expresada en nuestro país por LINARES a través de una categoría similar que el autor llamó arbitrio extraordinario (en este arbitrio, afirmaba LINARES, se podía encontrar lo que gran parte de la doctrina llamaba "poder discrecional"). Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 1° Ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 185. Igualmente, cabe precisar que en la tesis de LINARES, estrictamente, la noción de conceptos jurídicos indeterminados se relaciona con las fórmulas elásticas que usualmente se hallaban presenten en el ejercicio del arbitrio extraordinario. Al respecto, sostuvo LINARES: "*…cuando usan la expresión "poder discrecional" se refieren principalmente a ciertas atribuciones que en las leyes se dejan al órgano de aplicación en forma más o menos vaga mediante fórmulas elásticas (…) que confieren un más flexible arbitrio interpretativo. Tales por ejemplo las fórmulas gramaticales "utilidad pública", "utilidad general" "utilidad común", "salud pública", "ordeno público", "moralidad pública", "moralidad" (…) Se trata evidentemente de `Standards legales`, de `formulas valoraciones`".* Ver, LINARES, Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo*, 3° reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, ps. 18 - 19.

[557] Desde un sector de la doctrina española se niega que los mismos sean un medio de control de la discrecionalidad de la Administración. Ver, REQUENA LÓPEZ, Tomás, *La aporía del control de la discrecionalidad administrativa*, en ZAFRA, Manuel Victor, *Discrecionalidad administrativa: Control Judicial de la Administración,* Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2003, p. 67.

Desde un punto de vista histórico, la discusión en Alemania se centró en la posible interpretación discrecional de algunos conceptos jurídicos indeterminados[558]. Resultaba inverosímil que no se pudiese controlar que las autoridades declaran que una ciudad, de un millón de habitantes, sea considerada pequeña so pretexto de que era un acto discrecional no controlable[559].

En síntesis, en el derecho alemán se perfilan dos grandes posiciones doctrinarias con diversos matices en su seno: i) por un lado, quienes distinguen cualitativamente entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad; y 2) por otro, quienes asimilan los conceptos jurídicos indeterminados a la discrecionalidad (teoría unitaria[560])[561] (ver tesis reduccionista y teoría unitaria capítulo III)

[558] HART también se refirió al "actuar en forma discrecional" cuando se hallaba frente a casos difíciles en lo que respecta a los "standards muy generales" como los llamaba. Se refería por ejemplo a las nociones de "tarifa o precio justo" o a un "sistema seguro". Ver, HART, H.L.A., *El concepto de derecho,* 2° Ed. reimpresión, traducción de CARRIÓ, Genaro, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 164.

[559] TEZNER criticaba la tesis de BERNATZIK sobre la imposibilidad de controlar la aplicación de conceptos indeterminados (*vagen Kategorien*). Ver, BERNATZIK, Edumand, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Reimpresión, Scientia Verlag Galen, Viena, 1886 1964 y TEZNER, Friedrich, *österreichischen Allgemeinen Gerichts Zeitung*, 1887 y *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Viena, 1924, ps. 17 - 19, todas citas en SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, ps. 231-233. En nuestro país GARCÍA PULLÉS ha destacado la polémica entre BERATZNIK y TEZNER (con referencias de SAINZ MORENO, FORSTHOFF y GRECCO). No obstante, afirma que la doctrina tuvo su origen en la necesidad de responder a una cierta laxitud de los organismos administrativos alemanes frente a las normas legales. Ver, GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 685 - 686.

[560] La denominación de teoría unitaria del derecho alemán responde a que: "…quienes, admitiendo que existe discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica (*Rechtsfolgeermessen*), por un lado, y discrecionalidad en la determinación del supuesto de hecho normativo *(Tatbestandsermessen*), por otro, las conciben ambas de modo unitario". BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa,* Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 162.

[561] Dentro de esta concepción, se ubican quienes atribuyen un margen de apreciación (*Beurteilungsspielraum*) a favor de las autoridades que aplican conceptos jurídicos indeterminados.

a) El principio de la única solución justa[562] y la integración o concreción de los conceptos jurídicos indeterminados[563]

Desde cierto enfoque, se argumenta que los conceptos jurídicos indeterminados (en adelante CJI) se integran o concretan a través de la hermenéutica interpretativa[564] o por conducto del ejercicio de una potestad discrecional[565]. También usualmente se suele sostener que la integración de los CJI sólo admite una única solución justa[566].

Es decir, se argumenta que el concepto se da o no se da y, por ello, la autoridad administrativa tiene ante él sólo una única solución justa posible[567]. Por ejemplo, si de lo

---

562 Este principio suele ser el argumento central en la interpretación y aplicación de los llamados conceptos jurídicos indeterminados. SAINZ MORENO se ocupó de él al referirse al razonamiento sobre el significado de los conceptos jurídicos. Ver, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, ps. 163-187. También GARCÍA de ENTERRÍA se pronuncia tajante respecto a la única solución justa respecto a los conceptos legales indeterminados. Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 6° Ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2009, p. 252; en similar sentido, GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo-FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, T. I, 12° Ed., Civitas, Navarra, 2011, p. 465. Agregan estos autores que la interpretación de los mismos constituye un proceso de cognición (objetivable) y no de volición. Ídem.

563 Enrique BACIGALUPO, siguiendo a la doctrina alemana, prefiere hablar de *concreción* en lo que respecta a los conceptos jurídicos indeterminados presentes en las normas constitucionales. Ver, BACIGALUPO, Enrique, *Justicia penal y derechos fundamentales,* Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 258, con cita de HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der*, 16° Ed., BRD, 1988, p. 24 y ss.

564 Por ejemplo REQUENA LÓPEZ afirma que el problema de los conceptos jurídicos indeterminados plantean el mismo problema que la aplicación de cualquier otra norma, basado en que ésta es susceptible de interpretaciones diversas. Ver, REQUENA LÓPEZ, Tomás, *La aporía del control de la discrecionalidad administrativa*, p. 67.

565 La vinculación de estos conceptos con la libre potestad discrecional se concibió dogmáticamente en Alemania a fines del siglo XIX. Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 123 y nota nº 6. También GRECCO ha señalado esta circunstancia con algunas precisiones adicionales. Ver, GRECCO, Carlos, Manuel, *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*, en MUÑOZ Guillermo Andrés - GRECCO, Carlos Manuel, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 727, nota nº 29. Asimismo, ver SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2° Ed. (actualizada y ampliada), Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 181. CASSAGNE entiende que quien ejerce la potestad discrecional, debe tener en cuenta la estructura compleja del concepto jurídico indeterminado. Véase, CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, p. 185. Según TAWIL, el concepto jurídico indeterminado, se presentaba con anterioridad, como una indeterminación normativa cuya interpretación quedaba librada a la discrecionalidad de la Administración. Ver, TAWIL, Guido Santiago, *Administración y justicia*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 411.

566En la doctrina argentina, entre muchos otros, ver, BIANCHI, Alberto, *El "Writ of certiorari" en nuestra Corte Suprema(La "Cuestión Federal Suficiente" como concepto jurídico indeterminado*), en BIANCHI, Alberto - TAWIL, Guido S., *Proceso administrativo y constitucional,* Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1995, p. 394; GUASTAVINO, Elías P., *Tratado de la `jurisdicción` administrativa y su revisión judicial*, T. I, 2° Ed. actualizada, Biblioteca de la Academia nacional de derecho y ciencias sociales de buenos aires, Serie II-Obras-Número 21, Buenos Aires, 1989, p. 104. No obstante el precitado autor (siguiendo a GRECCO), estima que existen determinados conceptos jurídicos indeterminados que comportan un ejercicio discrecional de la potestad administrativa. Ídem. En Alemania la mayoría de la doctrina entiende que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados exige la "búsqueda de la única solución justa, sin que, por tanto, exista en esta materia discrecionalidad administrativa". Ver, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 225.

567 Ver, TAWIL, Guido Santiago, *Administración y justicia*, T. I, ps. 415 - 416 y COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo*, 2° Ed. actualizada y ampliada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 503 y el mismo autor en coautoría con ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, Porrúa, México, 2006, p. 59.

que se trata es de determinar en un caso concreto la "honorabilidad" de un sujeto para acceder a un beneficio o a una autorización, sólo puede existir una única respuesta acertada: o el solicitante es honorable o no lo es[568].

Ahora bien, desde cierta perspectiva, este ejemplo podría evidenciar la existencia del "principio de una sola respuesta" que difiere en relación al "principio de una sola solución justa"[569]. Para comprender estas cuestiones, es preciso analizar la tesis del mayor exponente de la "única solución justa": Fernando SAINZ MORENO[570].

El precitado autor español sostiene: "…las leyes son textos escritos que expresan su contenido normativo por medio de conceptos de cuya interpretación depende su eficacia". Sobre esta base, el autor español establece tres postulados, sólo en lo atinente a si es o no posible razonar sobre la interpretación de los conceptos jurídicos de manera que se pueda llegar a una solución que la doctrina y jurisprudencia suele llamar "justa"[571].

Primero: la probabilidad de interpretaciones diferentes se intensifica si aumenta el grado de indeterminación de un concepto.

En contra de esta tesis, se pronuncia tajante SANCHÉZ MORÓN. Este último autor considera que constituye una premisa desacertada el hecho de que todo concepto jurídico indeterminado "…en todos los casos sólo pueda deparar una solución verdadera y justa". Esta conclusión, muy sintéticamente, se apoya (según el autor) en un concepto trascendente de Justicia (y de Verdad) y en una fe absoluta en las posibilidades del discernimiento humano. En definitiva, argumenta que en la mayoría de los casos en los que se aplica un concepto indeterminado "más abstracto", la solución podrá ser única en el plano de la filosofía pura pero en la mayoría de los casos no existirá unanimidad en la búsqueda de solución. Ver, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial,* Tecnos, Madrid, 1994, ps. 118 - 119.

568 Este ejemplo lo trae a colación MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, traducción coordinada por DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 175. Desde ya que esta no es nuestra postura, tal como se podrá apreciar en los capítulos V y VI de este estudio.

569 SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 167. MAURER, por cierto, pareciera identificar a ambas nociones. Así sostiene textualmente refiriéndose al ejemplo de la honorabilidad: "Sólo puede existir *una única* respuesta acertada en sí misma: o el solicitante es honorables o *no lo es*. Desde un punto de vista jurídico, las dos cosas no pueden ser simultáneamente correctas; sólo puede haber *una única* decisión correcta". Ver, MAURER, Hartmut, *ob. Cit.*, p. 175.

570 Nos parece prudente realizar aquí una aclaración muy importante antes de continuar. A nuestro criterio y siguiendo a Robert ALEXY, las decisiones se adoptan y pretenden ser correctas en el marco del orden jurídico válido. Decisión valida jurídicamente en los términos de Robert ALEXY. Afirma en tal sentido el brillante autor alemán: "Si se toman conjuntamente ambos aspectos [derecho válido sea racional o justo] hay que aclarar la recién mencionada fórmula en el sentido de que las decisiones judiciales pretenden ser correctas en *cuanto decisiones jurídicas*. En la pretensión de corrección que se plantea con las decisiones judiciales se contienen ambos aspectos. Una decisión judicial que aplica correctamente una ley irracional o injusta no satisface, por tanto, en todos sus aspectos, la pretensión de corrección planteada con ella. Si la ley injusta o irracional tiene validez jurídica, la decisión es ciertamente una decisión válida jurídicamente". Ver, ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de ATIENZA, Manuel, ESPEJO, Isabel, Palestra, Lima, 2010, p. 453.

571 SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, ps. 163-166. Ello con independencia de la influencia de otros factores ajenos al razonamiento que condicionan y perfilan las decisiones jurídicas.

Segundo: en la interpretación jurídica el significado propio de las palabras (en general, el uso que el diccionario establece) constituye el punto de partida pero no el de llegada[572]. Es decir, la interpretación jurídica se orienta a asignar un significado jurídico de las palabras.

Tercero: el adjetivo calificativo "justa" (como "decisión justa") debe ser precisado en su significación y alcance. En efecto, *prima facie* no se refiere o no debería referirse a una verdad o justicia entendida en términos absolutos o universales. Además, en realidad con esa afirmación se pretende (o debería postularse) que la decisión que se adopte sea "correcta bajo el presupuesto del orden jurídico vigente" [573] (en la terminología de ALEXY).

En definitiva, podemos encontrar cuatro concepciones en lo que respecta al principio de una y sólo una solución "justa".

i) La primera tiene que ver con la diferencia entre el "principio de una sola solución justa" y el "principio de una sola respuesta [correcta agregamos]"[574].

ii) La segunda se relaciona con el principio según el cual la solución justa es aquella que es coherente con la idea de justicia que la norma expresa[575].

iii) La tercera se refiere al principio de que una solución justa equivale al principio de una solución verdadera[576];

iv) por último, la que se vincula con el hecho de que todo concepto jurídico tiene un significado concreto[577].

Según SAINZ MORENO, por solución justa debe entenderse la solución coherente con la idea de justicia que la norma expresa. No se trata de establecer con criterios de justicia absoluta[578] ni de expresar una sola y única conducta capaz de merecer, entre toras las posibles, la calificación a la que el concepto apunta[579].

---

572 Ibídem, p. 165.

573 Esta afirmación en nada influye respecto del control judicial. El control se ejerce como acontece con cualquier aplicación del derecho por parte de la administración. LOZANO CUTANDA entiende que la definición de una potestad mediante un concepto jurídico indeterminado, admite una única solución. Sin embargo, por lo general no se da el caso en el que se configure una "única solución posible". Ver, LOZANO CUTANDA, Blanca, *El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración*, en Revista Española de Derecho Administrativo (REDA), n° 91, Civitas, 1996, p. 272.

574 SAINZ MORENO, Fernando, *ob. Cit*., p. 167.

575 Ibídem, ps. 168-169.

576 Ibídem, ps. 170-172.

577 Ibídem, p. 172.

578 Ibídem, p. 168.

579 GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo-FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, T. I, p. 466.

La solución justa que la norma presupone, según esta interpretación, es aquella que expresa su contenido normativo, aunque después otros factores extra-normativos puedan justificar que se fuerce una solución distinta[580]. Es decir, la dificultad de hallar la solución "justa" o de demostrar que una lo es –para GARCÍA DE ENTERRÍA-, no destruye el principio esencial según el cual existe una solución coherente y válida en un determinado contexto jurídico a la que se arriba por juicios disyuntivos[581].

Ahora bien, más allá de que todas estas cuestiones sería tratadas en los capítulo V y VI del presente estudio, a nuestro juicio no debe perderse de vista el postulado de Robert ALEXY en cuanto afirma que: "…*con las afirmaciones y decisiones jurídicas no se pretende que éstas sean sin más correctas, sino sólo que son correctas bajo el presupuesto del orden jurídico vigente; ello ocurre si se pueden fundamentar racionalmente teniendo en cuenta la ley, el precedente y la dogmática*"[582].

§19 La unidad de solución justa como eje central en el derecho argentino.

En nuestro país se argumenta que los casos que generan la aplicación de reglas complejas de experiencia, común, o técnica, en donde existe un criterio administrativo "opinable", deben estar excluidos del control judicial, en razón de que se concede un "margen de confianza" a favor de la Administración[583].

GRECCO por ejemplo, siguiendo el modelo alemán, busca trazar la escisión entre conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad para determinar, aparte de la extensión o reducción del control judicial, la "…determinación de los límites del ejercicio del poder político". No obstante, luego afirma que cuando sólo se pueda arribar a una única solución justa, ello no determina la ausencia de discrecionalidad[584].

El precitado autor recurre a dos textos legales que contienen conceptos jurídicos indeterminados para clarificar su postura. En primer lugar se refiere a la "propuesta más conveniente" (art. 18 de la Ley de Obras Públicas). Para este autor determinar el concepto

[580] SAINZ MORENO, Fernando, *ob. Cit*., p. 169.
[581] GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo-FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *ob. Cit.,* T. I, p. 466.
[582] ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 450 y también en p. 34.
[583] SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p. 186.
[584] GRECCO, Carlos, Manuel, *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa,* p. 735. No obstante, el ejemplo que brinda para justificar tal conclusión (la prórroga de la concesión del transporte aéreo interno si subsisten las "razones de interés público que motivaron la concesión". A nuestro criterio, tal ejemplo, así formulado y explicitado, no permite dilucidar si el interés público es o no un concepto jurídico indeterminado (según la concepción del prestigioso jurista). Es decir, si se presentan dos o más soluciones válidas, entonces ¿cómo puede ser un concepto jurídico indeterminado según la tesis del propio autor? Esto se contradice con lo que sostuvo en ibídem ps. 729 - 730. Veremos, oportunamente, cómo se resuelven estos casos, también cuando efectuemos la crítica a la distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad técnica.

constituye una apreciación libre de la Administración a quien, en forma "principal" y "exclusiva", le incumbe juzgar si la mayor conveniencia deriva del precio, de la calidad tecnológica, etc. En cambio, la remoción por "inconducta notoria" (art. 27, inc. 3) de la ley 22.207), no podía dar lugar a una pluralidad de soluciones.

SESÍN concibe a los conceptos jurídicos indeterminados tanto en la actividad vinculada como en la discrecional. Por ello, no coincide con quienes sostiene que los conceptos jurídicos indeterminados sólo admiten una única solución justa[585].

Así, para el juez del Tribunal superior cordobés, la valoración subjetiva del órgano, sumada a la posibilidad de elegir entre dos o más alternativas válidas, confirma la presencia de la modalidad discrecional aún en su mínima expresión. En efecto -argumenta-, es poco trascendente si la apreciación la realiza un técnico o un profesional, entre otros; la valoración subjetiva se da en un margen de libertad y eso basta para calificarlo de discrecional[586].

Para SESIN lo discrecional en ciertos casos se limita a la apreciación de la oportunidad, y en otros se pondera intereses, se valora el interés público o se realiza un acto volitivo del órgano competente. En todos estos casos, la importancia práctica es intrascendente porque "…de todas maneras queda dentro de la zona de reserva de la Administración y se excluye el control judicial"[587]

En definitiva, este autor postula que en los conceptos jurídicos indeterminados (y en la discrecionalidad) existe un núcleo o momento intrínseco discrecional que no puede ser sustituido por el juez[588]. La interpretación lógico-racional marca el límite. Si luego de tal tarea interpretativa –argumenta-, no hay objeción jurídica, entonces entramos a la "zona de reserva de la administración".

En la tesis del precitado autor, al completar un concepto jurídico indeterminado, opiniabilidad pasa a formar parte de la proposición jurídica ya que la administración "…no está obligada a llegar a una solución justa utilizando sólo reglas de la interpretación jurídica"[589]. En cambio, si un hecho, fenómeno o situación no es opinable y admite sólo una solución posible, entonces la aplicación del derecho se impone.

Entonces aquí es donde se produce la identificación con la discrecionalidad. Porque la selección que implica completar el concepto jurídico indeterminado, es "opinable", entonces

---

585 SESÍN, Domingo, *ob. Cit.*, p. 192. Desde una aproximación diversa, hemos arribado a la misma conclusión en otro estudio. Ver, CORVALÁN, Juan Gustavo, *Un nuevo enfoque de la discrecionalidad administrativa*, en Revista Argentina de la Administración pública, nº 351, Año XXX, Buenos Aires, Diciembre de 2007, ps. 86 – 92.

586 SESÍN, *Domingo, ob. Cit.*, p. 186.

587 Ídem.

588 Ibídem, p. 188.

589 Ibídem ps. 188 - 189.

la elección es de naturaleza discrecional. "…solo aquí la Administración se presenta como un verdadero poder creativo cuya autodeterminación exclusiva le pertenece. De esta forma juega el armonioso mecanismo de la división de poderes"[590].

En suma, para SESÍN, la potestad discrecional es necesaria en determinados casos[591] en donde se requiere completar un concepto jurídico indeterminado en el que pueden existir dos o más hipótesis correctas[592]. La indeterminación de la norma no es la que permite "un momento discrecional" sino que, antes bien, la *indeterminabilidad del fenómeno o situación real a subsumir*[593].

Por ello, afirma que los conceptos jurídicos indeterminados operan como un límite a la discrecionalidad, cuando se concretan mediante un juicio intelectivo puro. Es decir, cuando en virtud de la norma la idoneidad se determina por riguroso orden de antigüedad o cuando según los pliegos respectivos la oferta más ventajosa es la de mejor precio[594].

A nuestro juicio, en estos casos, la estructura intrínseca de la norma, nos otorga el parámetro objetivo para verificar su adecuada integración. Dicho de otro modo, el texto legal regló la situación. De ahí que la norma se ocupó de integrar el concepto. Por ejemplo, si la idoneidad u *oferta más ventajosa,* es la de menor precio conforme lo manda el legislador, entonces se reduce considerablemente la posibilidad de no poder determinar, a partir de la formulación normativa, cuál es el monto más bajo entre las ofertas.

Desde nuestra perspectiva, estos casos no se relacionan con el límite que impone el CJI a la discrecionalidad[595]. Sencillamente, se trata de un supuesto en el que la "*condición de aplicación"* (circunstancias fácticas o jurídicas seleccionadas por el legislador) que integra la formulación normativa, presentan un bajo contenido de indeterminación semántica que permite instanciar (completar) el concepto "propuesta más conveniente" a partir de la oferta de menor precio[596].

---

590 Ídem.

591 Para el autor, en otros casos, funciona la objetividad. Así, la adecuación al modelo o prototipo sólo admite una alternativa válida en la cual no hay modalidad discrecional ya que el concepto indeterminado se integra con reglas técnicas o de experiencia indiscutibles, o conductas medias socialmente obligatorias o estándares de universal consenso. Ver, ibídem, p. 190.

592 Ídem.

593 Ibídem, p. 191.

594 Ibídem, p. 192.

595 Afirma SESÍN: "…concluyo en que los conceptos jurídicos indeterminados sólo sirven parcialmente para delimitar el uso de la discrecionalidad, por cuanto esto depende de la posibilidad de utilizar parámetros objetivos o no en su realización concreta". Asimismo, el autor considera "…peligroso sustentar que tales o cuales conceptos (idoneidad, insalubridad, orden público, utilidad pública, emergencia, etc.) constituyen teóricamente conceptos jurídicos indeterminados y, por ende, aprehensibles sólo intelectivamente en todos los casos…". Ver, ibídem, p. 193.

596 Para ampliar la fundamentación de esta postura, remitimos al lector a los capítulos V y VI.

§20 La distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad.

La férrea distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados se presentó en Alemania –mayoritariamente- con antelación a la década de 1950 y hasta mediados de la década de 1970, época en la que comenzó a cobrar vigencia la teoría unitaria[597].

Como lo enunciamos en el capítulo anterior (Ver teoría unitaria), desde un sector doctrinal se plantea la escisión tajante entre la posibilidad de elegir varias opciones -propia de la discrecionalidad- y la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados como un problema de *aplicación del Derecho*[598]. Se alude a las diferentes operaciones lógicas para dar contenido a los conceptos indeterminados, que no constituyen un ejercicio de la facultad discrecional[599].

Este modo de concebir el fenómeno discrecional se presenta como la "tesis reduccionista" de la discrecionalidad y constituye la contracara de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Es decir, como éstos forman parte del supuesto de hecho normativo, en este ámbito no se configura la discrecionalidad. Por tanto, desde esta interpretación tales conceptos no pueden ser sujetos de apreciación discrecional[600]

En Argentina, mayoritariamente se diferencia cualitativamente [601] los conceptos jurídicos indeterminados de la discrecionalidad. Se llega así a la conclusión de que la integración del concepto indeterminado, sólo admite una solución válida [602] . La discrecionalidad, en cambio, presenta diferentes soluciones válidas para el derecho[603].

---

[597] BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, ps. 161 - 162. La teoría unitaria admite muchas variantes. Sin perjuicio de todas ellas, se trata de la equiparación (con matices) de esta categoría a la de los conceptos jurídicos indeterminandos.

[598] LOHMANN, Hans Henning, *Die zweckmässigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip*, Berlín, 1972, p. 79, citado en SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 249.

[599] FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 125.

[600] BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 117.

[601] En Argentina, una muestra sintética de esta postura puede verse en SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, ps. 182 -183 (cabe aclarar que el autor no suscribe a esta tesis) y en TAWIL, Guido Santiago, *Administración y justicia*, T. I, ps. 413 - 415.

[602] Ver, TAWIL, Guido Santiago, *ob. Cit*., T. I, p. 415. El precitado autor manifiesta que el "interés público" resulta siempre fiscalizable judicialmente en tanto solo una es la solución admisible como justa. Ídem. Según CASSAGNE, aun cuando los conceptos jurídicos indeterminados presentan una estructura compleja, como regla general, "…no admiten más que una solución justa (aunque en su halo conceptual pueda darse la posibilidad de elegir entre varias soluciones justas)". Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, p. 185.

[603] GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. 2, ps. 686 - 687. Para este autor la discrecionalidad atribuye al intérprete o aplicador la facultad de elegir, esto es, de realizar una actividad valorativa entre soluciones igualmente legítimas. En cambio, la determinación concreta del significado de un concepto jurídico indeterminado, requiere una interpretación jurídica que no permite elecciones más allá de los límites que el concepto trae consigo. Ídem.

Esto refleja claramente la tendencia argentina y española en seguir la concepción reduccionista de la discrecionalidad[604] (Ver tesis reduccionista) Se llega a sostener, inclusive, que la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados por parte de la Administración se traduce en un procedimiento reglado[605]. En suma, para algunos los conceptos jurídicos indeterminados se resuelven por la aplicación del derecho, mientras que la discrecionalidad no podría resolverse de esa forma[606].

La diferenciación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados se presenta de modo nítido en la tesis de FORSTHOFF como resultado de dos operaciones lógicas. En el ejercicio de la potestad discrecional, la elección entre varias formas de comportamiento igualmente posibles, son producto de un ámbito de acción y de decisión. Hacer A o hacer B o abstenerse de toda acción eran todas posibilidades posibles e "igualmente válidas" para el autor alemán[607].

La elección, en este contexto, se presenta en un marco de realización de valores[608]. Sostiene así FORSTHOFF: "El concepto de valor que hay que realizar discrecionalmente, se dirige a la motivación de las autoridades…"[609]. Desde esta perspectiva, algunos escindían la potestad discrecional (pura) de la interpretación jurídica[610].

En cambio, los conceptos jurídicos indeterminados presuponen (en esta tesis) que sólo hay un comportamiento que responda a sus fines (que se confiere a las autoridades administrativas). A esta única solución se arribaría por interpretación[611].

---

604 En España, ver una sintética descripción de los autores que suscriben a esta postura en BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 116 nota 29.

605 TAWIL, Guido Santiago, *Administración y justicia*, T. I, p. 418 y nota 9, con cita de la sentencia de la sala segunda de la Audiencia Territorial de Barcelona del 9 de junio de 1983 confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo del 24 de febrero de 1986. En igual sentido, un sector de la doctrina española considera que lo no reglado (lo discrecional) y lo reglado (conceptos jurídicos indeterminados) son ámbitos que se diferencian por los distintos razonamientos a utilizar. En un caso, técnico-jurídico (conceptos jurídicos indeterminados), en otro, metajurídico (en el ejercicio de la discrecionalidad). De ahí se concluye que el control de los primeros es de sustitución y de los segundos sólo de anulación. Ver, IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *Discrecionalidad y motivación (Algunos aspectos teórico-generales)*, en *Discrecionalidad administrativa: Control Judicial de la Administración*, p. 136.

606 Ver, IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *ob. Cit.*, p. 139.

607 FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 122.

608 Ibídem, p. 127.

609 Ibídem, p. 132.

610 FORSTHOFF destaca la imposibilidad de que la acción puramente discrecional incida sobre el derecho de un interesado y de ahí su exclusión de los tribunales administrativos. Aunque para el autor este hecho no resolvía la cuestión de: "…cuándo hay que suponer potestad discrecional y cuándo interpretación jurídica". Ver, ibídem, ps. 130-131.

611 Así, el autor admite la facultad discrecional frente a determinados conceptos de valor de naturaleza "tan general" en donde su aplicación empírica y su interpretación, dentro de determinados límites y, en el marco de normalidades dadas ya como presupuestas. Ibídem, p. 125. Cabe aclarar que esta conclusión en el autor alemán, se refiere a los conceptos empíricos y no a los de valor. Por ello concluye: "…la determinación de conceptos puramente empíricos no es ejercicio de la potestad discrecional, sino interpretación". En similar sentido, para un sector de la doctrina argentina, esta escisión suele responder a dos procesos intelectivos diversos presentes en uno y otro ámbito. En la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, el proceso

La utilización de las dos lógicas se relacionan con la norma jurídica que se trata de aplicar. Lo decisivo no sería el concepto de valor en sí, sino la conexión en que se da según esta doctrina[612].

Ahora bien, en FORSTHOFF la escisión entre discrecionalidad y conceptos normativos indeterminados no es tajante. Ofrece como ejemplo el concepto de valor que a su estaba representado por el "interés público"[613]. Los conceptos de valor -conceptos discrecionales- podrían ser "convertidos" en conceptos interpretativos según el autor alemán[614]. Esta circunstancia, acaecía cuando se fijaba empíricamente el valor expresado en el concepto discrecional[615]. Sin embargo, también se reconoce la posibilidad de que un concepto pueda tener una doble significación: en un aspecto "concepto discrecional" y en otro "concepto interpretativo"[616].

a) Un ejemplo de la dogmática alemana para escindir discrecionalidad de conceptos jurídicos indeterminados

FORSTHOFF trae a colación un texto normativo que faculta a la policía a "*Tomar las medidas que a su entender son necesarias para apartar de la generalidad o de los particulares aquellos peligros que amenazan la seguridad pública o el orden*"[617].

Los hechos: La capacidad de resistencia de un puente está disminuida por accidentes atmosféricos.

De modo simple, nos permitimos enunciar la estructura de la formulación normativa precitada[618]:

---

previo al juicio es de índole intelectivo o cognositivo. La discrecionalidad, en cambio, presupone el ejercicio de un proceso volitivo. Ver, TAWIL, Guido Santiago, *Administración y justicia*, T. I, p. 416.

612 FORSTHOFF, Ernst, *ob. Cit.*, p. 132.

613 Ídem.

614 Sostiene en tal sentido el autor alemán: "Así puede ocurrir, que una decisión, que hasta cierto momento era cuestión discrecional, sea trasladada al campo de interpretación". Ver, ídem.

615 Ya sea "…por la referencia a las concepciones sociales o locales o al sentir de todos los que piensan justa y equitativamente, bien sea para una enumeración casuística de los hechos en que el valor debe manifestarse. La tendencia a sustituir en lo posible los conceptos de valor por conceptos de interpretación, encerrando así la potestad discrecional en límites angostos, es una tendencia que alienta, naturalmente, en todo orden jurídico de conformación normativa". Ver, ibídem, ps. 132-133.

616 Ibídem, p. 133.

617 El caso lo plantea FORSTHOFF, Ernst, *ob. Cit.,* p. 133 y ss. También GRECCO alude a él en "*La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*", ps. 733 - 734. Este ejemplo, en la lectura de FORSTHOFF, constituye un ejemplo de la coexistencia de "conceptos discrecionales" y "conceptos interpretativos".

618 En los capítulos V y VI, sentaremos las bases de análisis a partir de concebir a la dogmática jurídica como una actividad compleja en la que pueden distinguirse, por los menos, tres etapas distintas: (1) la identificación de las normas jurídicas; (2) la sistematización de tales normas y (3) la sistematización o transformación de los sistemas jurídicos. BULYGIN, Eugenio, *Dogmática Jurídica y sistematización del derecho*, publicado en ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios

a) Presupuesto de hecho: sin referencias concretas en una norma, se alude a la "capacidad de resistencia por debajo del límite de seguridad".

b) Consecuencia jurídica: tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y el orden.

¿Cómo se integra el presupuesto de hecho?

Para FORSTHOFF, la integración es un ejercicio de la potestad discrecional a falta de conceptos concretos[619].

¿Cómo se completa la consecuencia jurídica?

Para FORSTHOFF por medio de dos operaciones.

Primero, debe determinar *qué* medidas son consideradas necesarias (para garantizar la seguridad y el orden); esto es, restauración del puente, prohibición de tráfico a ciertos vehículos, fijación de velocidad máxima, entre otras. Esta determinación se establece a través de datos fácticos, empíricos sin acudir a un juicio de valor. Aquí no hay discrecionalidad (siempre según FORSTHOFF).

Segundo, la discrecionalidad aparece cuando se debe optar por cuál medida es preferible, o mejor frente a las circunstancias. Aquí es donde aparece el juicio valorativo y la discrecionalidad en la tesis del autor alemán.

En definitiva, el mismo FORSTHOFF se ocupa de simplificar su conclusión en este ejemplo:

i) la necesidad de "si debe intervenirse" en un concepto discrecional;

ii) la del "cómo" es un concepto jurídico;

iii) la decisión entre varias medidas igualmente adecuadas, también es una cuestión discrecional[620].

§21.La asimilación entre conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad en la zona de incerteza o incertidumbre.

Producto de la tesis que admite la discrecionalidad sólo en el ámbito del presupuesto de hecho de las normas, desde un sector de la doctrina alemana se entiende

---

Constitucionales, Madrid, 1991*,* p. 466.

619 FORSTHOFF, Ernst, *ob. Cit.,* p. 134.

620 Ídem. GRECCO al referenciar este caso expuesto por FORSTHOFF, coincide con esta interpretación efectuada por el autor alemán. Ver, GRECCO, Carlos, Manuel, *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*, p. 733.

que existe discrecionalidad también cuando se pretende determinar la zona de incerteza de un concepto jurídico indeterminado[621].

Es decir, la discrecionalidad no sólo se configura cuando no existe vinculación legal. También se ejerce cuando se intenta integrar conceptos normativos indeterminados que se presentan en el presupuesto de hecho, siempre que se la opción se encuentre en la "zona de incertidumbre" o de incerteza.

Según KOCH, frente a los candidatos neutrales del concepto -los que se presentan en la zona de incerteza-, el aplicador debe establecer por sí mismo el criterio de su aplicación o inaplicación a fin de poder adoptar sobre su base una decisión aplicativa del mismo. En suma, desde la óptica de KOCH:

> "…la aplicación de un concepto normativo indeterminado en su zona de incertidumbre supondría la necesaria adopción por el órgano actuante de un criterio de aplicación del concepto (que no está contenido en la propia norma y que, por ello, no se trata sólo de deducir de la misma), igual que la aplicación de una norma que habilita discrecionalidad en la adopción o determinación de su consecuencia jurídica supone, como se dijo, la necesaria adopción por la Administración de los criterios finalmente determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica u otra"[622].

Desde esta perspectiva, la distinción entre el ejercicio de la discrecionalidad y la integración de los conceptos jurídicos indeterminados en su zona de incertidumbre, tiene que ver con los criterios disyuntivos o conjuntivos sobre su aplicación. En el caso de los conceptos indeterminados en su zona de incertidumbre, el órgano aplicador debe establecer por criterios disyuntivos la zona de certeza positiva y la de certeza negativa.

Por ejemplo, además de en su zona de certeza positiva, el concepto se aplicará positivamente cuando concurran las circunstancias A, B y C. Por el contrario, además de en su zona de certeza negativa, el concepto se aplicará negativamente cuando concurran las circunstancias D, E y F.

---

621 En España, BACIGALUPO ha defendido con énfasis (siguiendo a KOCH, WEBER y a SCHMIDT) la tesis según la cual los conceptos normativos indeterminados y la discrecionalidad son manifestaciones de un mismo fenómeno: la perfección o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho imperfecto (indeterminado o inacabado) de una norma jurídico-administrativa. Ver, BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 203 y ss.

622 KOCH, Hans Joachim, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensemâchtigungen im Verwaltungsrecht*, Francfort, Metzner, 1979, p. 179, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 189.

Sobre esta base, el órgano aplicador debe establecer tantos criterios disyuntivos de aplicación del concepto como fueran necesarios para decir sobre su aplicación, positiva o negativa, al candidato neutral del mismo con el que se enfrenta en el caso concreto[623]. Para KOCH, cuando la Administración realiza una tarea de carácter acumulativo, cuando completa en sede aplicativa el supuesto de hecho inacabado de las normas que habilitan discrecionalidad. Puntualmente, añade condiciones o requisitos adicionales -que se acumulan- al presupuesto de hecho normativo[624].

Sin embargo, el autor se ocupa de aclarar que en la aplicación de una misma norma jurídico-administrativa se pueden presentar, al mismo tiempo, una integración acumulativa y disyuntiva en el presupuesto de hecho[625]. Esto se presenta en las llamadas normas de acoplamiento.

Recuérdese que la doctrina alemana denomina <<normas acopladas>> o <<normas de acomplamiento>> (*Koppelungsvorschriften*) a las que combinan la discrecionalidad en el terreno de las consecuencias jurídicas con conceptos indeterminados en el supuesto de hecho[626]. Estas normas de acoplamiento, en principio, no modifican las distintas reglas de carácter general que rigen el control judicial de la discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados[627].

En la lectura de KOCH, cuando se trata de aplicarlas a un candidato neutral de estos últimos, el órgano actuante debería perfeccionar primero, en forma disyuntiva, los requisitos indeterminados del supuesto de hecho de la norma. Para ello deberá adoptar un criterio de aplicación de cada uno de ellos que le permita decidir sobre su respectiva aplicación en el caso (en sentido positivo o en sentido negativo).

Si la aplicación es positiva, el órgano deberá proceder a perfeccionar o integrar, de modo acumulativo, el supuesto de hecho inacabado de la norma que le autoriza a actuar. En concreto, adoptará los criterios finalmente determinantes de la aplicación o no de una consecuencia jurídica u otra[628].

---

623 KOCH, Hans Joachim, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensemâchtigungen im Verwaltungsrecht*, Francfort, Metzner, 1979, p. 38 (nota 104) y 179, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 190.

624 KOCH, Hans Joachim, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensemâchtigungen im Verwaltungsrecht*, Francfort, Metzner, 1979, p. 136, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 190.

625 BACIGALUPO entiende que la aplicación de conceptos normativos indeterminados (en su zona de incertidumbre) y el ejercicio de la discrecionalidad consisten en una misma tarea: integrar en sede aplicativa el supuesto de hecho de la norma habilitante. Ambos presentan un mismo fenómeno de naturaleza materialmente normativa y presentan una doble perfección disyuntiva y acumulativa del supuesto de hecho. Ver, BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 203.

626 Entre otros, ver, MAURER, H., <<*Der Verwaltungsvorbehalt*>> en *Veröffentlichungen der Vereinigun der Deutschen Staatsrechtslehrer* (WDStRL), vol. 43 (1984), Berlín-Nueva York, 1985, p. 115 y ss., citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 179.

627 BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 179.

628 KOCH, Hans Joachim, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensemâchtigungen im Verwaltungsrecht*, Francfort,

En definitiva, para esta corriente, en determinados casos el presupuesto de hecho habilita una doble perfección que se concreta en forma disyuntiva y acumulativa a la vez. Como primera tarea corresponde fijar un criterio de aplicación para cada uno de los conceptos indeterminados (que permita aplicarlos o inaplicarlos en sus respectivas zonas de incertidumbre).

La segunda faena se reduce a la fijación de aquellas condiciones o requisitos adicionales cuya concurrencia -además de los previstos por la norma- determina la adopción preceptiva de cada una de las consecuencias jurídicas permitidas por la norma[629].

Con sustento en la plataforma dogmática alemana sucintamente expuesta, BACIGALUPO (siguiendo a KOCH[630] y a WEBER[631]) concluye que los conceptos indeterminados en su zona de incertidumbre y la discrecionalidad, no se diferencian cualitativamente[632]. De este modo, afirma el autor español, la intensidad de su respectivo control jurídico es sustancialmente idéntica[633].

Metzner, 1979, p. 186 y ss, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, ps. 191 y 203 - 204.

629 BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 203 - 204.

630 KOCH, Hans Joachim, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensemächtigungen im Verwaltungsrecht*, Metzner Frankfurt, 1979, p. 173 y ss.

631 WEBER, Karl Heinz, *Regelungs und Kontrolldichte im Atomrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1984, p. 200.

632 Un planteo análogo se advierte en la tesis de CARRETERO ESPINOSA de los MONTEROS, Carmen, *¿Existen potestades discrecionales en ámbitos ajenos al derecho administrativo*?, enMARTINEZ, Eduardo Hinojosa – GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás (coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, I Jornadas de estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Civitas, Madrid, 1996, p. 84. Esta autora, analizando el fenómeno en el derecho de familia, entiende que la aplicación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados exigen "…una valoración de los hechos a la luz del concepto legal correspondiente, en atención al interés que se ha de tutelar (en este caso el del menor), en la que puede llegarse a varias soluciones distintas jurídicamente aceptables, no están sino ejerciendo potestades discrecionales". Ídem.

633 Textualmente afirma el autor: "En suma, la aplicación de conceptos normativos indeterminados en su zona de incertidumbre y el ejercicio de la discrecionalidad no son sino modalidades de un mismo fenómeno: la *perfección* o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho *imperfecto* (indeterminado o inacabado) de una norma jurídico-administrativa". Ver, BACIGALUPO, Mariano*, La discrecionalidad administrativa*, ps. 205 - 206. Claramente se observa cómo ha seguido en términos idénticos las tesis de KOCH y SCHMIDT W. (principalmente, además de otros autores alemanes como WEBER).

§22.El fallo "Chevron USA inc. V. Natural Resources Defense Council" (1984)[634].La inexistencia de una delimitación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados[635] en el derecho norteamericano. La inmunidad judicial respecto de la aplicación e interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados.

"*Chevron*" es sin dudas uno de los fallos más relevantes en el campo del derecho administrativo norteamericano[636]. En él, se consolidó la doctrina de la deferencia[637], también denominada "margen de apreciación"[638].

En esencia, el caso vinculó la interpretación y aplicación que la Administración realizó sobre ciertos conceptos jurídicos indeterminados, a propósito del problema de la fidelidad a las bases de la delegación. En síntesis, el caso "*Chevron*" tiene que ver con la intensidad del control judicial frente a la interpretación hecha por la agencia administrativa sobre la ley delegante[639].

Siguiendo a BIANCHI, creemos que se trata de una doctrina jurisprudencial[640] que consagra el siguiente postulado en relación a la interpretación administrativa de las leyes: "*…la interpretación administrativa de los términos de una ley, tiene peso decisivo en la decisión del tribunal revisor a menos que aquélla sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea*"[641].

---

634 467 US 834, citado, comentado y traducido parcialmente, no obstante se vuelcan los aspectos esenciales, por BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América,* 2° Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, ps. 498 - 505. En nuestro derecho, ver BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, Ábaco, Buenos Aires, 2002, ps. 605 - 613; BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, en Estudios de derecho administrativo, T. X, El proceso administrativo en la República Argentina, Dike, Mendoza, 2004, ps. 69 – 129 y el mismo autor en *El control judicial de la Administración Pública,* enCASSAGNE, Juan Carlos (director), *Derecho procesal administrativo*, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 192 - 194.

635 Desde cierto sector de la doctrina española, se ha considerado que en el derecho norteamericano, no hay una nítida distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados. Ver, BARNÉS VÁSQUEZ, Javier, *Una nota sobre el análisis comparado: a propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa*, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 235. En nuestra opinión, la jurisprudencia de la Corte Suprema, no ha efectuado una elaboración teórica de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

636 BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 493.

637 Como bien afirma BARRA el principio o la regla de la "deferencia" a favor del legislador o del administrador es casi tan antiguo como la construcción de la revisión judicial de constitucionalidad. Afirma en tal sentido el lúcido tratadista: "El principio de la deferencia es complementario de la revisión de constitucionalidad, formando con esta una misma técnica de intervención judicial, tal como fue desarrollado por el mismo Marshall en el ya citado "McCulloch vs. Maryland", de 1819…". Ver, BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, p. 607, nota 42.

638 TAWIL, Guido Santiago, *Administración y justicia*, T. I, p. 421. No creemos que la locución aquí utilizada por el prestigioso autor argentino se corresponda (en líneas generales) con el bagaje dogmático inserto en la categoría alemana del margen de apreciación.

639 BARRA, Rodolfo, *ob. Cit*., T. I, p. 604 y ss.

640 Para apreciar los diversos precedentes en los cuales se advierten los primeros rastros de la doctrina de la deferencia a comienzos del siglo XX, ver, BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 75 y ss.

641 Ibídem, p. 74

a) Antecedentes y cuestión debatida del caso "*Chevron*"[642].

En 1977 el Congreso de los Estados Unidos reformó la ley ambiental y estableció que los Estados más contaminantes, en zonas que no alcanzasen determinados estándares [*nonattainment areas*], tenían que someter toda actividad "*potencialmente nociva*" [643] a unos determinados programas especiales que incluían permisos muy restrictivos.

La ley de aire puro, emanada de la Agencia de protección ambiental, hablaba (artículo 320) de "*gran fuente de contaminación*" y, a su vez, determinaba ciertos requisitos para autorizar el funcionamiento de planteas industriales que tuvieran fuentes fijas de polución.

La administración federal (EPA) ambiental dictó un reglamento por el cual estableció una regulación bastante permisiva para no perjudicar el desarrollo industrial. El reglamento estableció que las modificaciones en cada una de las instalaciones industriales que se calificasen como "*fuente de contaminación*" [*stationary source*] podían estar exentas de permiso si se consideraban como un todo "*burbuja*" [bubble]"[644] o también denominado como, "*agrupamiento en burbuja*"[645]

Es decir, las instalaciones que emitían materias que polucionaban el medio ambiente podrían ser tratadas en un mismo grupo industrial "como si" estuvieran incluidas en el mismo agrupamiento en "*burbuja*". El concepto de "*fuente contaminante*" (o "fuente fija" de polución[646]) sirvió de sustento para determinar la configuración de la "*burbuja*";

Los ecologistas impugnaron la reglamentación.

b) La decisión del Tribunal de apelaciones del Circuito (DC).

---

642 Trataremos aquí las cuestiones esenciales del fallo, conforme las obras de BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 494 y GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, ps. 198 - 199. En la doctrina argentina, ver, BIANCHI, Alberto, *ob. Cit.*, ps. 79 - 81 y 85 - 87 y BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, ps. 605 - 613. A su vez este precedente, desde el punto de vista del derecho administrativo y en relación a la discrecionalidad administrativa, ha sido tratado brevemente en BARRAGUIRRE, Jorge Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, en Revista de derecho administrativo, n° 21 a 23, Año 8, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 78, especialmente nota 18.

643 Un concepto similar se configuró con antelación en el derecho español a través del artículo 3 de la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 22 de diciembre de 1972. SAINZ MORENO se refiere a estos conceptos como de experiencia "más técnicos". Ver, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 165.

644 La significación en español se ha caracterizado como la de "bloqueo conjunto". Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, p. 199.

645 Esta denominación es la que utiliza BIANCHI, Alberto en *El control judicial de la Administración Pública*, p. 192 y nota 42.

646 Así lo califica BARRA. Ver, BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, p. 606.

El Tribunal de apelaciones del Circuito (DC) hizo lugar a la pretensión con el siguiente argumento esencial: la definición de "*fuente contaminante*" por parte de la agencia que sustentaba el concepto de "burbuja", era contraria a la finalidad y el espíritu de la ley ambiental.

Destacó asimismo que el término "fuente", era suficientemente flexible y admitía tres interpretaciones: una amplia: se refería a la planta industrial en su conjunto; otra restringida, tenía que ver con algunos de los elementos de la planta y, por último, una "dual" que servía para las partes y también para el conjunto de la planta contaminante.

El Tribunal, interpretó la ley en el sentido de exigir una noción amplia respecto de los programas de mantenimiento de la atmósfera y, en cambio, la rechazó en los programas de mejora de la atmósfera[647].

c) El núcleo del debate en el marco de la apelación

Las industrias, al apelar el fallo, entendían que la expresión situada en la ley, "*gran fuente de contaminación*", no remitía a reglas lingüísticas que permitieran establecer el sentido de esa expresión respecto del programa de autorizaciones[648].

Los ecologistas, al responder la apelación, realizaron la siguiente interpretación de la norma: el texto de la ley permitía a la EPA realizar una doble interpretación: si una parte de la planta o la planta en conjunto, emitía más de 100 toneladas de contaminación, entonces se trataba de una "*gran fuente de contaminación*". En tales términos, el concepto "fuente" se definía como edificio, estructura, instalación o complejo, se podía exigir la autorización a cada uno de los edificios o instalaciones que formen parte de la planta industrial[649].

Por tanto, concluyeron en que las normas adoptadas por la EPA y el reglamento aplicable a la zona, determinaban que no se había alcanzado los niveles de calidad del aire[650].

a) La decisión de la Corte Suprema. La innecesariedad de que se configure una única interpretación posible (solución justa)

Cuando la Corte se adentró a resolver el conflicto, estableció los siguientes

[647]BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 501.
[648] Ídem.
[649] Ibídem, p. 502.
[650] Ibídem, p. 501.

postulados que muy brevemente reproducimos:

A. Si la ley guarda silencio o es ambigua con respecto a un determinado extremo, el Tribunal debe dilucidar si la resolución administrativa es fruto de una interpretación razonable de la norma; es decir, el Tribunal no necesita llegar a la conclusión de que la interpretación es la única posible[651];
B. Con cita en el precedente "Morton v. Ruiz"[652], se concibe el poder de una agencia administrativa en los siguientes términos: puede formular políticas y elaborar reglas para completar las lagunas que el Congreso "conscientemente o no, haya dejado"[653];
C. Admite dos tipos de delegación: i) la delegación "expresa" determina un control jurisdiccional limitado que se presenta sólo si las decisiones "…son arbitrarias, caprichosas o manifiestamente contrarias a la ley[654]; ii) la delegación "implícita", determina que el "…Tribunal no puede sustituir una resolución razonable realizada por la agencia administrativa por la interpretación que él mismo haga de dicha disposición"[655];
D. Si la resolución administrativa, representa un equilibrio razonable entre las políticas o intereses opuestos -y además no altera la delegación otorgada-, entonces los tribunales no interfieren a no ser que se hubiese resuelto en contra de la "propia ley" o de la "historia legislativa"[656].

1) En relación con lo decidido por el Tribunal de apelación, la Corte Suprema sostuvo:

Que al revisar y anular las resoluciones recurridas el Tribunal de Apelación, se malinterpretó la extensión de su control y se excedió en su papel"[657]. Esta conclusión, se derivaba del siguiente razonamiento: el Tribunal no podía analizar si el concepto de "burbuja" resultaba o no adecuado en el contexto general de un programa destinado a mejorar la calidad del aire. En cambio, debía determinar si la decisión de la agencia que lo consideró correcto, era o no razonable[658] (control de razonabilidad).

---

[651] Ver, ibídem, p. 498 nota 143, con diversas citas jurisprudenciales.
[652] US 199, 231 (1974), ver, BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *ob. Cit.*, ps. 498 - 499.
[653] BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *ob. Cit.*, ps. 498 - 499.
[654] Ibídem, p. 499 y BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, p. 607.
[655] BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *ob. Cit.*, p. 499.
[656] Ibídem, p. 500. Aquí en el fallo se cita, entre otros, a "*Unites Statesv. Shimer*", 367 US 374, 382, 383 (1961). Ídem.
[657] BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *ob. Cit.*, p. 500.
[658] Ídem.

La Corte Suprema norteamericana concluyó que la decisión de la EPA era razonable y acorde al contexto de la política encomendada. La definición realizada por la EPA del término "fuente" es una interpretación válida y asumible que intenta conciliar dos intereses: la creciente protección ambiental de la atmósfera y el crecimiento económico[659]

Por otra parte, al tratar de modo expreso el "lenguaje de la ley"[660] consideró que la definición de "*fuente de contaminación*", se refiere a cualquier edificio, estructura, instalación o complejo que expulse al aire sustancias contaminantes. Conforme a la ley, esta definición se aplicaba al programa de los "estándares de contaminación" y no al programa de "autorizaciones".

En relación al concepto "*gran fuente de contaminación*", señaló que la ley indica lo que entiende por "*gran*": la emisión de más de 100 toneladas (artículo 320, inciso j). Sin embargo, la ley no establecía criterios sobre los que deba ser una "*fuentede contaminación*"[661], aun cuando equiparaba "fuente" y "complejo ("gran complejo emisor" y "gran fuente de contaminación").

En definitiva, la ley no obligaba a una interpretación determinada del término "fuente", para determinar si se refería a la planta en su conjunto o a determinadas partes que la componían. Textualmente sostuvo la Corte Suprema norteamericana: "*El significado de las palabras debe determinarse en función del contexto y de los objetivos que se persiguen, y las palabras que la rodean pueden poner de manifiesto que el significado y razón de ser del conjunto es llegar a un mismo resultado o idea*"[662];

Por tanto, un único edificio o instalación que no forme parte de un complejo mayor y que emita más de 100 toneladas de contaminación, estaría sometido a la exigencia de autorización al igual que cualquier complejo, estructura o instalación.

Veamos entonces las conclusiones del fallo.

En "Chevron" la Corte Suprema norteamericana desarrolla dos grandes postulados en relación con los conceptos jurídicos indeterminados.

Primero, si del lenguaje de la ley, se puede deducir una determinada voluntad de los legisladores, entonces, los términos empleados deben interpretarse como una "ampliación" y no una "limitación" al campo de actuación de la agencia –en el caso, de la EPA para regular las fuentes de contaminación-

[659] Ibídem, p. 505, con cita del fallo "United States v. Shimer", 367 US, p. 383.
[660] Ver, BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *ob. Cit.*, ps. 501 - 503.
[661] Ibídem, ps. 501 - 502.
[662] Ibídem, p. 502.

Segundo, a partir de lo que se denomina "historia legislativa"[663], la Corte entendió que la agencia es la encargada de ejecutar la legislación ambiental y por tanto quien debe decidir entre las diversas interpretaciones posibles de la expresión "fuente de contaminación". Si la interpretación es "razonable", en el marco de una política ambiental determinada y en situaciones de alta complejidad técnica[664], entonces las diferentes interpretaciones que hizo la EPA del concepto "fuente" merece la deferencia.

b) Sinopsis e ideas principales del precedente "Chevron". Los cuatro grandes postulados en cuanto al rol de los jueces frente a las decisiones de la Administración Pública

Calificada doctrina ha considerado que el fallo que hemos reproducido[665], en sus aspectos esenciales, presenta dos ejes de análisis:

1) Una ley clara sin ambigüedades no puede ser desconocida por la administración y los tribunales;
2) Si hay silencio o ambigüedad, pueden ocurrir dos situaciones: si la delegación es expresa, existe "*deferencia total"* y la reglamentación tiene peso decisivo a menos que sea arbitraria, caprichosa o manifiestamente contraria a la ley. Si la delegación es implícita, se configura "*deferencia atenuada*". El tribunal no puede sustituir con su propia interpretación la que razonablemente haya realizado la Administración[666].

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, la relevancia del fallo en comentario, en esencia viene dada porque traza una doctrina –la deferencia- que perfila la relación entre los jueces y la Administración pública en lo relativo al control de aquellos sobre ésta.

En concreto, la Corte Suprema norteamericana sobre la base de juzgar el modo en que se desarrolló la "política ambiental", demarcó la intensidad del control judicial en relación con los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad ejercida por la

---

663 Ver, ibídem, ps. 503 - 504. Para BIANCHI, la validez interpretativa de la llamada historia legislativa de la norma, considerada relevante en CHEVRON, en otro fallo posterior, la Corte Suprema le restó importancia al decir que "…si la reglamentación no está en conflicto con el lenguaje claro o sencillo de la ley, corresponde la deferencia". Ver, "National Railway Passenger Corp. V. Boston & Maine Corp", 503 U.S. 407, 417 (1992), citado en BIANCHI, Alberto en *El control judicial de la Administración Pública,* ps. 199-200.

664 BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *ob. Cit.*, p. 503.

665 Para evidenciar las dificultades en la aplicación de "Chevron", ver, BIANCHI, Alberto, en *ob. Cit.*, T. 1, ps. 198 - 200.

666 BIANCHI, Alberto en *ob. Cit.*, T. 1, ps. 197 - 198; en un sentido similar (aunque con menor depuración y detalle), ver, GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, p. 200 y CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Civitas, Madrid, 1996, p. 151. Esta última autora, entiende que cuando el congreso no vincula de modo expreso a la administración, la administración puede hacerlo.

Administración Pública. Basta para ello, remitirnos a los argumentos de la Corte según los cuatro grandes postulados que hemos decidido segmentar[667]: i) representación política y elección popular; ii) criterio de especialidad; iii) deferencia frente a criterios políticos; iv) control de razonabilidad. Veamos sintéticamente los argumentos que los fundamentan:

i. **Representación política**[668] **y elección popular**: no se puede pretender trasladar una batalla en la que se debaten argumentos que no se mencionaron ni discutieron en el Congreso afirma la Corte. Los que se refieren a la política ambiental, "…*tienen mejor interlocutor en el poder legislativo, o en el ejecutivo, pero no en los órganos del poder judicial*". Por ello, el fallo concluye en que si bien las agencias no son directamente responsables ante el pueblo, el cabeza del Ejecutivo sí lo es. Por tanto, los jueces que no han sido elegidos popularmente están obligados a respetar las decisiones sobre políticas públicas adoptadas por quienes sí lo han sido;

ii. **Criterio de especialidad:** "*Los jueces no son especialistas en esta materia y no forman parte de ninguna de las ramas políticas del sistema constitucional. Los tribunales pueden, en ciertos casos, conciliar intereses políticos contrapuestos, pero no pueden hacerlo sobre la base de las preferencias políticas personales de los jueces*";

iii. **Deferencia frente a criterios políticos:** "…*una agencia en la que el Congreso ha delegado responsabilidades de configuración política puede, dentro de los límites de la delegación, tomar decisiones conforme a criterios políticos*";

iv. **Control de razonabilidad**[669]**:** cuando se recurre judicialmente la interpretación bien fundamentada y motivada que de la ley ha hecho una agencia administrativa, "…*lo que se contesta no es si se trata de una solución razonable dentro del margen discrecional previsto en la ley, sino simplemente lo acertado o correcto de su decisión, el recurso no puede prosperar*"[670]. Por ello la Corte concluye: "*No recae sobre los tribunales de justicia la*

---

[667] Vale aclarar que esta segmentación la utilizamos a fines didácticos y de comprensión, sin que pueda encontrarse –al menos así planteada- en el fallo en comentario.

[668] Por su parte, desde un sector de la doctrina norteamericana, se ha sostenido que la lógica de "*Chevron*" supone el siguiente punto de partida: las opciones normativas deberían ser realizadas por el poder de gobierno con mayor responsabilidad política (y no por el poder judicial que ostenta menor responsabilidad). Ver, BARRAGUIRRE, Jorge Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, p. 84, con cita de PIERCE, R., The role of […] Administrative Law, "Texas Law Review", volumen 64, n° 3, noviembre, 1985.

[669] El Tribunal Superior de Justicia de la CABA ha destacado el control de razonabilidad que debe hacerse sobre los conceptos jurídicos indeterminados, aún en la etapa de ejecución de sentencia. Textualmente sostuvo: "…la utilización, en la parte dispositiva del decisorio impugnado, de un concepto jurídico indeterminado como "*necesidad habitacional*" (...) no puede entenderse que este aspecto genere un gravamen actual e irreparable en cabeza de la demandada, en la medida que la razonabilidad de su aplicación podrá ser objeto de discusión en la etapa de ejecución de sentencia". Ver, "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denega-do en 'Chajias, Cristian Hernán c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", sentencia del 23/05/13, considerando 6°, voto Casás.

[670] BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 505. Aquí podemos advertir cómo la discrecionalidad también se ubica

responsabilidad de determinar el acierto y la sabiduría de estas decisiones, ni la de resolver la pugna entre las concepciones enfrentadas del interés general: `Nuestra Constitución ha otorgado tales responsabilidades a los poderes políticos".

c) Dificultades en la aplicación del fallo "Chevron"

Como bien lo ha destacado BIANCHI, además de cierta disputa doctrinaria que generó "Chevron", también se verificaron dificultades interpretativas en la órbita judicial[671]. De modo muy sintético, podríamos enunciar –en consonancia con el precitado autor- las siguientes cuestiones que han determinado los problemas interpretativos.

En *primer lugar*, el mandato según el cual se debe seguir estrictamente el texto de la ley cuando no presenta ambigüedades, se han generado discusiones acerca de si resulta o no necesaria la reglamentación administrativa[672].

Una *segunda fuente de controversia*, se advierte en relación con la primera directiva que emana de "Chevron"; esto es, la validez interpretativa de la llamada historia legislativa de la norma que el fallo consideró relevante. En una interpretación posterior, el Tribunal le restó importancia al afirmar que si la reglamentación no está en conflicto con el lenguaje claro o sencillo de la ley, se aplica la doctrina de la deferencia[673].

Esta conclusión generó un debate entre el juez Antonin Scalia y Stephen Breyer, en donde el primero de los nombrados entiende que no debe consultarse la historia legislativa, mientras que el segundo propicia su empleo como elemento de hermenéutica[674].

En tercer término, se ha generado debate respecto de la segunda directiva consagrada en "Chevron"; esto es, una vez que se ha determinado que la ley es ambigua o poco clara, entonces aparece el problema de si la reglamentación es correcta y por ende merece deferencia.

En este punto, se ha generado un conflicto entre la Corte y los tribunales federales inferiores. En efecto, desde "Chevron" la Corte ha sido sumamente deferente con la Administración, mientras que los tribunales federales han producido una serie de decisiones declarando la nulidad de decisiones administrativas[675].

---

para interpretar los conceptos jurídicos indeterminados.

671 BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 85.

672 Entre otros, ver "Chemical Manufacturers Association v. Natural Resources Defense Council", 470 U.S. 116 (1985), citado en BIANCHI Alberto, *ob. Cit.*, p. 86.

673 Ver "nacional Railway Passenger Corp v. Boston & Maine Corp., 503 U.S. 407, 417 (1992), citado en BIANCHI Alberto, *ob. Cit.*, p. 87.

674 Ver, BIANCHI Alberto, *ob. Cit.*, p. 87 y jurisprudencia allí citada.

675 Ver, ídem y jurisprudencia allí citada. Por estas razones, BIANCHI sostiene que bajo el mismo test la corte

§23. El control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados.

a) Control restringido y control plenario de la doctrina alemana

De modo similar a lo que acontece en el derecho francés, desde un sector de la doctrina alemana se alude al control restringido para referirse a la discrecionalidad y al control plenario en los que se refiere a la fiscalización de la aplicación de conceptos normativos indeterminados[676].

La jurisprudencia alemana en ciertos casos, ha perfilado el control jurisdiccional de los CJI del siguiente modo:

> "Los conceptos jurídicos indeterminados, debido a su alta complejidad o a la especial dinámica de la materia reglamentada pueden ser muy vagos y su concreción en las decisiones administrativas puede ser tan difícil que bloquee el control jurisdiccional en el límite de las funciones del órgano jurisdiccional. Las autoridades encargadas de la aplicación de las normas cuentan en tales casos, sin violar el principio del Estado de Derecho, con un espacio de decisión limitado"[677].

Siguiendo a MAURER, podemos enunciar la regla del control de los CJI del siguiente modo: frente a la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, se presume que rige un control pleno, salvo que la propia ley desvirtúe la presunción[678]. Ello acontece, por ejemplo, cuando la ley incluye expresamente la correspondiente habilitación normativa a la Administración bajo las siguientes fórmulas: "conforme la apreciación administrativa" o "de acuerdo con el criterio de la Administración"[679].

---

es más deferente que los tribunales inferiores, lo que prueba la imposibilidad de eliminar el umbral de subjetividad en la revisión judicial. Ídem.

676 Ver, BACIGALUPO, Mariano*, La discrecionalidad administrativa*, p. 179. Para SCHMIDT-ASSMANN, el control pleno y el control limitado no se corresponde con la diferenciación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados. Ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Lateoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 229 y ss. Desde la óptica de MAURER, inicialmente la jurisprudencia sólo revisaba los conceptos jurídicos indeterminados de modo limitado para luego sostener la tesis según la cual tales conceptos –salvo excepciones- son susceptibles de control íntegro por parte de los tribunales. Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 179.

677 Ver, Sentencia de la Primera Sala, del 17 de abril de 1991 -1 BvR 419/81 y 213/83-, en HUBER, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009, p. 461. BACIGALUPO al referencial el fallo, por el contrario, arriba a la conclusión de que rige la regla de la plena justiciabilidad de los conceptos normativos indeterminados. Ver, BACIGALUPO, Mariano*, La discrecionalidad administrativa*, p. 156.

678 MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 179.

679 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Lateoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 233.

Si falta una indicación expresa en la norma, se debe averiguar el contenido de tales conceptos por vía interpretativa[680]. Es decir que los tribunales están obligados a revisar en principios, ilimitadamente, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos la aplicación y concreción de los conceptos jurídicos indeterminados por parte de la Administración[681]. Sin embargo, aparece en el derecho alemán una clara limitación a la tarea judicial. Los tribunales no pueden disponer autónomamente sobre sus competencias de control.

Por tanto concluye SCHMIDT-ASSMANN:

> "Ni pueden crear ellos mismos una habilitación inexistente en las normas, ni, a la inversa, pueden hacer caso omiso de una habilitación que la ley haya atribuido a la Administración en términos precisos. Si un tribunal llega a la conclusión de que la habilitación atribuida por la ley a la Administración es contraria a la Constitución, no puede proceder por sí mismo (…) debe actuar con arreglo a lo dispuesto en el art. 100 GG, es decir, debe plantear al Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) la cuestión de inconstitucionalidad"[682].

Asimismo, según la jurisprudencia, cuando los conceptos jurídicos indeterminados se encuentran presentes en cuestiones muy complejas de especial dinámica de la materia regulada y se presente, a su vez, "muy vagas", entonces el control judicial tendría límites funcionales de jurisdicción[683].

Por ello, afirma que los CJI operan como un límite a la discrecionalidad, cuando se concretan mediante un juicio intelectivo puro. Es decir, cuando en virtud de la norma la idoneidad se determina por riguroso orden de antigüedad o cuando según los pliegos respectivos la oferta más ventajosa es la de mejor precio[684].

b) El control de los CJI por parte de la jurisprudencia nacional. La "única solución justa integral que tiene en cuenta el complejo jurídico vigente de normas arrancando desde la ley fundamental"

---

[680] Ídem.

[681] MAURER, Hartmut, *ob. Cit.*, p. 179.

[682] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *ob. Cit.*, p. 234. En nuestro país, esta hipótesis no se podría presentar, dado que todos los jueces de cualquier instancia pueden declarar y aún de oficio, la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de una ley.

[683] Ver, BVerfGE 84, 34, 50 citado en MAURER, Hartmut, *ob. Cit.*, p. 179.

[684] SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p. 192.

En el presente punto, tan sólo destacaremos algunos fallos relevantes, a los fines de ilustrar la posición de la jurisprudencia federal.

En una tarea eminentemente dogmática, la CSJN (Fallos 302:604[685]) ha destacado -considerando 6 del fallo precitado- numerosos aspectos a tener en consideración en el análisis de los conceptos jurídicos indeterminados.

En *primer término*, ha precisado que la clasificación de los conceptos[686], debe realizarse según "la certeza con que determinan el supuesto de hecho al que el concepto se aplica" o bien, "la consecuencia jurídica que de esa aplicación deriva".

En *segundo plano*, ha definido que son "determinados", aquellos conceptos que obligan a decidir si se da o no se da el concepto y, por consiguiente, a aplicar o no determinadas consecuencias jurídicas[687]. Los conceptos jurídicos indeterminados, sostiene la Corte, son los que permiten decidir si se da "más o menos" el concepto dando la posibilidad de graduar las consecuencias jurídicas[688].

El máximo tribunal, a su vez, destaca que los principios que hacen al interés público y de experiencia social, contienen sólo indicaciones, que han de ser tenidas en cuenta para la formulación de la premisa mayor de un juicio en contemplación del caso concreto. De ahí que, en la aplicación judicial o en su caso, en el control judicial de esos principios, no se trata de enjuiciarlos en sí mismos, sino la forma en que se ha aplicado la norma jurídica que los contiene.

Se controlan las infracciones de la ley, ya que la aplicación de tales fórmulas elásticas o conceptos indeterminados, no consiste en una mera operación de simple lógica[689], que pueda conducir a varias soluciones. Antes bien, debe buscarse "…*la única solución justa integral que tiene en cuenta el complejo jurídico vigente de normas arrancando desde la ley fundamental*".

---

685 "Carrizo Coito, Sergio v. Dirección Nacional de Migraciones", sentencia del 28/09/1979, Fallos 302:604, JA 1980-IV-113, ver especialmente considerando 6º.

686 Para FORSTHOFF, la clasificación de los conceptos jurídicos indeterminados, se relaciona con la categoría autónoma que refiere a "hechos", "situaciones" y circunstancias empíricas. Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 124.

687 Para GRECCO son un pequeño número de conceptos que resultan, en verdad, determinados con relativa precisión. Los conceptos numéricos o los definidos explícitamente o por remisión a otros anteriormente definidos. Ver, GRECCO, Carlos, Manuel, *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*, p. 727. Creemos que, aún cuando los conceptos remitan a otras definiciones anteriores e, inclusive, cuando se trate de los ya definidos, también puede acontecer que resulte difícil subsumir un hecho o circunstancia dentro del concepto. Es decir que, la vinculación entre los conceptos jurídicos determinados e indeterminados es cuantitativa.

688 Ídem, con cita de Radbruch, Gustav, "*Introducción a la filosofía del derecho*", traducción española, 1955.

689 En la tesis de FORSTHOFF, las operaciones lógicas necesarias para dar un contenido concreto a estos conceptos indeterminados, no constituyen un ejercicio de la facultad discrecional. Ello, habida cuenta que la norma jurídica no deja a la Administración la elección entre varias posibilidades de comportamiento. Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 125.

Destaca textualmente la Corte:

> "Existe una relación recíproca entre los hechos y las normas lo que da lugar a que las decisiones jurídicas vayan precedidas de un proceso de ir y venir entre los hechos y la norma por medio del cual se va produciendo el acoplamiento "más o menos" logrado en que consiste la aplicación de la norma frente al caso concreto. El control judicial de la decisión administrativa obliga a determinar el fundamento y alcance de la intervención judicial sobre los actos por los que la administración concreta el contenido de los conceptos indeterminados".

Posteriormente, en el caso Caamaño [690], la CSJN trató el concepto de "*baja recaudación*" que integraba la condición de aplicación en la formulación normativa, para que pueda operar la condición de aplicación: "habilitación de agencias oficiales de juego". El fundamento de la resolución administrativa para denegar la solicitud, se basó, en esencia, en la interpretación que hizo la administración del concepto "baja recaudación". El caso se resolvió por razones de ilegitimidad, en la medida en que la resolución adolecía de vicio en la motivación.

Para SESÍN, el concepto "baja recaudación" puede ser fácilmente completado a través de reglas técnicas ciertas y precisas. Por ello, argumenta que no hay discrecionalidad[691].

En un fallo más reciente, la CSJN ha destacado que los CJI no "delimitados" por el constituyente, son variadas las conductas que pueden ser incluidas en su definición. En términos de la Corte, este tipo de conceptos imponen a los jueces un análisis casuístico "*ponderando las circunstancias propias del supuesto examinado en todos sus aspectos y conjuntamente, lejos de cualquier aplicación mecanicista y con la flexibilidad necesaria para su adecuación a las complejas circunstancias humanas"*[692]

En particular, observó que: *"'Maldesempeño' no es un concepto que pueda ser aprehendido bajo fórmulas sacramentales o inflexibles, sino que su configuración depende de una conducta grave,*

---

690 "Caamaño", Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, sentencia del 2/8/1994.

691 SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p. 191.

692 CSJN, "Arcángel Maggio S.A. s/concurso preventivo s/ incidente de impugnación al acuerdo preventivo", 15/03/2007, T. 330, P. 834 y TJS de la CABA, en "Parrilli, Rosa Elsa s/ recurso en `SCD-187/09-0 s/ denuncia efectuada por el señor Ministro de Justicia y Seguridad del GCBA", sentencia del 15/11/10, voto Balbín, V.b.1.1.

trascendente para el desempeño de la función y que prudentemente ponderada por el juzgador, revele la ineptitud del magistrado para continuar ejerciendo el cargo con que fue investido"[693].

Por su parte, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, en diversos precedentes, se ha referido a los CJI. Por ejemplo, la Sala 1ª en numerosos fallos[694] ha resuelto que los dictámenes de las Juntas de Calificaciones del personal de las fuerzas armadas o de seguridad, remiten (por regla general) a valoraciones o apreciaciones de conjunto que, globalmente pondera la administración y determinan el progreso o finalización de la carrera respectiva.

Las "*apreciaciones conjuntas*" reúnen "*múltiples conceptos jurídicos indeterminadosque a la Administración corresponde conjugar, sin que pueda tal valoración ser sustituida por los Tribunales*". No obstante, la Cámara entiende que dicha conclusión no impide la revisión de la sujeción al procedimiento, finalidad del acto y a los principios generales del derecho.

El margen de discrecionalidad y la ponderación de factores, que son de "exclusiva competencia de la Administración en su examen y de su criterio privativo", se relacionan con la conjugación de la integración de los conceptos jurídicos indeterminados. Por ello, en los precedentes reseñados se concluye que si la comprensión de la situación total, es definitiva, *no escindible, ni describible*, entonces la apreciación no es "participable" y por consecuencia "no es revisable". Esta conclusión, nos acerca claramente a la tesis de FORSTHOFF, quien sostiene que el proceso interpretativo (lógico-deductivo) arroja una conclusión silogística y repetible y, por tanto, también controlable[695], siempre que no se presente el juicio valorativo del ejercicio de la potestad discrecional (que nos revisable judicialmente en la tesis de FORSTHOFF)[696].

En otro fallo de la Sala 1ª, en el caso "E.W. c. Gob. Nac"[697] se analizó las "*condiciones generales y militares compatibles con su grado y situación*". COVIELLO, aquí introdujo

---

693 CSJN, "Moliné O'Connor, Eduardo s/ su remoción", disidencia de los Dres. Román Julio Frondizi y Arturo Pérez Petit, 01/06/2004, T. 327, P. 1914; en igual sentido, "Boggiano, Antonio s/ recurso de queja", disidencia de los Dres. Horacio E. Prack y Carlos Antonio Müller, 16/08/2006, T. 329, P. 3235). y TJS de la CABA, en "Parrilli, Rosa Elsa s/ recurso en `SCD-187/09-0 s/ denuncia efectuada por el señor Ministro de Justicia y Seguridad del GCBA", sentencia del 15/11/10, voto Balbín, V.b.1.1.

694 Entre muchos otros, C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala 1ª en autos, DÍAZ, José Manuel v. Ministerio del Interior /Policía Federal Argentina s/ retiro militar y fuerzas de seguridad, sentencia del 9/05/95 y "Gallo, Juan C. v. Estado Nacional M° del Interior Policía Federal s/ retiro militar y fuerzas de seguridad", sentencia del 25/11/94. Ver, Lexis Nº 8/6346; "Pacheco Miguel A. v. Estado Nacional /Policía Federal Arg s/ daños y perjuicios", causa nº 1141/92, sentencia del 14/02/1997 y "Méndez, Juan José v. Estado Nacional Ministerio del Interior Policía Federal s/ Personal militar y civil de las FFAA. y de Seg.", del 2/7/96, ver Lexis Nº 8/9396.

695 Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, ps. 127-128.

696 Para el autor alemán, la administración es una conformación realizadora de valores y ello produce una situación especial para la técnica normativa de sus funciones. Ver, ibídem, p. 129.

697 Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, sentencia del 11/4/1997 y comentario de SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control*

en el análisis la zona de reserva de la administración, y determinó que la apreciación que realizan las juntas de calificaciones de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales, comportan el ejercicio de una facultad discrecional que no puede ser revisado judicialmente salvo manifiesta irrazonabilidad o arbitrariedad. Aquí entonces se produce la elección en un ámbito "opinable" en los términos de SESÍN.

B) DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN

§24. La doctrina margen de apreciación (Beurteilungsspielraum).

Un sector de la doctrina alemana señala que el llamado margen de apreciación constituye una derivación (o la resurrección) de una antigua denominación: la llamada "discrecionalidad de juicio" (*Urteilsermessen*). Esta discrecionalidad se refería a los presupuestos de hecho de la norma, en oposición a la discrecionalidad en el ámbito de las consecuencias jurídicas[698].

Esta postura no difiere, en esencia, de cierta concepción dogmática alemana (también desde cierto sector en España[699]), que tiende a asimilar categorialmente la discrecionalidad administrativa y el margen de apreciación[700] y se presenta como una de las variantes de la denominada teoría unitaria (ver teoría unitaria capítulo III)

Cuando la administración se encontraba dentro de los límites del halo del concepto o cuando ciertos conceptos remitían a valoraciones -conceptos de valor y conceptos de experiencia personales-, resultaba difícil su control judicial[701]. Aquí es donde surgió la tesis

---

judicial, ps. 190 - 191.

[698] OSSENBÜHL Fritz: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz. Köln, 1968, citado en SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, ps. 246-247. Algo similar se puede apreciar en FORSTHOFF quien trae a colación que existía una tendencia en a asignar una "elección en el obrar" como potestad discrecional dentro del llamado concepto indeterminado. Ver, FORSTHOFF, Ernst, *ob. Cit.,* p. 123.

[699] Así lo acredita MUÑOZ MACHADO para quien el problema del margen de apreciación se presenta en términos idénticos al de las potestades discrecionales. Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, 2° Ed., reimpresión, Iustel, Madrid, 2009, ps. 546 - 551.

[700] Entre otros autores alemanes, ver, SCHOLZ, R., <<*Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*>>, en Veröffentlichungen der Verinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (WDStRL), vol. 34 (1976), p. 166, citado en BACIGALUPO, Mariano*, La discrecionalidad administrativa*, p. 168. Ver asimismo este último autor en p. 137. MAURER entiende que la teoría del margen de apreciación respecto de conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito del presupuesto de hecho de las normas, se acerca a la vieja teoría de la discrecionalidad por cuanto, en presencia de un concepto jurídico indeterminado, se reconoce al órgano administrativo un margen de decisión que, desde el punto de vista estructural, se corresponde ampliamente con un margen de discrecionalidad. MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 185.

[701] GARCÍA de ENTERRÍA, siguiendo a SAINZ MORENO, entiende que el "margen de apreciación", por

según la cual en algunos conceptos jurídicos indeterminados, se podía reconocer a la administración un cierto margen de apreciación exento de control judicial[702].

Dicho de otro modo, esta doctrina es concebida cuando en ciertos supuestos se "completa" un concepto jurídico indeterminado, y se otorga a la administración un margen de apreciación dentro del cual no habría revisión jurisdiccional[703].

Pero en esta tesis, el margen que se otorga a la Administración proviene del legislador. Así, se habla de distintas técnicas de formulación normativa en donde se encuentran la discrecionalidad y el llamado margen de apreciación[704]. El legislador decide habilitar a la Administración con el poder de decidir en última instancia sobre el sentido de su aplicación en los casos concretos[705].

Desde un sector doctrinal, el margen de apreciación implica un margen de cognición que, de recurrir determinados requisitos o circunstancias, se reconoce a favor de la Administración a la hora de subsumir[706] ciertos conceptos indeterminados que se dan en el supuesto de hecho normativo[707]. Resulta curioso destacar que a este margen, también se lo denominó "prerrogativa de estimación administrativa" (*administrative Einschätzungsprärrogative*)[708] o "prerrogativa de apreciación"[709].

---

amplio que pueda ser, está siempre necesariamente iluminado, y correlativamente guiado, por el "núcleo del concepto" indeterminado. En efecto, sostiene que por muy difusos que sean los límites del concepto, el criterio para conocer hasta dónde alcanzan esos límites, lo proporciona su esencia o núcleo, porque el concepto llega hasta donde ilumina el resplandor de su núcleo. Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, ps. 255-256, con cita de SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 197 y ss.

[702] SAINZ MORENO, Fernando, *ob. Cit*., p. 239 y BACIGALUPO, Mariano*, La discrecionalidad administrativa*, p. 127.

[703] Ver, EMBID IRUJO, Antonio, *La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana*, en Revista de Administración Pública, N° 115, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, ps. 419 - 420, con cita de OSSENBUHL F., Von unbestimmten Gesetzesbegriff zur letzverbindlichen Verwaltungsentscheidung, DVBI, 1974, p. 309 y ss. Este último autor alemán, postularía que en realidad, estamos en presencia de un problema de legitimación: quién es el último en conocer en el caso particular. Ver, EMBID IRUJO, Antonio, *ob. Cit*., p. 420. Asimismo, ver, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, ps. 228-229. Aquí el autor español (siguiendo a DIETRICH), señala que desde cierta concepción, el "margen de apreciación" sólo podría reconocerse en supuestos excepcionales porque, en otro caso, sería ineficaz el principio de que las "…normas de autorización deben tener límites específicos y medibles, y de que el control judicial de todas las resoluciones administrativas que afecten a los ciudadanos debe ser efectivo y completo". Ídem, con cita de DIETRICH, Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1968, p. 225.

[704] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Lateoría general del derecho administrativo como sistema*, ps. 220 - 221.

[705]SCHMIDT-ABMANN, en Th. MAUNZ y G. DÜRIG (eds.), Kommentar zum Grundgesetz, 1985, art. 19.IV, núms. Margs. 183 ss., citado en BACIGALUPO, Mariano*, La discrecionalidad administrativa*, p. 144.

[706] OSSENBÜL afirma que el margen de apreciación sólo puede colocarse en la fase de subsunción. SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 247. Idéntica tesis trae a colación BACIGALUPO aunque no se la atribuye a OSSENBÜL sino a BACHOF, O - WOLFF, H. J. – STOBER, R., *Verwaltungsrecht*, I, 10° Ed., C.H. Beck, Munich, 1994, p. 127. Ver, BACIGALUPO, Mariano*, La discrecionalidad administrativa*, p. 127.

[707] Esta tesis en Alemania es mayoritaria según BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit*., p. 127.

[708] BACHOF, O - WOLF, H. J. – STOBER, R., *ob Cit*., p. 367 y ss, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit*., p. 128.

[709] MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 176.

Por otra parte, también se ubica al margen de apreciación como inherente a la estructura lógico-normativa de los conceptos jurídicos indeterminados en lo que se refiere al halo o la zona de incerteza [710]. OSSENBÜL [711] y RICHTER [712] se refieren a la configuración de ciertos juicios valorativos personalísimos que se ejercen frente a determinados tipos de decisión administrativa[713]. Evaluación de exámenes académicos o de aptitud profesional, juicios valorativos de carácter moral, juicios prospectivos o decisiones planificadoras[714].

En todos estos ámbitos –para tales autores-, no se desarrolla un proceso cognitivo estrictamente, sino que se complementa dicho proceso intelectual con ponderaciones, valoraciones, pronósticos, evaluación de alternativas o fijación de prioridades[715].

Ahora bien, tanto el margen de apreciación[716] como la discrecionalidad, han sido planteados en Alemania como categorías cuyo contorno ha determinado -entre otros

---

710 BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 137.

711 OSSENBUHL, F., <<Gedanken sur Kontrolldichte in de verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung>>, en BENDER, B.; BREUER, R; OSSENBUL, F. y SENDLER, H.(eds.), Rechsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festchrift fur Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, Munich, 1993, p. 61 y ss y el mismo autor en <<Vom unbestimmten Rechsbergriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung>>, Deutsches Versaltungsblatt (DVBI), 1974, p. 309 y ss, ambas citas en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, ps. 140 - 141.

712 RICHTER, I.- SCHUPPERT, G. F., *Casebook Versaltungsrecht*, Beck, Munich, 1991, p. 286.

713 SESÍN concibe al "margen de apreciación", como una "particular modalidad discrecional". Así, admite que en supuestos complejos en la interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, existe una valoración subjetiva del órgano competente -aunque más no sea en una mínima expresión- que determina la existencia de un ámbito discrecional. Así afirma el autor "Poco importa quién tiene que apreciarla, sea un técnico, político, profesional o administrativo: implica una valoración subjetiva en el marco de un margen de libertad. Esto basta para calificarlo de discrecional". Ver, SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p. 186.

714 La jurisprudencia ha reconocido márgenes de apreciación en los siguientes actos de la Administración: **i)** Decisiones en materia de exámenes; **ii)** decisiones asimilables a las dictadas en materia de exámenes, en particular en el ámbito escolar; **iii)** valoraciones sobre funcionarios; **iv)** decisiones de tipo valorativo adoptadas por comités no sujetos a instrucciones jerárquicas e integrados por expertos y/o representantes de intereses; **v)** decisiones basadas en prognosis y evaluaciones de riesgos, principalmente en el ámbito del Derecho medioambiental y del Derecho económico; **vi)** decisiones que están vinculadas a objetivos predeterminados y a factores del ámbito de la política administrativa, de la política económica, entre otros. Seguimos en esta clasificación a MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, ps. 180-181 y jurisprudencia allí citada.

715 BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 141.

716 Otra vertiente doctrinal, advierte acerca de una contracción por la cual se admite un margen de apreciación que permita que la Administración pueda llevar a cabo aplicaciones distintas del concepto que serían igualmente lícitas. Según SÁNCHEZ MORÓN, sería una contradicción lógica tolerar (al mismo tiempo) la teoría de la una única solución justa en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, ps. 116 - 117. Para salvar esta contradicción, a nuestro entender, se debería escindir bajo algún criterio, dos clases de conceptos jurídicos indeterminados. Como ya lo advertimos, esta situación se presenta de dudosa validez jurídico-metodológica y por ello preferimos construir el análisis bajo las premisas expuestas en los capítulos V y VI.

aspectos- la delimitación de las competencias de la Administración y de la Jurisdicción contencioso-administrativa[717].

Por ello se postula que la habilitación puede ser expresa o al menos implícita[718] y, como consecuencia, en esta lógica el juez no podría adentrarse a juzgar la decisión que se adopte. Por el contrario –se afirma-, en los conceptos jurídicos indeterminados en donde no se configure un margen discrecional (habilitado expresamente o implícitamente), se lleva a cabo un control pleno[719].

Por último, para cierto sector el llamado "margen de apreciación" que se confiere a la Administración, descansa sobre un criterio jurídico-funcional que a su vez resulta -siempre en esta interpretación-, una manifestación del principio constitucional de división de poderes, entendido como división de funciones-[720].

§25. El control jurisdiccional del margen de apreciación

La mayor parte de la doctrina alemana, con diversos matices, se encuentra alineada con la teoría del margen de apreciación[721]. No obstante, la discusión de esta categoría se centra en la posibilidad de que su ejercicio pueda o no ser controlado[722].

Desde un sector de la doctrina, se ha sostenido la oposición a la inmunidad jurisdiccional[723] de las decisiones dentro del denominado margen de apreciación[724]. Esta

---

[717] MAURER aclara, sin embargo, que esta cuestión no es el único punto orientativo. Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 186.

[718] FORSTHOFF considera que, en ciertos casos, sólo hay un comportamiento que responda a sus fines y por tanto se deja a las autoridades la determinación de este comportamiento. Inconscientemente (por empelo de expresiones poco precisas) o bien conscientemente al establecer la posibilidad de diferenciaciones. Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 125. OSSENBÜHL critica esta concepción ya que en la mayoría de los conceptos indeterminados por lo general no contienen referencia alguna de las que pueda deducirse con cierta seguridad una voluntad legislativa de las características mencionadas. Ver, OSSENBÜHL, Fritz, <<Gedanken sur Kontrolldichte in de verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung>>, p. 64, citado en BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 148.

[719] Ello sin que se reconozca la posible aplicación o no en su zona de incertidumbre BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 145.

[720] OSSENBUHL, F., <<Gedanken sur Kontrolldichte in de verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung>>, en BENDER, B.; BREUER, R; OSSENBUL, F. y SENDLER, H.(eds.), Rechsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festchrift fur Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, Munich, 1993, p. 142, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit*, p. 142.

[721] MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo, Parte General*, p. 177. El mismo autor también se ocupa de referenciar los autores que rechazan el margen de apreciación. Ídem, p. 178 y doctrina allí citada.

[722] Se atribuye a HERZOG el mérito de reducir en una sencilla fórmula y comprensible el alcance (la prolongación) del control jurisdiccional de la administración respecto del margen de apreciación. La decisión judicial sólo es válida hasta donde se alcance una "…calidad material al menos igual (*gleiche Sachqualität*) al de la decisión administrativa que se pretende corregir"

[723] SAÍNZ MORENO niega la ausencia de control judicial en relación al margen de apreciación. Ver, SAÍNZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 250 y ss.

[724] MAURER, entiende que el margen de apreciación habilitado por el legislador en la concreción de

postura se fundamenta en el principio de legalidad de la Administración. Se argumenta que si la utilización de conceptos jurídicos indeterminados es interpretada como la concesión de un ámbito libre de apreciación a favor de la Administración, entonces serán las autoridades administrativas quienes fijarán el contenido de la norma[725].

De aceptar la inmunidad judicial, se afirma, se estaría alterando (sustituyendo) el principio de legalidad. Por tanto, la tesis crítica de la inmunidad jurisdiccional del margen de apreciación sostiene que se debe diferenciar dos supuestos. De un lado, la concesión expresa de la discrecionalidad para actuar (*Handlungsermessen*) por parte del legislador hacia la Administración[726]. De otro, completamente distinto, la concesión de un margen para llenar de contenido a los conceptos jurídicos indeterminados[727].

Para MAURER un margen de apreciación no completamente revisable por los tribunales sólo puede darse cuando el órgano administrativo haya sido habilitado por la correspondiente ley para efectuar una apreciación concluyente (es la llamada teoría de la habilitación normativa)[728].

En suma, se entiende que la concesión de un margen de apreciación al órgano administrativo al concretar un concepto jurídico indeterminado irrevisable judicialmente, tiene relación con la llamada teoría de la habilitación normativa[729].

Desde este plano, si el margen de apreciación se justifica en la proximidad, experiencia, conocimientos especializados de la administración[730] o su mayor pericia[731], ello

---

conceptos jurídicos indeterminados, sólo limitadamente puede ser controlado por los tribunales. Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 176.

725 SAINZ MORENO, Fernando, *ob. Cit.*, ps. 242-243. SCHMIDT-ASSMANN habla de un *margen de actuación autónoma* y también de un *margen de configuración* (en la actividad económica) en lo que se refiere a conceptos cualitativos abstractos frente a los cuales "corresponde al Ejecutivo precisarlos y cuantificarlos, perfeccionando de este modo la ley con objeto de hacerla madura para ser aplicada". Ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Lateoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 215.

726 Según FORSTHOFF cuando la norma establece que una autoridad "puede", "le está permitido" o "está autorizada" "…puede concluirse casi con certeza, que tenemos ante nosotros un caso de potestad discrecional". Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 136.

727 SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 243.

728 Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 177.

729 Esta doctrina no fundamenta al margen de apreciación en consideraciones teórico-jurídicas, lógico-normativas o prácticas de carácter general, sino que el mismo ha de establecerse por el legislador. Ver, ídem. Sin embargo este autor aclara que esta teoría "…choca con dos dificultades. Por un lado, sólo raras veces se encuentran leyes que contenga una habilitación explícita (…) De otro lado, permanece la cuestión de si –y hasta qué punto- el margen de apreciación legalmente reconocido resulta compatible con el art. 19 IV GG [esta norma garantiza una tutela judicial efectiva y completa en relación con los actos de los poderes públicos]". Ídem.

730 Se habla de idoneidad o adecuación funcional de un órgano administrativo (frente a uno judicial) en razón de su estructura orgánica, legitimación democrático-funcional, específicos medios y procedimientos de actuación, competencia técnica, entre otros. Ver, SCHUPPERT, G. F., <<Self-restraints der Rechtsprechung-ÜBERLEGUNGEN ZUR Kontrolldichte in der Verfassungs- und Versaltungsgerichtsbarkeit>>, en Deutsches Verwaltungsblatt (DVI), 1988, p. 1191 y ss., citado en BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 142.

731 MAURER, Hartmut, *ob. Cit.*, p. 177.

per se, no invalida la existencia del control jurisdiccional aunque, en ciertas decisiones, se postula un reconocimiento a la Administración -como poder público autónomo- de un ámbito de responsabilidad propia frente al poder judicial[732]. Pero esto no quita que la Administración deba exponer cuáles han sido los criterios seguidos y las circunstancias de hechos tenidas en cuenta en el momento de dictar la resolución.

En tal sentido afirma SAINZ MORENO (siguiendo a SCHMIDT-SALZER):

> "Al exponer ante el Tribunal los fundamentos de su resolución permiten que ese Tribunal pueda examinar plenamente la aplicación del concepto y cumplir, al hacerlo, la función que se le ha atribuido constitucionalmente. Por tanto, concluye SCHMIDT-SALZER, tomar como fundamento de la existencia de un margen de apreciación la "lejanía" del juez en relación a los hechos, significa mezclar dos clases de problemas totalmente distintos. Ciertamente, la proximidad a los hechos y la experiencia atribuyen a la autoridad administrativa una posición teóricamente muy calificada para tomar decisiones que consistan en aplicar conceptos "conforme a las circunstancias del momento y del lugar", pero esas decisiones deben ser siempre susceptibles de justificación racional (…) porque la autoridad administrativa tiene que estar en situación de explicar ante el Tribunal las razones de su decisión, el Tribunal puede cumplir su deber de controlar judicialmente tal decisión"[733].

Con sustento en esta premisa, se plantea el problema central que se presenta actualmente en el seno del derecho administrativo en lo que se refiere al control de la discrecionalidad: *quién debe tener la última palabra acerca de la concretización justa de un concepto jurídico indeterminado que concede un margen de apreciación: ¿la Administración o el juez?*[734]

Este problema es planteado por OSSENBÜHL[735] como una cuestión que pone en evidencia la relación entre la Administración y la jurisdicción administrativa. Este autor alemán y RUPP[736] entienden que la decisión final corresponde a quien la Constitución atribuye la función de juzgar. Excepcionalmente, no podría ser revisable una decisión que

---

[732] Ídem.
[733] SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 245.
[734] Ibídem, p. 248.
[735] Cito aquí a través de SAINZ MORENO, Fernando, *ob. Cit.*, p. 248.
[736] RUPP, Hans Heinrich, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965, citado en SAINZ MORENO, Fernando, *ob. Cit.*, p. 248.

se funda en un juicio de valor "personal" en relación a la calificación de exámenes y a la apreciación de la capacidad de funcionarios[737].

Si el juez al controlar una decisión adoptada en el margen de apreciación, carece de conocimientos técnicos suficientes en relación a los valores de experiencia o respecto de conceptos valorativos, debe acudir al auxilio de los expertos.

> Textualmente afirma: "El hecho de que necesite el asesoramiento de peritos no significa que el juez esté vinculado por sus informes. Hasta ahora nadie ha pretendido tal cosa ni en el ámbito del proceso civil ni en el del juicio criminal. Es evidente que los jueces no conocen todas las ciencias y que, como hombres, participan de la imperfección de los seres humanos. Pero el juez debe usar su arte, de su oficio, y obtener cuando lo necesite los conocimientos necesarios para dictar sentencia"[738].

Esta conclusión se fundamenta en un enfoque jurídico-funcional y pretende distribuir las tareas y responsabilidades funcionalmente adecuadas entre la Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa[739].

Para SESÍN, se procura reducir la discrecionalidad cambiándole su rótulo externo con la configuración del margen de apreciación. Cuando se advirtió que bajo esta categoría se podría configurar un abuso de libertad o una "verdadera discrecionalidad", se elimina postulándose la revisión judicial integral de lo indeterminado. En la tesis de este autor, estas "técnicas de reducción de la discrecionaldidad", reflejan objetivos que se refieren más a un control de juridicidad que a un control intrínseco de la discrecionalidad[740].

Ahora bien, otros de los problemas que detecta la doctrina alemana en relación al margen de apreciación, tiene que ver con la "densidad" de la programación normativa. Así,

---

[737] SAINZ MORENO, Fernando, *ob. Cit*., p. 248.

[738] RUPP, Hans Heinrich, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965, citado en SAINZ MORENO, Fernando, *ob. Cit*., p. 248. En consonancia, MAURER, luego de asimilar desde un plano estructural la revisión judicial de la actividad administrativa a otros ámbitos jurisdiccionales (civil y penal), plantea que en ciertos casos el juez contencioso administrativo puede acudir al auxilio de peritos. Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, ps. 187 - 188. En contra de esta postura, SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, p. 186. Este último autor entiende que la aplicación de reglas complejas de la experiencia común o técnica y el temor de sustituir un criterio administrativo "opinable" por una decisión judicial que trasunte un juicio de valor discutible "…son algunos de los supuestos excepcionales que pueden justificar el margen de confianza a favor de la Administración". Ídem. Por ello luego concluya que en su proyección práctica, el margen de apreciación (al que él denomina una particular modalidad discrecional) determina la inmunidad judicial ya que "…queda dentro de la zona de reserva de la Administración…". Ídem.

[739] BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 143.

[740] Ver, SESÍN, Domingo J., *ob. Cit.,* p. 188.

se argumenta que la dificultad en precisar *a priori*, cuándo una programación normativa es densa, medianamente densa o escasamente densa, determina que los jueces interpretarán el grado de densidad de la programación normativa y el grado de intensidad del control que ellos deberían ejercer[741].

OSSSENBÜHL construye el siguiente razonamiento para determinar si los jueces pueden o no controlar el margen de apreciación ejercido por la Administración.

En *primer lugar* se alude a la competencia técnica de la Administración de la que carecen los jueces para intervenir. Ni siquiera deberían acudir a la opinión pericial de expertos distintos de los que la ley previó su intervención en sede administrativa[742].

En *segundo plano* se habla de un reforzamiento de garantías procedimentales y de la existencia de organismos cuasi-judiciales (con legitimación funcional, técnica y social) que, por un lado impiden una revisión plena del juez contencioso y, por otro, consideran los diferentes intereses implicados y aceptación por los afectados[743].

En *tercer término* se establece la siguiente regla: salvo que existan elementos que indiquen una voluntad contraria del legislador, debe partirse de la base de que cuando éste habilita a la Administración para adoptar decisiones planificadoras (libertad de configuración) o de prognosis ("prerrogativa de estimación"), el control judicial debe ser parcial[744].

En definitiva, en Alemania el punto central que permite dilucidar la extensión del alcance del control jurisdiccional del margen de apreciación se relaciona con la habilitación normativa del cual se deriva. Por eso SCHMIDT-ASSMANN y otros autores[745] conciben al margen de apreciación y al margen discrecional[746] como especies dentro de los *márgenes de decisión administrativa habilitados por la ley*[747].

---

741 OSSENBÜHL, Fritz, <<Gedanken sur Kontrolldichte in de verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung>>, en BENDER, B.; BREUER, R; OSSENBUL, F. y SENDLER, H.(eds.), Rechsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz. Festchrift fur Konrad Redeker zum 70. Geburtstag, Munich, 1993, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, ps. 147 - 148.

742OSSENBÜHL, Fritz, <<Gedanken sur Kontrolldichte in de verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung>>, p. 67, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 149.

743 OSSENBÜHL, Fritz, <<Gedanken sur Kontrolldichte in de verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung>>, p. 67 y ss., citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 149.

744 OSSENBÜHL, Fritz, <<Gedanken sur Kontrolldichte in de verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung>>, p. 68, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 149; en similar sentido, ver, MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 178. A nuestro juicio SESÍN (sin suscribir expresamente a la teoría del margen de apreciación) arriba a una conclusión análoga. Ver, SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial,* p. 186.

745 Ver, entre otros, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 125 y ERICHSEN H. U., <<Die sog. Unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmassgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung>>, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBL), 1985, p. 22 y ss., citado (entre otros) por BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 145.

746 Otras especies que destaca SCHMIDT-ABMANN son: la prerrogativa de estimación, la habilitación de

a) La jurisprudencia del Tribunal Constitución Alemán y el reconocimiento de márgenes de apreciación en la aplicación y concreción de conceptos normativos indeterminados[748]

La tendencia jurisprudencial hacia fines de siglo XX, se orientó a reconocer a la administración márgenes de apreciación en la aplicación de conceptos normativos indeterminados. Como punto de partida, se afirma que el margen de apreciación es sólo parcialmente controlable por los tribunales, dependiendo de si el órgano administrativo ha respetado las normas procedimentales y verificando si se ha partido de los antecedentes de hecho correctos o si se ha dejado guiar por ponderaciones irrelevantes o no pertinentes[749]

En la vasta jurisprudencia existente, se alude a una serie de resoluciones del Tribunal Constitucional Federal alemán, en las que se pronunció sobre la intensidad, constitucionalmente exigida del control judicial contencioso-administrativo de determinadas decisiones administrativas[750].

En los diversos precedentes, subyacen derechos fundamentales para los ciudadanos "altamente sensibles" tales como: libertad de expresión, libertad de creación y difusión artística, libertad de profesión, derecho a la educación, libertad de enseñanza entre otros.

La *intensidad de afectación de derechos fundamentales*[751] determinó para el Tribunal Constitucional, que no resultaba constitucionalmente admisible reconocer a la Administración márgenes de apreciación exentos de un control judicial plenario "tan generosos" como los que venía admitiendo la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos[752].

---

prognosis, los conceptos (técnicos) recepticios, la discrecionalidad de planeamiento y la discrecionalidad normativa o reglamentaria. Ver, SCHMIDT-ABMANN, en Th. MAUNZ y G. DÜRIG (eds.), Kommentar zum Grundgesetz, 1985, art. 19.IV, núms. Marg. 188, citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 146, nota 153.

747 Ver el desarrollo de esta concepción en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, ps. 144 - 147; ver asimismo, SCHMIDT-ABMANN, en Th. MAUNZ y G. DÜRIG (eds.), Kommentar zum Grundgesetz, 1985, art. 19.IV, núms. Margs. 188 ss., citado en BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, ps. 144 - 175.

748 Así califica BACIGALUPO a la tendencia jurisprudencial que comenzó a partir de la década de 1990. Ver, BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 150.

749 Ver, BVerw GW 128, 329, 332, citado en MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 178.

750 Ver, BACIGAPLUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 151 y ss. y HUBER, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, ps. 460 - 463.

751 Esta intensidad la venía utilizando el Tribunal para graduar el alcance y la intensidad del principio de reserva de ley en virtud de la llamada teoría de la esencialidad. Ver, BACIGAPLUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 152.

752 Ídem.

Desde esta perspectiva, se estableció la siguiente regla: *cuanto más fundamental sea el bien jurídico comprometido y mayor su afectación, mayor y más intensa debe ser la predeterminación legal y el control judicial. Ello determina la consecuente reducción el reconocimiento a la Administración de un margen de apreciación.*

Dicho de otro modo, "la restricción del control judicial a través del reconocimiento a la Administración de un margen de apreciación está menos justificada cuanto mayor sea la afectación de un derecho fundamental o la intensidad de su limitación"[753]. En sentido análogo, ALEXY plantea que "cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención"[754]. Esta regla se complementa con la siguiente regla argumentativa: "cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tanto más intenso deberá ser el control que practique el Tribunal Constitucional"[755] (ver asimismo, Capítulo III, numeral 7 La autonomía o independencia de la administración como fundamento de la discrecionalidad administrativa en Alemania)

EL Tribunal Constitucional alemán, con fecha 27 de noviembre de 1990 resolvió un caso en el que se trató el concepto jurídico indeterminado "publicación nociva para la juventud"[756].

Sin detenernos en este fallo en profundidad, el Tribunal Constitucional Federal argumentó que los tribunales contencioso-administrativos, incumplen su deber de tutelar efectivamente los derechos fundamentales si no realizan una ponderación entre dos derechos fundamentales. Por un lado, la inclusión de una publicación de carácter artístico (en la lista de publicaciones nocivas para la juventud) y el derecho fundamental a la libertad de creación y difusión artística.

Se debió realizar una ponderación entre el derecho fundamental afectado y el valor constitución contrapuesto previamente realizada por el órgano administrativo calificador[757].

---

[753] Ver, BROHM Wilfried, <<Ermessen und Beurteilungsspielräume im Grundrechtsbereich>>, en Deutsches Verwaltungsblatt (DVBI), 1986, p. 370 y PIEROTH, Bodo y KREMM Siegmar, <<Beurteilungsspielraum und verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anerkennung eines besonderen pädagogischen Interesses an privaten Grundschulen (BVerGE 88,40)>>, en Juristische Schulung (JuS), 1995, p. 782, citado en BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 153.

[754] Y cuanto mayor sea la certeza de las premisas que fundamentan la intervención en un derecho fundamental, tanto más intensivo deberá ser el control que practique el Tribunal Constitucional. Ver, BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Universidad Externado de Bogotá, Colombia, 2008, p. 66.

[755] Ibídem, p. 65

[756] Ver el comentario a los precedentes en BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, ps. 153 - 155.

[757] Ibídem, ps. 154 - 155.

b) El margen de apreciación en materia de exámenes profesionales[758]

En otras dos resoluciones de 17 de abril de 1991[759], el Tribunal constitucional federal alemán se adentró a considerar la valoración de los órganos juzgadores de pruebas de aptitud o idoneidad profesional[760].

En estos precedentes estaba en juego el "derecho fundamental de la libertad profesional sea protegido de manera efectiva"[761] y el derecho fundamental de todos los examinados a la igualdad de oportunidades[762].

Se determinó que se atentaría contra este principio que un examinado pudiera obtener por vía de recurso la oportunidad de una evaluación de su prueba independiente del marco de comparación que llevaron a cabo los órganos juzgadores[763]. Es decir, en materia de exámenes el punto de partida se relaciona con la imposibilidad de repetir la situación del examen en la mayoría de las veces[764]

Ahora bien, el eje central de las dos sentencias del tribunal constitucional alemán viene dado por la reducción de la extensión del margen de evaluación o valoración de los órganos evaluadores. Se consagra el margen de apreciación a los aspectos "específicamente valorativos" de toda evaluación[765]. La experiencia personal y las concepciones ideológicas del examinador entran en este campo. En tal sentido se argumenta en el fallo:

> "…las notas de examen no se pueden ver aisladamente, sino que se tienen que encontrar en un sistema de asignación, que se ve influenciado por la experiencia personal y las concepciones ideológicas del examinador. En el proceso ante el Tribunal Administrativo, un candidato en particular no puede poner de manifiesto –aun con ayuda de un perito- los criterios de valoración, que se utilizaron para evaluar a la totalidad de los examinados, para emplearlos en un bosquejo que

[758] Si bien la jurisprudencia que tratamos en este punto se refiere a exámenes profesionales, como afirma MAURER, la doctrina que emerge de los fallos debe ser considerada válida –en lo esencial- para todo tipo de exámenes. Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, p. 182.

[759] Ver, BVerfGE 84, 34 y 59, citadas en MAURER, Hartmut, *ob. Cit.*, ps. 181 - 182.

[760] El margen de apreciación en el derecho de exámenes fue reconocido tempranamente en la jurisprudencia contencioso-administrativa desde la fundamental sentencia del BVerwG de 25 de abril de 1959. Ver, BVerwGE, 8, 272, citado en MAURER, Hartmut, *ob. Cit.*, p. 181.

[761] HUBER, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, p. 460.

[762] Ibídem, p. 461, BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa*, p. 156 y MAURER, Hartmut, *ob. Cit.*, ps. 181 - 182.

[763] BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, ps. 156 - 157.

[764] MAURER, Hartmut, *ob. Cit.*, p. 181.

[765] BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 157 y MAURER, Hartmut, *ob. Cit.*, p. 181.

reconstruye la situación del examen. Se deben desarrollar criterios de valoración propios y colocarse en el lugar de los examinadores"[766].

Desde esta perspectiva, sería incompatible que un candidato a través de un proceso administrativo tenga la oportunidad de una evaluación independiente. Es decir que el control judicial limitado en aquellas valoraciones específicas se fundamenta en la igualdad de oportunidades (art. 3 I GG)[767]

Ahora bien, esta conclusión no enerva el hecho de que las eventuales controversias o discrepancias científico-técnicas entre los examinados y los examinadores pueden ser controladas por conducto del desarrollo de pruebas[768] en donde se admita la convocatoria a peritos expertos si fuese necesario[769].

Tampoco podemos soslayar, brevemente, las críticas vertidas por la doctrina alemana a este último punto de vista en cuanto el alcance del control sobre las discrepancias científico-técnicas. En esencia se considera *disfuncional* que los tribunales contencioso-administrativos puedan resolver una disputa científico-técnica acudiendo al punto de vista de un tercer experto que apoye la posición del recurrente. Por esta vía, "…los peritos judiciales pueden suplantar indebidamente a los órganos evaluadores previstos por la ley"[770].

En suma, siguiendo a MAURER podemos enunciar las siguientes pautas que emanan de la jurisprudencia alemana para determinar el alcance del control jurisdiccional respecto del margen de apreciación ejercido en los exámenes:

El examinador sólo puede verificar:

i) que se ha cumplido con las reglas de procedimiento;

ii) que ha partido de unos hechos que se corresponden con la realidad;

iii) que se ha observado las pautas de valoración generalmente reconocidas;

---

[766] HUBER, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, p. 462.

[767] MAURER, Hartmut, *ob. Cit.*, p. 182.

[768] BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 157.

[769] MAURER, Hartmut, *ob. Cit.*, p. 182.

[770] BACIGALUPO, Mariano, *ob. Cit.*, p. 157. Tampoco debemos perder de vista que previo a este argumento, subyace otro de no menor entidad. El perito designado en el marco de una causa judicial, quizás carece de la experiencia, trayectoria e idoneidad en un ámbito concreto y específico: el sector público. Este dato no es baladí. En determinadas actividades (salud pública, desarrollo social, entre otras) ciertos conocimientos teóricos no son fungibles con otros. Dicho de otro modo, un médico que desarrolló su vida profesional en un consultorio privado, difícilmente puede sustituir "ciertos" juicios o evaluaciones en relación con otro que transitó toda su carrera profesional al servicio de la salud pública. Esta afirmación, en ningún modo pretende desconocer otros aspectos en los que, claramente, no se advierta la naturaleza de la función pública vinculada con el juicio que se emita.

iv) que no se ha dejado guiar por consideraciones ajenas a las circunstancias objetivas del caso.

§26. La teoría del margen de acción

A partir de la delimitación de competencias del Tribunal Constitucional frente al legislador y a la jurisdicción ordinaria[771], surge la teoría del margen de acción de Robert ALEXY[772]. Este principio, además de garantizar el principio democrático[773], presenta dos objetivos. Por un lado, permite al Legislador modular los derechos fundamentales cuando no puede conocerse qué es aquello que ordenan o prohíben[774].

A su vez, el principio del Estado de derecho, determina que la jurisdicción ordinaria puede decidir allí en donde no puede conocerse si los derechos fundamentales ordenan o prohíben algo en relación con la interpretación del derecho ordinario o la valoración de la prueba[775].

Como vimos, esta noción presupone admitir margen de acción estructurales del Legislador para la determinación de fines y margen de acción para el elección de medios, al igual que se habla de margen para la ponderación[776].

La teoría del margen de acción es aplicable a la relación Constitución/legislación y a la relación legislación/Tribunal constitucional. En esta doctrina también aparece la "deferencia" que en ciertos casos debe tener el Tribunal Constitucional con la competencia legislativa[777].

En suma, la teoría del margen de acción –desde esta perspectiva- complementa la definición de ALEXY según las cual los principios deben entenderse como mandatos de optimización[778]. Es decir, la idea de optimización no puede significar la supresión de todo

---

771 Bajo este título BERNAL PULIDO concluye su análisis de los "Elementos para una defensa de la tesis del neoconstitucionalismo". Ver, BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, p. 62 y ss.

772 Ver, ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

773 BERNAL PULIDO entiende que los márgenes de acción estructurales del legislador –margen de acción para la determinación de fines, margen de acción para la elección de medios y margen de acción para la ponderación, garantiza el respeto del principio democrático. Ver, BERNAL PULIDO, Carlos, *ob. Cit.*, p. 63.

774 Para BERNAL PULIDO, la legislación no es una mera aplicación de principios democráticos entendidos como mandatos de optimización. Las disposiciones de los derechos fundamentales no ordenan ni prohíben nada –afirma-, "…ni siquiera implícitamente, para muchos casos". Ídem.

775 Textualmente se afirma: "En muchos casos, las disposiciones de derecho fundamental son indiferentes frente a la interpretación del derecho ordinario y la valoración de las pruebas que lleva a cabo la jurisdicción ordinaria. La jurisdicción ordinaria dispone de un margen para la interpretación de las disposiciones de derecho ordinario que sean conformes con la Constitución" Ver, ibídem, ps. 63 y 66.

776 Ibídem, p. 63.

777 Ídem.

778 Ibídem, p. 64.

margen legislativo de decisiones políticas y de todo margen de la jurisdicción ordinaria para la interpretación y valoración de pruebas[779]. Por ello BERNAL PULIDO entiende que la definición de los principios debe ampliarse del siguiente modo: "…los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas (…) y epistémicas existentes"[780].

Las posibilidades epistémicas existentes –en la tesis de BERNAL PULIDO-, establecen límites a los mandatos de optimización. Y por esto es que se establece la "segunda ley de ponderación" o "ley epistémica de ponderación" propuesta por ALEXY. Según esta ley de ponderación, "cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza d las premisas que fundamenten dicha intervención"[781]. A esta ley de ponderación, se agrega la regla argumentativa definitoria de la intensidad del control que debe practicar el Tribunal Constitucional. Así, esta regla prescribe que: "cuanto mayor sea la intervención en un derecho fundamental, tano más intensivo deberá ser el control que practique el Tribunal Constitucional"[782].

Y como afirma BERNAL PULIDO, esta última regla se deduce de la ley epistémica de la ponderación, porque cuanto mayor sea la certeza de las premisas que fundamentan la intervención en un derecho fundamental, "…tanto más intensivo deberá ser el control que practique el Tribunal Constitucional". Por eso el control de constitucionalidad, en esta tesis, no debe ser de mínimos o máximos siempre. Antes bien, la intensidad debe ser matizada según las dos variantes mencionadas: i) la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y ii) la certeza de las premisas[783].

Por eso es que el Tribunal Constitucional alemán alude a tres tipos de control: i) control de evidencia; ii) control de intensidad intermedia; iii) control sustancial intensivo[784]. En suma, a partir de la teoría del margen de acción, podemos extraer dos grandes conclusiones.

Primero, se reconoce "discrecionalidad para decidir" al Tribunal constitucional, en el ámbito de los significados implícitos en los derechos fundamentales. Es decir, hay

779 Ídem.
780 Ibídem, ps. 64/65.
781 Ibídem, p. 64.
782 Ídem.
783 Ibídem, ps. 65-66.
784 Ibídem, p. 66.

discrecionalidad en el control de constitucionalidad, cuando no es claro si la Constitución ordena o prohíbe algo.

Segundo, el Tribunal Constitucional debe adoptar una postura deferente, cuando existan márgenes de acción del legislador y de la jurisdicción ordinaria[785].

[785] Ibídem, p. 67.

CAPÍTULO V

LA BASE DOGMÁTICA PARA UN NUEVO ENFOQUE SOBRE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

"¡He ahí tu gloria!
– No sé qué es lo que quiere decir con eso de "gloria" –observó Alicia–.
Humpty Dumpty sonrió despectivamente.
– Pues claro que no…, y no lo sabrás hasta que te lo diga.
Quiere decir que "he ahí, te he dado con un bello y contundente argumento".
– Pero "gloria" no significa "un bello y contundente argumento" –objetó Alicia–.
Cuando yo uso una palabra –insistió Humpty Dumpty
con un tono de voz más bien desdeñoso–
ella significa lo que yo elegí que significara…, ni más ni menos.
– La cuestión –insistió Alicia– es si se puede hacer
que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes".
Lewis Carroll[786]

§27.- Introducción

Como hemos podido advertir, en el fenómeno de la discrecionalidad administrativa se presentan los siguientes problemas: i) "problemas derivados de la norma jurídico administrativa habilitante"; ii) la falta de "determinación de las consecuencias jurídicas", iii) problemas de la falta de determinación del antecedente o bien, iv) ambos problemas que se dan en conjunto, es decir, los que se refieren a la configuración sintáctica de la norma.

Como es preciso partir de la teoría del derecho para resolver esos problemas[787], en este capítulo nos abocaremos a profundizar el camino señalado por CASSAGNE, partiendo de la premisa de que no puede analizarse correctamente el fenómeno de la discrecionalidad administrativa, sin recurrir a ciertas herramientas provenientes de la teoría general del derecho y, en particular, de la filosofía analítica.

---

[786] CARROLL, Lewis, *Through the Looking Glass*, Webster's Spanish Thesaurus Edition USA ICON Classics, 2005, p. 58.

[787] CASSAGNE afirma que la discrecionalidad es un tópico propio de la teoría general del derecho. Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, *La discrecionalidad Administrativa*, p. 3, disponible en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf

Intentaremos por tanto, brindar un nuevo marco de discusión en torno a la discrecionalidad administrativa, que nos servirá para advertir los problemas teóricos que en ella se desarrollan.

§28. Acerca de cómo y por qué se debe reconstruir la base dogmática

Nuestro punto de partida en cuanto a la dogmática jurídica es el siguiente: es una actividad compleja en la que pueden distinguirse, por los menos, tres etapas distintas: (1) la identificación de las normas jurídicas; (2) la sistematización de tales normas y (3) la sistematización o transformación de los sistemas jurídicos[788].

Dichos estadios se encuentra íntimamente vinculados con las siguientes nociones: i) norma, ii) formulación normativa, iii) proposición normativa, iv) caso genérico, v) caso individual. Por lo que se conceptualizarán y se presentarán las relaciones entre ellos.

Para realizar la presentación de los conceptos que se presentarán a lo largo de este Capítulo, recurriremos a las nociones elaboradas por la escuela denominada "análisis lógico del derecho"[789].

En efecto la primera etapa de la dogmática jurídica consiste en la identificación de las normas del sistema. En un segunda etapa de sistematización, se determinan las propiedades lógicas del sistema normativo: completitud, consistencia e independencia. Luego viene, la aplicación al caso individual en cuestión.

Ahora bien, la comprensión de lo estadios señalados con antelación, presupone abordar una serie de precisiones en cuanto a ciertos conceptos o categorías[790]. En primer lugar, debe señalarse que el concepto de norma es un concepto ambiguo. Es decir, puede entenderse de varios modos y, por tanto, presentar motivo de dudas, incertidumbre o confusión.

A nuestro entender, en el uso del concepto de norma que se utiliza a diario en el derecho administrativo, influye en el análisis del fenómeno de la discrecionalidad.

---

[788] BULYGIN, Eugenio, *Dogmática Jurídica y sistematización del derecho*, publicado en ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 466.

[789] No obstante, corresponde aclarar, que esto no implica: i) aceptar el postulado de plenitud hermética del derecho y; ii) que la norma jurídica se defina exclusivamente de modo sintáctico.

[790] Dichas nociones además serán explicadas con mayor detalle a lo largo de este capítulo.

Los estudios locales (y comparados) sobre la discrecionalidad administrativa, evidencian que muchas veces se recurre a una definición formal de norma y, acto seguido, hablan de conceptos jurídicos indeterminados y respuesta única (y lógica) correcta. A nuestro juicio esto no permite distinguir con claridad lo sintáctico (estructura lógica) y lo semántico (nivel de significado - empírico). Lo que se agrava cuando se mezclan conceptos de teorías distintas, por ejemplo, la teoría de las normas con la teoría de la argumentación[791].

Las confusiones, a nuestro juicio, tienen origen en que se parte de una "visión formalista de las normas", es decir, reducen el concepto de norma al texto de la ley[792]. Por ende, resulta imposible separar los problemas derivados de la estructura lógica de los problemas de semánticos (es el problema al que se refiere la denominada "guillotina de Hume"[793]). Por tanto, si no puede describir adecuadamente el concepto norma, tampoco podrá describir el de discrecionalidad, estructurado sobre *ese* concepto de norma[794].

---

[791] Creemos que uno de los errores más frecuentes parte de mesclar la teoría de las normas con las teorías de la argumentación jurídica. De allí que resulte curioso fundar, como se lo hace, la discrecionalidad en Dworkin. Por ello, creemos importante aclarar de antemano que DWORKIN **niega que los jueces tengan discrecionalidad**: aún en los casos difíciles el juez podría encontrar la solución en el sistema jurídico e incluso utilizando remisiones a los valores morales subyacentes en el sistema. En su visión, la ley nunca es incompleta o indeterminada. Por lo tanto, los jueces nunca tienen ocasión de salir de la ley y ejercer el poder legislativo para alcanzar una decisión. La jurisprudencia de "Hércules" no deja jueces con la libertad de usar predilecciones personales o favorecer metas políticas como una base adecuada de sus sentencias. Esto se desarrollará en la nota n° 7junto con ciertas críticas relevantes a su posición. Para una refutación de Dworkin "*Taking Right Seriously"*, *Vid.*MACKIE, John Leslie, *The Third Theory of law.*La que da lugar a la reformulación de Dworkin que se encuentra en *Model of Rules I* y *II* y luego, en *Law as Integrity*.

[792] Como veremos resulta conveniente distinguir entre: formulación normativa (el texto legal), norma (un enunciado que correlaciona un caso con una solución) y proposición normativa (un enunciado que da cuenta de la existencia/pertenencia de una norma).

[793] El argumento de Hume muestra que las normas tienen una forma lógica distinta a la de los enunciados fácticos; de allí que los deberes no pueden deducirse de los enunciados sobre cuestiones de hecho.

[794] Es importante advertir que entre la doctrina administrativista argentina, la insuficiencia del paradigma formalista para dar cuenta de la aplicación del derecho ha sido advertido tanto por CASSAGNE (en su trabajo *La discrecionalidad administrativa)* como por SESIN. En el trabajo del primero de los nombrados, aunque sin realizar una refutación, señala una serie de problemas asociados a dicha visión: la existencia de lagunas, los problemas de vaguedad y ambigüedad del lenguaje e incluso se refiere al dogma de la plenitud o hermeticidad del derecho de manera crítica, aceptando las consecuencias que aquí se desarrollarán. Ahora bien, a nuestro entender, la tesis de la "discrecionalidad fuerte" de DWORKIN, admite que aún en los casos difíciles el derecho tiene la solución y de allí que un juez (Hércules) con súper poderes tenga la capacidad para encontrar la respuesta **"justa"** utilizando, incluso, los valores morales subyacentes al sistema normativo (esto es denominado por HART: "el noble sueño"). Por tanto, a nuestro criterio en la tesis de DWORKIN los jueces en los casos difíciles, **no tienen discrecionalidad**, pues aplican los *valores vigentes en el sistema jurídico.* En realidad, Dworkin sólo admite la discrecionalidad derivada de la falta de reglas jurídicas claras (discrecionalidad débil) que puede darse en dos sentidos: i) cuando el funcionario debe aplicar normas que no se pueden aplicar "mecánicamente" y el funcionario ha de valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad y ii) cuando un funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario. Ver, RODRÍGUEZ, César,*La decisión judicial. El debate* HART – DWORKIN, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, 1997; DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriolusly*, Harvard University Press, Cambridge,

A esto se agrega que no se tiene en cuenta el origen de dicha concepción (la Revolución Francesa) ni sus inconvenientes metodológicos.

Ahora bien ¿en qué consiste la posición formalista? En términos sencillos, consiste en desconocer o menospreciar los problemas empíricos (son defectos), con la pretensión consiguiente de resolver todos los problemas que enfrenta la ciencia del derecho mediante métodos puramente racionales (deductivos)[795]. En dicha posición se:

i. reduce el concepto de norma al de un enunciado formal (sintáctico);
ii. admite el postulado la "plenitud hermética del derecho";
iii. utiliza exclusivamente el método deductivo para la aplicación de las normas.

El postulado de la plenitud hermética implica que toda solución se encuentra prevista por el derecho. Esta concepción (tradicional) subyace en el movimiento de la Codificación y sostiene que los jueces pueden encontrar en el sistema jurídico una única respuesta para cada problema jurídico.

De ello se sigue que el sistema jurídico es completo, consistente y, por tanto, es posible derivar de él todos los contenidos de todas las decisiones judiciales (rechaza así la existencia de lagunas normativas). De allí también se sigue que los componentes de los sistemas normativos son siempre normas y no meras formulaciones normativas[796].

No obstante, la existencia de lagunas [797] desmitifica el ideal de completitud y consistencia de los ideales formalistas.

1977, ps. 84-86; DWORKIN, Ronald, *Law's empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986,ps. 37-39. Esta distinción ha sido muy criticada; cfr. BELL, John, *Discretionary decisión – making: a jurisprudencial view,* en KEITH HAWKINS (ed), *The uses of discretions*, Claredon Press, Oxford, 1992, p. 94; NINO, Carlos Santiago, *La validez del Derecho,* Astrea, Buenos Aires, 1955, p. 150 y ss; y LEMPERT, Richard, *Discretion in a Behavioral Perspective: the case of a Public Housing Eviction Board,* en *The uses of discretions*, p. 185 y ss; y el excelente trabajo de LEITER, Brian, *The end of Empire: Dworkin and Jurisprudence of 21st Century*, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=598265.

[795] ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos: Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales,* 2° Ed. (revisada por Eugenio Bulygin), Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 104.

[796] ALCHOURRÓN, Carlos, *Sobre Derecho y Lógica*, publicado en *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 155.

[797] ALCHOURRÓN y BULYGIN, han demostrado la existencia de lagunas normativas, las lagunas de reconocimiento y, en general, el rol creativo en la atribución de significado a los enunciados formulados por el legislador (Ver, ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos: Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*).

Recapitulemos. Primero: la noción norma es un concepto ambiguo. Puede entenderse de varios modos. Segundo, en la "visión formalista de las normas" se reduce el concepto de norma al texto de la ley. Tercero, la visión formalista del derecho es un obstáculo para comprender el fenómeno de la discrecionalidad y además no permite reconstruir adecuadamente la práctica jurídica[798].

A los problemas expuestos, se suma la imposibilidad de la aplicación *automática – deductiva* del derecho por el operador (un subderivado del postulado de la plenitud). Que el operador no es un "autómata de la subsunción" se encuentra probado por el escaso resultado de la codificación de la francesa como intento de limitar su actividad[799].

Esto se da, básicamente porque las normas se enuncian en lenguaje natural y éste se encuentra afectado de ambigüedad y vaguedad. De ello se sigue, como veremos *infra*, que *es imposible escindir la aplicación del derecho de las decisiones valorativas, pues en algunos casos el operador debe adscribir significados.* Este fenómeno, por cierto, se observa cuando existen varias interpretaciones acerca de las normas, lógicamente no equivalentes entre sí o incluso que resultan directamente incompatibles entre sí.

La razón a que ello obedece está dada, vale la reiteración, por los problemas semánticos que aquejan al lenguaje en el que se expresan las normas[800]. Así, diferentes

---

[798] También existe el vicio contrario al formalismo, denominado empirismo o realismo, que pone excesivo énfasis en la problemática empírica, llegando incluso a negar toda importancia a la sistematización. Cfr. Ibídem, p. 104.

[799]LAURENT sostenía que la codificación francesa estaba guiada por la idea de que: "los códigos no dejan nada al arbitrio del interpréte". En esta concepción (formalista) el derecho se presenta como un dato que debe ser conocido por todo el mundo de la misma manera. Reconstruye magistralmente Ch. PERELMAN que "su método de aplicación es deductivo, el juez participa así en una operación de naturaleza impersonal, que le permitirá pesar las pretensiones de las partes, la gravedad de los delitos, etc… Mas para que esta pesada (forma de hacer justicia) de manera imparcial y desprovista de pasión es menester que la justicia tenga los ojos vendados y que no vea la consecuencia de lo que hace (…) Aquí vemos una tentativa de aproximar el derecho a un cálculo (…) a algo cuya exactitud tranquilizadora debería protegernos contra los abusos de la corrompida justicia del antiguo régimen. Ello nos da la idea de que no estamos a la merced de los hombres, sino al abrigo de unas instituciones más o menos impersonales. Una vez establecidos los hechos, basta formular el silogismo judicial, cuya premisa mayor debe estar formada por las reglas del derecho apropiadas y la menor por la comprobación de que se han cumplido las condiciones previstas en la regla, de manera que la decisión viene dada por la conclusión del silogismo". En esta concepción del derecho, la doctrina debía limitarse a transformar el conjunto de la legislación en vigor en el sistema de derecho, a elaborar una dogmática jurídica que suministre al juez y a los juristas un instrumental lo más perfecto posible, que comporte el conjunto de reglas de derecho de las que haya que sacar la premisa mayor del silogismo judicial. Para construir este instrumento perfecto, el sistema de derecho debía tener todas las propiedades exigidas a un sistema formal, a la vez, completo y coherente: es necesario, que haya siempre una regla de derecho aplicable y que no haya más que una regla y que esta regla este desprovista de ambigüedad (Para una reconstrucción *in extenso* de las teorías formalistas, Ver, PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica,* Civitas, Madrid, 1979,ps. 35 – 71.

[800]RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Colección "El derecho y la Justicia", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 16.

interpretaciones den lugar a diferentes "normas"[801] (pues las consecuencias normativas varían). Esto, además, es extensivo con relación a los cambios normativos: el cambio normativo resultante es, esencialmente, una actividad valorativa; es decir, un cambio de valoración de cierto fenómeno al que se le asignan consecuencias jurídicas.

Cómo se observa de las consideraciones precedentes es casi imposible conciliar un modelo puramente lógico – deductivo con la práctica jurídica. Y quien lo asuma como posible fallará en cuanto intente reconstruir dicha práctica.

Recapitulemos los problemas que pueden presentarse: a) no reconocer que el concepto de norma jurídica es ambiguo y, por ello, que admite más de un significado; b) usar significados sin advertir su diversa configuración sintáctica, semántica, mixta, o expresiva, lo acarrea graves confusiones metodológicas y; c) la confusión se traduce en no poder distinguir problemas lógicos (a nivel caso genéricos/soluciones para esos casos genéricos) y problemas semánticos (a nivel caso individual/aplicación del derecho)[802].

Ahora bien, como con acierto señalan ALCHOURRÓN Y BULYGIN, problemas diferentes exigen métodos diferentes, dado que su confusión puede originar graves dificultades metodológicas[803]. En suma, en las páginas siguientes intentaremos trazar una línea divisoria entre los problemas lógicos, que corresponden a la *sistematización* del derecho, y los problemas empíricos, vinculados a la identificación previa de los enunciados[804].

§29. Nociones básicas de la Teoría General del Derecho.

Las herramientas que provienen de la teoría general del derecho, nos permitirán reconstruir un esquema dogmático sistémico de la discrecionalidad. El postulado central, radica en escindir dos planos del poder discrecional: discrecionalidad débil y discrecionalidad fuerte.

---

[801] Incluso, desde una perspectiva más amplia, en todo proceso de toma de decisiones judiciales se encuentran involucradas consideraciones valorativas, tanto en la selección de normas empleadas para justificar la decisión, como en la identificación de los hechos relevantes del caso bajo consideración. Vid: BULYGIN, Eugenio, *Dogmática Jurídica y sistematización del derecho*, p. 471.

[802] No es objetivo de este trabajo ahondar en una refutación a la visión formalista. Para ello remitimos al lector a ALCHOURRÓN, Carlos, *Sobre Derecho y Lógica*, ps. 155 – 175.

[803] ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos: Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales,* p. 104.

[804] Conforme a la distinción que esbozaran ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos: Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, p. 104.

En las líneas que siguen, intentaremos demostrar con qué fenómenos se correlacionan ambas nociones. Además, abordaremos la incidencia de las lagunas en la problemática de la discrecionalidad, al igual que intentaremos desarrollar una armazón teórica que permita deslindar cuatro grandes clases diferentes de problemas: lógicos, empíricos, semánticos y sistémicos.

En síntesis, intentaremos demostrar tres grandes cuestiones:

Primero: que la discrecionalidad en sentido débil surge cuando el operador debe aplicar el derecho y no cuenta: i) o bien con la solución porque se presenta una laguna normativa), y ii) o bien si existe la solución, pero debe resolver ciertos problemas semánticos.

Segundo: que la discrecionalidad débil determina el uso de una libertad negativa es decir, es un proceso que presupone una actividad esencialmente reconstructiva en donde la Administración debe identificar las opciones entre las puede optar.

Tercero: que la discrecionalidad fuerte se presenta frente a formulaciones normativas que confieren poderes. Intentaremos demostrar que en estos estos supuestos los poderes discrecionales se dan cuando existen normas que exigen a la Administración resultados institucionales. Aquí la Administración puede elegir cómo cumple con el deber y todas las elecciones son equivalentes.

a) Normas, formulaciones normativas y proposiciones normativas.

Como señaláramos anteriormente, el concepto de norma jurídica pertenece a la teoría general del derecho. En dicho ámbito coexisten varias concepciones acerca de las normas.

En primer lugar, deben tenerse en cuenta ciertas distinciones conceptuales hoy corrientes en la teoría general del derecho: de acuerdo con v. Wright puede distinguirse entre: **i)** las formulaciones normativas, como oraciones que expresan normas (como símbolo); **ii)** las normas expresadas por dichas formulaciones y **iii)** las proposiciones normativas expresadas por enunciados metalingüísticos referidos a normas[805].

[805]RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*, p. 12.

Aunque, a la vez, es muy difícil encontrar una única definición de norma, es decir, distinguir una propiedad que todos los fenómenos que pretendemos agrupar bajo la noción de norma compartan. De allí que, a trazo grueso, podemos afirmar que la filosofía ha oscilado entre dos grandes concepciones de normas: la lingüística (*hilética)* y la *expresiva*[806] o no lingüística.

La concepción lingüística presenta tres variantes: i) la *sintáctica:* donde la identidad de la norma depende de la *identidad de la formulación normativa*; ii) la *semántica,* donde la identidad de la norma depende de la *identidad de significación atribuido a una formulación normativa* y iii) la *mixta,* donde la identidad de la norma depende de la *identidad de la relación entre la formulación y su significado.*

Por el contrario, la concepción expresiva de las normas jurídicas es caracterizada a partir de ciertas propiedades, tales como la coactividad, heteronomia, étc. Así, en la concepción expresiva las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje"[807]. En esta teoría, las normas son órdenes emanadas de autoridad competente[808].

Uno de los desarrollos más importantes en lo que respecta a encontrar es realizado por von Wrigth quien intentó diferenciar y caracterizar algunos núcleos significativos principales de la expresión "norma", discriminando especialmente lo que denominó "reglas determinativas", "directrices" o "reglas técnicas" y "prescripciones"[809].

Seguidamente analizaremos el tercer sentido del término norma como "básico". Esto porque ese tercer sentido es el más común para los hablantes, pues este presenta a la

---

[806] ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Del Puerto, Colección Tesis Doctorales, Buenos Aires, 2006, p. 15 y ss.

[807] ALCHOURRÓN, Carlos- BULYGIN, Eugenio, *La concepción expresiva de las normas*, publicadoen *Análisis Lógico y Derecho*, p. 123.

[808] Las autoridades dictan normas a través de actos de promulgación y también, claro está, existen los actos de derogación y rechazo de normas, pero su estudio excede con creces el objeto del presente excurso.

[809] RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*, p. 13. Señala Rodríguez que un ejemplo típico de las reglas determinativas en v. Wright son las reglas de los juegos que determinan los movimientos admisibles o las reglas de gramática. Las directrices en cambio guardan relación con los medios para alcanzar determinados fines (no son descriptivas ni prescriptivas). Un ejemplo de este tipo de normas son las instrucciones de uso. Finalmente, las prescripciones son las que dicta una autoridad normativa y están dirigidas a un agente (sujeto normativo). Cuando la autoridad dicta la prescripción espera que el sujeto normativo se comporte de una manera determinada: las prescripciones son, en términos generales, órdenes y permisos dados por alguien desde una posición de autoridad. Sus ejemplos más característicos son las órdenes militares y las regulaciones dictadas por funcionarios estatales (Cfr. ibídem, p. 14)

norma como "guía de conducta". Pero previo a todo, es necesario realizar algunas aclaraciones terminológicas.

1) Formulación normativa y norma.

Una *formulación normativa* es una expresión lingüística a través de la cual una autoridad competente pone en conocimiento cómo pretende dirigir su conducta. Dicha expresión es considerada como *símbolo*, con prescindencia de su significado[810]. Las formulaciones normativas *expresan* normas. Es decir, en sentido estricto la norma no es la formulación normativa.

Cuando hablamos de norma en sentido estricto, nos referimos al resultado de la operación que lleva a cabo el intérprete cuando toma en consideración el significado de una formulación normativa, identificando o estipulando reglas de uso definidas para sus términos componente. Así, norma es una *correlación* de un significado con una formulación normativa[811].

En suma (y más allá de usar una u otra terminología), adoptamos la postura mayoritaria de la *concepción lingüística.* Toda norma se formula o puede ser formulada en un *lenguaje*. Pero la "norma" en sentido estricto no es el conjunto de signos lingüísticos, sino el ***sentido*** que esos signos expresan[812].

Por tanto, corresponde distinguir entre formulación normativa por un lado, y la norma propiamente dicha por el otro[813]. En otros términos, la formulación es un enunciado

[810]Ibídem, p. 14.
[811] Cfr. Ídem.
[812]ALCHOURRÓN, Carlos – BULYGIN, Eugenio, *Definiciones y normas,* publicado en *Análisis lógico y derecho,* p. 442.
[813] La distinción es ya un clásico ineludible en lo que filosofía de las normas se refiere y sobre ella ha puesto un especial énfasis la filosofía del derecho de corte continental, en particular en la Escuela Analítica de Buenos Aires (formulación normativa y normas), el Movimiento Realista Genovés (disposizione giuridica e norme) y aquellas corrientes tributarias a estas dos escuelas. Durante los últimos años la distinción ha empezado a ser entendida en su relevancia por la filosofía del derecho de la tradición del *common law* (por ejemplo, John Gardner y Leslie Green). Ver, VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norm and Action*, Routledge, London, 1963; ALCHOURRÓN, Carlos- BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems*, Springer-Verlag, Wien, 1971 (en español: *Sistemas Normativos: Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*); ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; GUASTINI, Ricardo, *Lezioni di Teoria Analitica del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1982; GUASTINI, Ricardo, *La Sintassi del Diritto*, Giappicheli, Torino, 2011; GUASTINI, Ricardo, *Interpretare e Argomentare*, Giuffre, Milano, 2011. Existen antecedentes interesantes a la distinción propiamente formulada en las obras de Hans KELSEN y Alf ROSS.

de lenguaje natural emitido por un órgano con competencia para hacerlo. Expresado en términos casi coloquiales: son las leyes del congreso, las "palabras del legislador"[814].

La norma, en cambio, es el resultado de la interpretación de dichas formulaciones por el órgano (judicial o administrativo) con competencia[815] o, lo que es lo mismo, mientras que la formulación normativa es solamente un enunciado (la letra de la ley), la norma es ese enunciado ***más*** un significado resultante de una interpretación[816]. Interpretar es entonces, una atribución de significado a los textos legales, es identificar un significado de una formulación normativa o la adscripción de un significado entre varios plausibles en el caso de ambigüedad[817].

Está distinción es muy relevante, toda vez que la misma norma puede ser expresada por dos o más enunciados (léase: oraciones) diferentes y también a la inversa: el mismo enunciado puede expresar dos o más normas distintas, si tiene más de un sentido[818]. En términos más sencillos, una formulación normativa puede dar lugar a más de una norma. Esta plataforma teórica determina una consecuencia muy importante para nuestro objeto de estudio: la imposibilidad de que exista una única respuesta correcta.

2) Problemas de interpretación y discrecionalidad débil. A las nociones de formulación normativa y norma, se agrega la categoría de "proposición normativa" que, en sentido amplio, representa cualquier aserción metalingüística referida a una norma. En un sentido estricto, es el significado de un enunciando existencial que predica la pertenencia de una norma a un cierto sistema[819].

Lo relevante de las proposiciones normativas es que, a diferencia de las normas, son susceptibles de verdad o falsedad en relación al sistema normativo de referencia[820].

---

[814] Cfr., GUASTINI, Ricardo, *ob. Cit.* Esta concepción de las fuentes o formulaciones normativas es claramente tributaria de BENTHAM, Jeremy, *Of Laws in General*, Ed. H.L.A. Hart, The Atholone Press, Londres, 1970.

[815] Cfr. *Ob. Cit.*

[816] En qué consiste esta interpretación (si es un descubrimiento o una atribución de significado, o una mezcla de ambas) no es pacífico. Podría considerarse que para DWORKIN es descubrimiento (lo que parecería seguirse de la tesis de la respuesta correcta), para la escuela genovesa en general es atribución, y para HART, CARRIÓ, ALCHOURRÓN y BULYGIN es una mezcla de ambos.

[817] Cfr. RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*, p. 15.

[818] BULYGIN, Eugenio, *Dogmática Jurídica y sistematización del derecho*, p. 472

[819] Cfr. RODRÍGUEZ, Jorge, *ob. Cit.,* p. 19.

[820] Cfr. Ídem.

Ahora bien, ¿cuáles son los problemas normativos más frecuentes que presenta la interpretación? Las *mayores dificultades se plantean en relación a la aplicación de la formulación normativa (fn) a casos concretos*. Por ejemplo, cuando existen dudas sobre el significado o la extensión de alguna propiedad, sobre los conceptos que la *fn* contiene. Es decir, cuando el operador debe *identificar* la norma a aplicar.

Este tipo de problemas, relativos a la identificación de la norma, es lo que desarrollaremos bajo la noción de discrecionalidad débil y se refiere a la subsunción que debe hacer el operador para aplicar una formulación normativa.

En este terreno de la discrecionalidad, los problemas surgen en la tarea de aplicación de la norma. Esto es, son dificultades derivadas de la teoría de la interpretación. En efecto, para determinar o identificar la norma jurídica, se necesita establecer el significado de algún concepto con un alto grado de indeterminación semántica. O dicho de otro modo, en su *uso empírico* (es decir, a nivel semántico) pueden surgir ciertos problemas denominados *lagunas de reconocimiento*, aunque no existan problemas sintácticos (de estructura lógica).

Sobre esta plataforma, lo que en derecho administrativo se denomina "norma jurídico habilitante", en realidad se refiere a la formulación normativa. Pero como vimos, esta noción es insuficiente pues la *fn* sólo sirve para determinar ciertas propiedades[821] que el legislador consideró relevantes, cuando decidió regular la cuestión.

De allí que, algunas veces, se identifica norma –usando la terminología de v. Wrigth – con formulación normativa o enunciado normativo[822] y, en otras circunstancias -en particular cuando utilizan las nociones de conceptos jurídicos indeterminados-, se utiliza un concepto de norma distinto, porque a la formulación normativa se le agrega una *dimensión de significado*. Aquí se comienza a evidenciar un problema, dado que se utiliza el término con distinta extensión dependiendo de cuál sea el fenómeno que se analice.

Ahora bien, la indeterminación de los conceptos que forman parte una formulación normativa no son problemas lógicos. Son problemas, epistémicos. Y tienen origen en no

[821] Propiedades es un término técnico de la lógica de normas. Para el lector no familiarizado con este tipo de vocabulario, un término equivalente, sería: "elementos". Los elementos que el legislador consideró relevantes –aunque en ciertos casos no pueda establecerse de modo expreso porqué los consideró relevantes cuando redactó esa formulación normativa.

[822] En adelante, se usará *fn* para formulación normativa o enunciado normativo.

distinguir entre lo que se denomina "lagunas de reconocimiento" -no sé qué significa un término- de las "lagunas normativas" -el sistema es incompleto-.

En efecto, la imposibilidad de clarificar un concepto (desde un punto de vista semántico) determina la existencia de casos de penumbra[823], pero no ello no significa que exista un problema lógico. Dicho en otros términos, que existan conceptos jurídicos indeterminados[824] no implica que exista una laguna normativa (problema lógico).

En conclusión, el concepto de norma que aquí se adopta es igual a:

N (norma)= fn (formulación normativa) + significado[825]

Este concepto nos permitirá separar analíticamente los problemas lógicos de los problemas semánticos y, a su vez, posibilitará construir una base para establecer los sentidos posibles de la discrecionalidad administrativa.

b) La estructura lógica de la norma jurídica.

A nuestro entender, la concepción lingüística mixta (sintáctico – semántico) es la que permite separar los problemas que se dan en que cada estadio dogmático-jurídico para la determinación de las normas y la correcta aplicación del derecho[826]. Recordemos que en la concepción lingüística *mixta,* la identidad de la norma depende de la *identidad de la relación entre la formulación normativa y su significado.*

Ahora bien, la llamada formulación normativa contiene una estructura lógica interna que, siguiendo a V. WRIGHT[827], presenta los siguientes elementos:

i. La *condición de aplicación,* que son las circunstancias fácticas o jurídicas seleccionadas por el legislador;

---

[823] ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos: Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales,* ps. 64 - 65.

[824] O incluso que se pueda resultar difícil completar un concepto jurídico determinado.

[825] Resultado de la interpretación que realiza el operador jurídico.

[826] En este ámbito seguimos a Robert ALEXYpara quien: *"Una norma es el significado de un enunciado normativo… La relación entre un enunciado normativo y norma se corresponde con la que existe entre un estado proposicional y proposición" (*ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2° Ed., traducción de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 54-55)

[827] La obra de VON WRIGHT, Georg Henrik, (*Deontic Logic*) y ALCHOURRÓN, Carlosy BULYGIN, Eugenio (*Normative Systems*), son consideradas por la filosofía analítica, los mejores exponentes de la lógica aplicada a normas **mundialmente**. De allí su utilización en esta tesis. Ambos, son considerados los fundadores de la corriente conocida como "análisis lógico del derecho. Así un análisis sobre la lógica de normas no puede obviar la consideración de sus obras. Más aún cuando demuestra que las concepciones son *equivalentes*.

ii. El *contenido normativo,* conformado por las acciones reguladas deónticamente[828] como permitidas, prohibidas u obligatorias y;

iii. El *carácter,* esto es, las distintas regulaciones deónticas de un contenido normativo[829].

Sobre esta estructura lógica, se conciben diversas clases de normas. En primer lugar, se configuran las llamadas *normas regulativas* o *prescriptivas* en términos de v. Wright. Estas normas tienen por objeto "regular" conductas y representan imperativos categóricos.

Como se verá seguidamente, la estructura de V. WRIGHT es compatible con la estructura básica de normas hipotéticas de ALCHOURRÓN – BULYGIN (en adelante, A – B) bajo el esquema caso/solución. En este esquema, las normas son enunciados que correlacionan un caso genérico con una solución genérica[830]. Para ilustrar acudiremos a un ejemplo del derecho administrativo y tributario sancionador:

Formulación normativa:

Art. 46, Ley 11.683: *"El que mediante declaraciones engañosas u ocultación maliciosa, sea por acción u omisión, defraudare al Fisco, será reprimido con multa de DOS (2) hasta DIEZ (10) veces el importe del tributo evadido"*

N= A & RD ->M

Condición de aplicación (propiedades): Ardid (A) + Resultado (R) = (dinero evadido)

Carácter: Obligatorio (O)

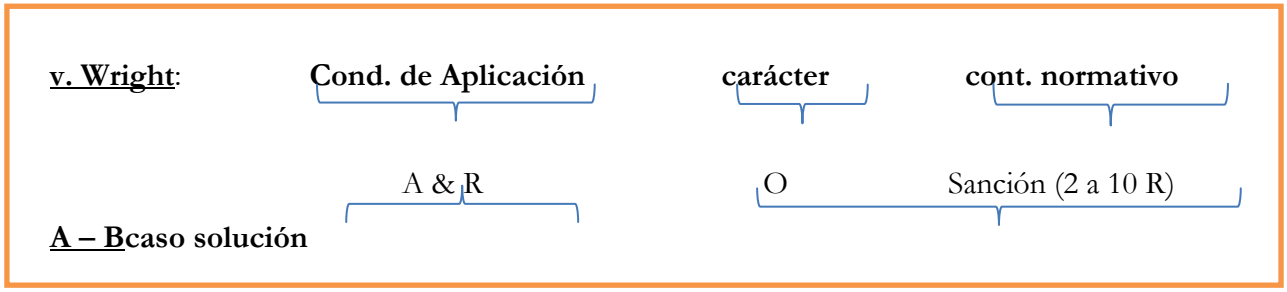
Contenido normativo: sancionar con multa de 2 a 10 veces el monto del tributo evadido (2 a 10 R)

[828] La lógica deóntica es un tipo de lógica modal usada para analizar formalmente las normas o las proposiciones que tratan acerca de las normas. Georg VON WRIGHT fue el descubridor y el principal desarrollador de este tipo de lógica. Ver, VON WRIGHT, Georg, Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*, traducción al español de GARCÍA FERRO, P, Tecnos, Madrid, 1970.

[829] Ibídem, p. 87 y ss.

[830] El concepto de caso y de solución es explicado *infra*.

Gráfico Nº 1



En el ejemplo, se observa que la condición de aplicación es equivalente al caso en A-B y, el contenido normativo y el carácter constituyen –conjuntamente- la solución normativa[831].

Esta forma de presentar el fenómeno, a nuestro juicio permite estructurar los conceptos analíticamente [832], imposibilitando que la conversión en norma de una formulación normativa no sea una tarea totalmente libre. La estructura lógica opera como un armazón al que debe amoldarse el significado de la formulación[833].

Ahora bien, el concepto de solución normativa comprende tanto un carácter deóntico como un contenido (deónticamente) determinado. Es decir, tendremos una solución cuando *a cierta acción se le asigne cierto estatus deóntico*, es decir, si esa acción es: prohibida, permitida u obligatoria[834].

---

[831] Cfr. ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, p. 26.

[832] El esquema caso solución presupone, asimismo, que las normas pueden entenderse como enunciados condicionados generalizados universalmente. Para satisfacer esta generalidad considera que la conectiva apta es el condicional estricto de lógica modal, con el que pueden construirse expresiones como "p ->Oq" (en toda circunstancias p es obligatorio q)Ver,ALCHOURRÓN, Carlos, *Para una lógica de razones prima facie*, traducción de FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRIGUEZ, Jorge, en *Fundamentos para una teoría general de los deberes.*

[833]ALONSO, Juan Pablo, *ob. Cit.,* p. 20. Ahora bien, las reglas lógicas aplicables a esta estructura condicional pueden distinguirse dos cuestiones distintas: a) las cuestiones en torno al antecedente y al consecuente, considerados de manera separada y b) las cuestiones en torno a la estructura condicional global. Cada parte del condicional (antecedente y consecuente) está compuesta por distintos elementos, generándose distintas relaciones lógicas. Ver, ibídem, p. 27 y ss., 28 y ss.

[834] Los cuatro operadores deónticos básicos son: Facultativo (F), Permitido (P), Obligatorio y Prohibido (V). Si bien el operador primitivo es P pues todos los restantes pueden ser definidos en términos de éste:
Op= ¬P ¬p
Vp= ¬Pp
Fp= Pp & P¬p

Un operador deóntico[835] en tales términos, permite calificar a un determinado estado de cosas como obligatorio (O), facultativo (F), permitido (P) o prohibido (V)[836]. Sin embargo, en ciertos supuestos una misma acción puede ser prohibida en un caso y permitida en otros. En un ejemplo, puede resultar obligatorio imponer una sanción cuando alguien cometió un delito, en otras ocasiones puede estar prohibido imponer una sanción si el sujeto infractor es menor de 16 años, y en otros solamente estar permitida, en el caso de inconducta procesal en una audiencia, el juez puede o no imponer una sanción (F).

Recapitulemos.

Primero:denominamos discrecionalidad débil a los problemas relativos a la identificación de la norma. Son dificultades que se le presentan al operador en el proceso de subsunción para aplicar una formulación normativa

Segundo:la indeterminación de los conceptos que forman parte una formulación normativa no es un problema lógico, sino epistémico que tiene origen en no distinguir entre las "lagunas de reconocimiento" -no sé qué significa un término- de las "lagunas normativas" -el sistema es incompleto-.

Tercero: la imposibilidad de clarificar un concepto (desde un punto de vista semántico) determina la existencia de casos de penumbra pero no problemas lógicos. Es decir, la presencia de conceptos jurídicos indeterminados no presupone lagunas normativas (problemas lógicos).

Cuarto: las formulaciones normativas se componen de: i) la condición de aplicación, -circunstancias fácticas o jurídicas seleccionadas por el legislador- ; ii) el contenido normativo - acciones reguladas deónticamente como permitidas, prohibidas u obligatorias y; iii) el carácter -distintas regulaciones deónticas de un contenido normativo-.

Quinto: las normas regulativas o prescriptivas tienen por objeto "regular" conductas y representan imperativos categóricos.

Sexto: las formulaciones normativas son enunciados hipotéticos que correlacionan casos con soluciones. Una vez interpretadas esas formulaciones, constituyen normas.

A la vez en la mayoría de los sistemas deónticos se acepta el teorema: "Obligatorio implica permitido". Ver, ALONSO, Juan Pablo, *ob. Cit.*

[835] En otro estudio hemos hecho alusión a los operadores como deberá y podrá para ejemplificar la estructura de las normas. A partir de esta investigación, creemos que la manera lógica correcta de caracterizar a los operadores deónticos es la que los clasifica en prohibido, permitido y obligatorio.

[836] Sin perjuicio de las extensas discusiones en torno a los operadores deónticos posibles, puede señalarse que los nombrados son los más utilizados, siguiendo a v. Wright en el conocidísimo ensayo *Deontic logic.*

c) Sistematización de las normas jurídicas

Al inicio del presente, destacamos que la dogmática jurídica puede ser escindida en tres etapas diversas: (1) la identificación de las normas jurídicas; (2) la sistematización de tales normas y (3) la sistematización o transformación de los sistemas jurídicos. En este punto, nos avocaremos a la segunda etapa que llamamos "sistematización de las normas jurídicas".

De acuerdo al esquema presentando por ALCHOURRÓN – BULYGIN, la sistematización de las normas jurídicas comprende dos actividades diferentes: a) la solución de casos genéricos por medio de la derivación de las consecuencias del conjunto de normas jurídicas, y b) la reformulación del sistema jurídico.

1) La ambigüedad del concepto de caso y su importancia para definir correctamente el ámbito normativo de los problemas.

A los fines de comprender esta segunda etapa, es preciso abordar la distinción entre "casos genéricos" y a "casos individuales". Recordemos que las normas regulativas o prescriptivas son enunciados que correlacionan un caso genérico con una solución genérica. Este análisis permite estructurar los conceptos analíticamente, imposibilitando que la conversión en norma de una formulación normativa no sea una tarea totalmente libre. La estructura lógica opera como un armazón al que debe amoldarse el significado de la formulación

La diferenciación entre caso individual y caso genérico posibilita deslindar, por un lado los problemas puramente conceptuales que se plantean al nivel de las normas generales y de los casos genéricos; por otro, los problemas empíricos semánticos que se refieren a la aplicación de las normas generales a casos individuales[837].

Veamos.

[837] La subsunción de los casos individuales bajo los casos genéricos da lugar a problemas que han sido rotulados como "lagunas". Ver, ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos: Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, p. 51.

En primer lugar, como vimos en el denominado antecedente de la formulación normativa (*fn*[838]), el legislador define todas las propiedades que considera relevantes para el Universo de Casos[839]. Todas las propiedades dividen el "Universo del discurso"[840] en dos: i) la clase de los que la propiedad está presente y ii) la de aquellos en la que la propiedad está ausente. La ausencia de la propiedad equivale a la presencia de su complementaria[841].

Los casos individuales son elementos del Universo del discurso (UD). Esos elementos son situaciones o acontecimientos que se producen en una determinada ocasión (localización espacio temporal) y que tiene la propiedad definitoria del UD. Así la propiedad definitoria del UD permite identificar los casos individuales que pertenecen a ese UD. Un caso individual tiene una representación empírica.

Por el contrario, los casos genéricos se organizan a partir del concepto de propiedad y ejemplifican un número ilimitado de casos individuales, es decir, representan una estructura sintáctica (mera descripción de propiedades presentes en un acontecimiento).

Esta diferenciación es importante porque hace posible la existencia de la legislación, es decir, la creación de normas generales[842] para solucionar casos individuales[843]. Veamos un ejemplo de ALCHOURRÓN para clarificar la cuestión. Se habla del homicidio político tanto para referirse al homicidio de Mahatma Gandhi como al homicidio de J. F. Kenneddy. Pero la expresión "caso de homicidio político" no alude a ningún acontecimiento concreto, es una mera descripción de ciertas propiedades de un conjunto de acontecimientos. Pero la propiedad de ser un homicidio político puede ejemplificarse en un número ilimitado de situaciones concretas[844], tales como los homicidios de Gandhi o JFK.

---

838 Formulación normativa, en adelante: *fn*

839 Esto es, todas las situaciones y sus correspondientes soluciones contempladas por el sistema normativo en cuestión. De allí que la reconstrucción permita detectar muy fácilmente la presencia de lagunas normativas.

840 El universo del discurso (UD) es un conjunto de situaciones o estados de cosas identificadas por una determinada propiedad. Es la clase o conjunto de casos individuales Ver, ibídem, p. 32 y ss, 58 y ss.

841 Ibídem, p. 34.

842 Las normas generales son aquellas que correlacionan un caso con una solución, indirectamente, esas normas también solucionan todos los casos individuales que son instancias de ese caso genérico. De esta manera el legislador puede solucionar un número infinito de casos individuales, mediante un número finito de normas generales, Ver, ibídem, p. 59.

843 Ídem.

844 ALCHOURRÓN, Carlos, *Sobre Derecho y Lógica*, p. 161.

Ahora bien, cuando un caso genérico no tiene prevista ninguna solución, nos encontramos frente a una laguna normativa. Y cuando existen problemas de aplicación de casos individuales -es decir, a nivel empírico y semántico-, podemos encontrarnos con dos tipos de lagunas distintas a las lagunas normativas: las lagunas de conocimiento y las lagunas de reconocimiento.

En suma, existen tres tipos de lagunas. Unas se dan a nivel lógico y en relación con los casos genéricos (cuando un caso genérico no tiene prevista ninguna solución). Otras, se presentan a nivel caso individual (lagunas de conocimiento y lagunas de reconocimiento).

Las *lagunas conocimiento* se dan en el proceso de subsunción[845]. Básicamente se refieren a la falta de información acerca de los hechos del caso. Así, podemos ignorar si un hecho en concreto pertenece o no a una clase de caso genérico, porque carecemos de información necesaria: hay alguna parte de los hechos que desconocemos.

Las *lagunas de reconocimiento* plantean problema de indeterminación semántica o vaguedad de los conceptos que caracterizan un caso genérico; es decir, no se puede reconocer si el caso individual pertenece o no a la clase de caso genérico en cuestión. Las lagunas de reconocimiento pueden aparecer aún cuando el sistema pueda ser completo normativamente en el sentido de que soluciona todos los casos posibles -tanto genéricos como individuales-. Esto se da a partir de lo que HART denomina "zonas de penumbra".

En un ejemplo:

N_1: *Los conductores de camiones que circulen de noche transportando una carga de más de cien toneladas serán sancionados con tres mil pesos de multa.*

K es conductor de un camión que circulaba a las 6, 30 hs el día 21 de mayo de 2014.

Puede existir una zona de penumbra respecto de si K circulaba o no de *noche*.

[845] El operador de la norma tiene la tarea de solucionar casos individuales mediante la aplicación de normas generales. Así, la clasificación del caso individual dentro de los algunos de los casos genéricos es lo que comúnmente se denomina subsunción.

La formulación normativa en muchos casos tendrá una clara aplicación y en otros dependerá de aclaraciones adicionales, por ejemplo, recurriendo al contexto de descubrimiento o al contexto de justificación (si se trata de "probar" algo).

Sistematizando. Las lagunas normativas (falta de solución de un caso genérico) no tienen relación con los casos de lagunas de reconocimiento (existe solución pero tengo dudas acerca de si "x" es una propiedad que puede subsumirse en el caso genérico Y). Los casos de penumbra no aparecen porque al derecho – o concretamente a la norma jurídica – le falte "algo" o por algún defecto de formulación, sino que obedecen a ciertas propiedades semánticas del lenguaje en general[846].

2) El concepto de caso como un paso necesario para la sistematización del sistema normativo.

Para determinar el contenido de un sistema jurídico, el dogmático debe estar en condiciones de decir que consecuencias jurídicas (soluciones) están correlacionadas con los diferentes tipos de situaciones (casos genéricos). Por lo tanto, primero se debe determinar el ámbito de los problemas jurídicos que las normas pretenden resolver. Ello implica identificar todos los casos relevantes (Universo de casos: UC) y las acciones reguladas por las normas (Universo de acciones: UA, que a su vez da lugar al Universo de de Soluciones: UC).

El paso siguiente es deductivo pues consiste en el desarrollo de consecuencias lógicas. De esta manera se ponen de manifiesto ciertas propiedades formales o estructurales del sistema, tales como, la completitud -todas las soluciones están contempladas-, coherencia -no hay contradicciones- e independencia -no existen redundancias-.

Para decirlo en términos negativos: el desarrollo de las consecuencias lógicas del sistema (relativas a un cierto UC y un cierto US) posibilita al operador jurídico descubrir ciertos defectos formales del sistema (incoherencia, falta de completitud, esto es lagunas normativas y redundancia) que de otro modo pueden permanecer ocultos.

[846] Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos: Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, p. 65.

En efecto, *completitud es una noción relativa*; significa que el sistema suministra una solución para cada uno de los casos de un Universo de Casos relevante. Un sistema puede resultar incompleto en dos sentidos distintos: (i) el sistema no correlaciona un caso genérico con una solución (laguna normativa), o (ii) la caracterización de un caso es tan vaga que un caso individual o genérico no puede ser subsumido en él (laguna de reconocimiento)[847].

Para aclarar ilustraremos un ejemplo sencillo que presenta defectos lógicos[848].

N_1: *Los alumnos que aprueben el parcial (APR) tienen obligación (O) de presentarse al final (p).*

N_2: *los alumnos que no asistan al 75% de las clases (¬AST) tienen prohibido presentarse al final.*

A partir de estos enunciados se identifican las siguientes *fn:*

N_1: APR -> Op

N_2: ¬AST ->Vp

Para determinar los problemas lógicos y de esta manera sistematizar el sistema normativo, debe construirse una matriz (gráfico 1). Por otro lado, como ya hemos puesto de relieve, la estructura lógica de la norma, sirve para correlacionar un caso (genérico) con una solución normativa (genérica). Asimismo, la matriz de un sistema normativo permite distinguir el universo de casos (UC) del universo de soluciones (US).

Para construir el Universo de casos (UC) deben tenerse en cuenta las propiedades determinadas por las formulaciones normativas analizadas. En este supuesto, son dos las propiedades relevantes: haber aprobado el parcial y haber asistido al 75% por cientos de las clases.

Ambas propiedades configuran el Universo de Propiedad (UP) a partir del cual se genera el Universo de Casos (UC).

Gráfico Nº 2

[847]Cfr.: ibídem, p. 92.

[848] Ejemplo tomado del libro de ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, ps. 76-77.

	APR	AST	N_1	N_2
1	+	+	Op	
2	-	+		
3	+	-	Op	Vp
4	-	-		Vp

El caso genérico 1 es el de los alumnos que aprobaron al parcial y asistieron al 75% de las clases.

El caso genérico 2 es de los alumnos que no aprobaron el parcial y asistieron al 75% de las clases.

El caso genérico 3 es el de los alumnos que aprobaron el parcial y no asistieron al 75% de las clases.

El caso genérico 4 es de los alumnos que ni aprobaron el parcial ni asistieron al 75% de las clases.

La matriz (gráfico Nº 2) nos muestra que el sistema es lógicamente defectuoso, con relación a los casos 2 y 3. El caso carece de solución, configurándose una laguna normativa y el caso 3 tiene dos soluciones incompatibles entre sí, pues por un lado se exige a los alumnos que se presenten al final y por el otro se prohíbe que se presenten.

Respecto de los casos 1 y 4 el sistema normativo no presenta inconvenientes lógicos, ya que cada caso genérico tiene una y solo una solución normativa.

Como puede observarse, la sistematización sirve para determinar si un caso genérico está correlacionado con una, varias (lo que dará lugar a una redundancia o a una contradicción según el caso) o ninguna solución[849] (laguna: caso genérico difícil).

Aunque las contracciones se presentan excepcionalmente, no quiere decir que no existan. Para ejemplificar un supuesto recurrimos a una contradicción normativa que observamos en la Ley N° 70 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En su artículo 6° dispone textualmente:

[849] Sólo se entiende al igual que lo hace la doctrina administrativista como "consecuencia jurídica".

"En el contexto de esta Ley se entiende por entidad toda organización pública con personería jurídica y patrimonio propio, se trate de empresas o sociedades y organismos descentralizados y por jurisdicción a las siguientes unidades institucionales;

i. Legislatura
ii. Justicia
iii. Jefatura de Gobierno, los ministerios y secretarías del Poder Ejecutivo.
iv. Comunas (Artículos 127, 128 y 129 de la Constitución de la Ciudad)".

A su vez, las Comunas son definidas por la Ley (artículo 2°, Ley 1.777 de la CABA) como unidades de gestión política y administrativa *descentralizada* con competencia territorial, patrimonio y personería jurídica propia.

Como puede advertirse, la Ley 70 en la primera parte del artículo 2 considera entidad a los organismos descentralizados e inmediatamente después sitúa a las Comunas como jurisdicción. La contradicción se constata pues de la formulación normativa no se constata una excepción a la regla "entidad descentralizada". Por tanto, a partir de la formulación normativa las Comunas pueden ser entidad y también puede ser jurisdicción.

Las posibles soluciones a este tipo de problemas transitan por diversos carriles. Por ejemplo, recurriendo a los principios jurídicos subyacentes al sistema normativo. También, los ideales de completitud y coherencia funcionan como criterios para seleccionar una de varias interpretaciones de la norma.

Recapitulemos.

Primero: la sistematización sirve para determinar si un caso genérico está correlacionado con una, varias -redundancia o contradicción según el caso- o ninguna solución (laguna: caso genérico difícil).

Segundo: la diferenciación entre caso individual y caso genérico permite deslindar problemas puramente conceptuales que se plantean al nivel de las normas generales, de los problemas empíricos que se refieren a la aplicación de normas generales a casos individuales

Tercero: los casos individuales son elementos del Universo del discurso (UD). Esos elementos son situaciones o acontecimientos que se producen en una determinada ocasión (localización espacio temporal) y que tiene la propiedad definitoria del UD. La propiedad definitoria del UD permite identificar los casos individuales que pertenecen a ese Universo del discurso.

Cuarto: los casos genéricos se organizan a partir del concepto de propiedad y ejemplifican un número ilimitado de casos individuales. Representan una estructura sintáctica que se vincula estrictamente con una mera descripción de propiedades presentes en un acontecimiento.

Quinto: existen al menos tres tipos de lagunas que se relacionan con los casos genéricos y los casos individuales: i) las *lagunas normativas* que se dan a nivel lógico y se vinculan con los casos genéricos. En estas el "caso genérico" no tiene prevista ninguna solución; ii) las *lagunas de conocimiento y reconocimiento* que se presentan en los "casos individuales". Las primeras se dan en el proceso de subsunción y se refieren a la falta de información acerca de los hechos del caso. Las segundas, plantean problema de indeterminación semántica o vaguedad de los conceptos que caracterizan un caso genérico; es decir, no se puede reconocer si el caso individual pertenece o no a la clase de caso genérico en cuestión.

Sexto: los casos de penumbra no aparecen porque al derecho –concretamente a la norma jurídica – le falte "algo" o por algún defecto de formulación, sino que obedecen a ciertas propiedades semánticas del lenguaje en general

Séptimo: el desarrollo de las consecuencias lógicas del sistema (relativas a un cierto UC y un cierto US) posibilita al operador jurídico descubrir ciertos defectos formales del sistema (incoherencia, falta de completitud -lagunas normativas- y redundancia) que de otro modo pueden permanecer ocultos.

Octavo:*completitud es una noción relativa*; significa que el sistema suministra una solución para cada uno de los casos de un Universo de Casos relevante. Un sistema puede resultar incompleto en dos sentidos distintos: (i) el sistema no correlaciona un caso genérico con una solución (laguna normativa), o (ii) la caracterización de un caso es tan

vaga que un caso individual o genérico no puede ser subsumido en él (laguna de reconocimiento).

d) Interpretación vs. Aplicación.

Ya hemos señalado que interpretación es la actividad consistente en la identificación o determinación del sentido jurídico de una formulación normativa.

En otras palabras, uno de los cometidos fundamentales del intérprete consiste en la identificación del significado de una formulación normativa o, en la adscripción de uno entre varios significados posibles en caso de ambigüedad [850]. En definitiva, es la interpretación la que transforma la *formulación normativa* en "norma".

Sin embargo, creemos útil realizar una distinción entre "interpretación de las normas" y "aplicación de las normas"[851].

La aplicación es la actividad tendiente a determinar cuatro pasos: i) que un determinado caso individual ha acontecido, ii) que tal caso individual se subsume en un determinado caso genérico, iii) que existe una norma que estipula una determinada consecuencia genérica para ese caso genérico y; iv) que por ello debe aplicarse tal consecuencia jurídica individual. De esta forma, *la aplicación incluye a la interpretación pero no a la inversa.*

Dicho términos más sencillos, para que una decisión esté justificada el operador debe subsumir el caso individual en el caso genérico y luego, dictar una resolución ("norma individual") que se corresponda con la norma general invocada entre las razones del acto que correlaciona el caso genérico correspondiente.

Veamos un ejemplo: cuando la Administración determina que a Susana le corresponde la percepción de un haber jubilatorio, establece que la situación de Susana se

[850]RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*, p. 15.

[851] La distinción entre casos genéricos y casos individuales permite dilucidar ciertas diferencias existentes entre la "interpretación" y la "aplicación" de las normas jurídicas. No obstante, corresponde aclarar que la interpretación es la actividad tendiente a determinar qué casos genéricos regulan las normas jurídicas y qué soluciones genéricas (consecuencias jurídicas genéricas) se estipulan para esos casos genéricos. Ver, ALONSO, Juan Pablo, *ob. Cit.,* p. 4.

subsume en la clase de las que dan derecho a la percepción del haber descripta en las normas que regulan el instituto jubilatorio en Argentina.

Vistas así las cosas, todo acto de aplicación del derecho es un acto de interpretación. Por tanto, en este punto específico es indiferente que el operador pertenezca al Poder Judicial o a la Administración Pública. Ambos deben interpretar textos legales (*fn*) para aplicar las normas.

Si bien los problemas de este estadio son problemas empíricos de determinación de significado, debemos distinguir entre "descubrimiento" de un significado existente y "adjudicación" total o parcial de un significado nuevo. La primera actividad es empírica, a pesar de que los significados *no son entidades empíricas*, puesto que el significado puede establecerse mediante un *proceso cognoscitivo.*

En este punto existen dos problemas básicos respecto de la determinación de significado: ambigüedad y vaguedad. En la *ambigüedad* la fuente del problema está dada por un *exceso de significado*. La *vaguedad,* por el contrario, resulta de la *falta o insuficiencia* en la *determinación del significado.* En ambos casos la indeterminación en el significado fuerza al intérprete a efectuar una selección basada en consideraciones valorativas que pueden ir más allá de la información lingüística inmediata que ha recibido[852].

Frente a esos problemas, la atribución de un significado no es un proceso cognoscitivo; en realidad se trata de una *decisión* –lo que incluye una valoración- que puede estar apoyada en razones más o menos convincentes[853]. *De allí que no pueda sostenerse en forma tajante la separación entre lo que se llama actividad reglada y actividad discrecional.*

Un ejemplo del derecho penal nos servirá para ilustrar la situación. El artículo 65 del Código penal dispone en el caso de pena temporal, el delito prescribe en igual tiempo que al de la condena. A su turno el artículo 67 del mismo cuerpo normativo establecía que la prescripción se interrumpía por la comisión de otro delito o la secuela de juicio.

$N_1 = t \rightarrow Op$

$N_2 = r \wedge q \rightarrow Od$

[852] Ídem.

[853]BULYGIN, Eugenio, *Dogmática Jurídica y sistematización del derecho*, p. 471.

N_1= *"Es obligatorio declarar la prescripción si en la prisión temporal transcurre el tiempo de condena"*

N_2= *"Es obligatorio declarar interrumpida la prescripción del delito si el imputado comete un nuevo delito o se establece que existe una secuela de juicio"*

El sujeto A (funcionario público) estaba siendo investigado en orden al delito de recibir dádivas (tiene una escala de pena que va desde un mes a dos años de prisión) cometido el 1º de noviembre de 2012. El Juez de Instrucción X llama a prestar declaración indagatoria a "A" el día 31 de octubre de 2014.

Ahora bien, el Juez por el juego de las normas N_1 y N_2 ¿debe declarar interrumpida la prescripción? La respuesta depende del contenido que se le asigne al concepto "juicio".

En concreto, cuando la Corte Suprema de Justicia debió decidir un caso como el que aquí planteamos, resolvió que en un caso que existía secuela de juicio y en otro no, frente a actos producidos durante la etapa de instrucción del proceso; es decir, decidió el mismo caso, asignando a la formulación normativa consecuencias lógicamente contradictorias[854].

Lo que quiere evidenciarse es que una formulación normativa que, *prima facie*, parece determinar claramente lo que operador debe hacer, en realidad puede significar una u otra cosa, dependiendo de cómo se instancien los conceptos que la integran.

Así, cuando el operador decide asignar uno u otro significado (expresando razones plausibles o "buenas razones") actúa discrecionalmente, pero dentro del marco que le brinda la formulación normativa. De allí que a este tipo de discrecionalidad se la llame "débil".

Vistas las cosas, desde el punto de vista del operador, este cumple con el derecho aplicando (incluso) un significado que resulta incompatible con otro pronunciado con anterioridad y ambos actos (sentencias o actos administrativos) aplican o dicen el derecho.

Lo mismo sucede cuando, por ejemplo, la Administración Pública debe aplicar una sanción como la siguiente:

[854] Ver fallos de CSJN "Balchumas" y "Cañon". En este último precedente se entiende que la expresión "juicio" comprende todo el proceso penal incluida la etapa sumarial, lo que estaba excluido en el concepto de juicio del primero de los precedentes citados.

"Ley, 451, Nm. 1.1.12. El/la titular o responsable del establecimiento en el que se elaboren, almacenen, envasen, distribuyan o comercialicen productos alimenticios, que utilice medios engañosos, iluminación diferenciada o de cualquier otro modo engañe o pretenda engañar sobre la calidad y estado de conservación de los alimentos, es sancionado/a con multa de $ 200 a $ 5.000 y/o el decomiso de mercaderías y/o clausura del establecimiento".

Si bien el supuesto de hecho está determinado y lo mismo sucede con la consecuencia jurídica [855], lo que no puede determinarse y a su vez depende de una "decisión" del operador, es cuáles otros medios son "engañosos" por fuera de los enumerados en el enunciado.

Por tanto, podemos concluir en que la actividad de identificación de las normas jurídicas nunca es totalmente cognoscitiva. Los operadores jurídicos no se limitan a descubrir el significado de las formulaciones de normas, sino también –en ciertos casos- proponen asignarles un nuevo significado[856].

En conclusión, *el operador jurídico tendrá discrecionalidad débil con relación a la decisión sobre el contenido semántico de un determinado concepto.*

e) Los métodos de interpretación

HART sostiene que la función de elaborar normas (actividad materialmente legislativa) presupone establecer guías muy generales. La Administración Pública, en la tesis de este autor, también crea reglas adaptadas a las especiales necesidades de los casos (reglamentos). HART entiende que la legislatura establece "standards", por ejemplo, cobrar una tarifa o un precio público o proveer sistemas seguros de trabajo. En lo que aquí interesa argumenta:

"(…) resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional y que no cabe la posibilidad de tratar el problema como si hubiera una respuesta única correcta, es

[855] Básicamente porque se pueden determinar todas las propiedades que integran esa formulación normativa y, por tanto, los casos genéricos comprendidos en esa formulación.

[856] *Ibídem*, Ob. Cit, p. 471. Este componente de decisión es clave en lo que se refiere a la discrecionalidad administrativa como ya hemos referenciado en otro estudio (Ver, CORVALÁN, Juan Gustavo, *Un nuevo enfoque sobre la "discrecionalidad administrativa"*, en Revista Argentina de la Administración Pública (R.A.P.), Año XXX –n° 351-, Buenos Aires, Diciembre de 2007 y *Control Judicial de la Actividad Administrativa*, en La Ley, Año LXXII -n° 101-, Buenos Aires, Mayo de 2008).

decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto".

Entre los diferentes métodos para la elección entre opciones, se encuentran los denominados "métodos objetivos" y "métodos subjetivos" de interpretación. Esta actividad requerirá una decisión valorativa que puede incluir, tanto remisión a lo jurídico, como a lo extrajurídico, dependiendo de qué tipo de propiedad se deba instanciar[857].

Y aquí advertimos una consecuencia muy relevante en lo que a discrecionalidad se refiere: la discreción (o margen de apreciación u opción) es consustancial con toda actividad que requiera la aplicación de normas a casos individuales: sea judicial o administrativa[858].

e) Normas que confieren poderes y discrecionalidad fuerte

Como ha sido señalado con anterioridad, el concepto norma suele expresar diversos fenómenos. Recordemos que se llama normas regulativas o prescriptivas a las que tienen por objeto "regular" conductas y representan imperativos categóricos. Además de ese tipo de normas, encontramos las normas que confieren poderes [859] y estatuyen estados institucionales a alcanzar. Normas anánkasticas en terminología de ATIENZA y RUIZ MANERO.

El análisis de este tipo de normas es relevante, en la medida en que se suele ubicar a la discrecionalidad, en presencia de normas que confieren poderes. Así, se identifica a la discrecionalidad con una falta de descripción de la norma de un resultado o consecuencia jurídica. Veamos.

[857] La noción "instanciar" debe entenderse en el siguiente sentido: aplicación de un concepto a una situación fáctica individualizada.

[858] En una primera aproximación normativa puede parecer dudoso que el que "revise" pueda reemplazar con su propia valoración, si existe una norma que establece la competencia para decidir en cabeza de otro órgano, pues debe presuponerse que cuando el legislador formula un determinado texto normativo *sabe* que el mismo deberá ser interpretado por el *destinatario* que la norma establezca, siempre dejando a salvo una posible declaración de inconstitucionalidad, en manos claro está, del poder judicial.

[859] Sin perjuicio de existen otros tipos de normas, que serán abordadas en el capítulo siguiente en este apartado se quiere dejar sentado el problema: la confusión entre las normas regulativas y las normas de fin.

Las reglas que confieren poderes - y al igual que las prescriptivas - también inciden sobre la conducta de un sujeto normativo. Sin embargo, lo hacen de manera muy distinta a las normas regulativas, toda vez que inciden de manera indirecta: *señalan de qué forma se puede obtener un determinado fin, el que consiste en un cierto resultado normativo*[860].

En el lenguaje de las razones para la acción de los imperativos de Kant, podríamos afirmar que son razones hipotéticas[861]. Una regla que confiere poder es una razón hipotética; otorga una razón para hacer algo si se da un determinado estado de cosas, siempre y cuando se tenga una razón para logar un cierto resultado o fin[862]. Las razones pueden ser problemáticas o asertóricas.

La razón hipotética puede resumirse del siguiente modo: se deja librado al titular del poder el tener o no la razón para logar el resultado (el resultado es facultativo). La razón es asertórica, si para lograr el resultado se le impone al titular del poder; esto es, escapa a su control normativo (el resultado es obligatorio)[863].

Para ilustrar lo expuesto, acudimos a un ejemplo de KELSEN: Una norma puede indicar que en el caso de producirse una epidemia, un órgano administrativo tiene el deber de adoptar medidas que eviten su expansión. Las medidas que se adopten en concreto, será una actividad de *especificación* o *desarrollo* del Derecho existente, pero que no sería adecuado calificar esa actividad como *interpretación*[864].

En términos más sencillos, son normas que nos obligan a asumir determinados fines, pero a la vez no nos imponen (aunque a veces sí lo hacen) determinados medios. Por ello la norma asume la estructura hipotética condicional, en cuyo antecedente se refiere a la cosa que se desea y en cuyo antecedente se señala lo que debe o puede hacerse para alcanzarla[865]. Por eso a estas normas operan como "mandatos de optimización", en el sentido de que obligan a utilizar el medio considerado óptimo, a la luz de las circunstancias del caso para maximizar el fin previsto[866].

---

[860] ATIENZA, Manuel – RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Ariel, Barcelona, 1996, p. 110.

[861] Ídem.

[862] Ídem.

[863] Ídem.

[864] La justificación de este tipo de decisiones tiene que orientarse hacia el futuro, hacia las consecuencias. Ver, LIFANTE VIDAL, Isabel, *Poderes discrecionales*, en Eunomía – Revista en cultura de la Legalidad, Nº 2, ISSN 2253-6655, Marzo – Agosto 2012, p. 142, ps. 139-144

[865] GONZALEZ LAGIER, Daniel, *Algunas cuestiones sobre reglas técnicas,* en Revista DOXA, n° 14, 1993, p. 475

[866] Cfr. LIFANTE VIDAL, Isabel, *ob. CIt.*, p. 143.

Esta forma de concebir a la discrecionalidad (en sentido fuerte) hace referencia a un modo de conferir poderes, en la se considera importante que los órganos jurídicos *adopten decisiones* atendiendo a las *evaluaciones que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias de los casos concretos*[867].

Por ello su ejercicio presupone siempre un margen de opción y de elección en las decisiones que adopte la autoridad. Pero aquí no se puede afirmar que se trate de facultades de interpretación.

En conclusión, la discrecionalidad fuerte o el "poder disrecional" en sentido estricto, determina que el operador jurídico tendrá libertad positiva para resolver la cuestión que se presente a su consideración[868]. La formulación normativa obliga a que la Administración obtenga un determinado resultado, sin precisar específicamente cómo ha de alcanzarlo.

§30 Conclusiones preliminares: Estructura de las normas y discrecionalidad. Distinciones

Sobre la base metodológica analizada en este capítulo, los problemas con relación a la discrecionalidad pueden darse:

a) A nivel identificación de normas (discrecionalidad débil)
b) A nivel de sistematización (discrecionalidad débil) y;
c) Las vinculadas al fenómeno de las normas que confieren poderes (discrecionalidad fuerte).

En el capítulo siguiente, se procederá a reconstruir los sentidos posibles de la discrecionalidad administrativa.

No obstante, debemos señalar que el primer sentido, el concepto de discrecionalidad en sentido débil: comprende dos casos: 1) el proveniente de la

[867] Cfr. Ibídem, p. 140.
[868] Por lo que si el Poder Judicial se arrogara la facultad de la ponderación podría vulnerar el principio de legalidad puesto que la norma regula la competencia para ponderar la situación en un órgano distinto.

indeterminación de la aplicación del derecho (lagunas de reconocimiento/nivel identificación) y 2) el proveniente de la ausencia de solución del caso genérico (lagunas normativas/nivel sistematización).

Los casos pueden estar reglados, conforme al entendimiento estándar de la doctrina administrativista y presentar un problema semántico. Esto hace necesario una decisión valorativa del operador para su aplicación dentro de los límites que demarca el esquema caso/solución. De allí que este tipo de discrecionalidad sea débil, pues se encuentra enmarcada dentro de una norma cuyos límites no son claros pero pueden determinarse[869].

En suma, podemos sintetizar del siguiente modo los casos problemáticos con incidencia en la estructura lógico – formal de la norma, en donde se ubica la discrecionalidad débil de la Administración serían los siguientes:

(A) No existe solución para ese caso genérico (laguna normativa). Esto es equivalente a lo que se denomina en derecho administrativo discrecionalidad sobre las "consecuencias jurídicas";

(B) A nivel caso individual, no puede determinarse si el objeto x es una instancia de la propiedad (P) del caso genérico X (laguna de reconocimiento), dado que P es un concepto jurídico indeterminado;

Por el contrario, cuando el caso genérico y la solución están perfectamente determinados por el derecho, aunque existan varias alternativas (llamadas "igualmente válidas"), ello no presenta problemas del tipo de los que puedan incluirse como problemas de la estructura lógica de las normas

Los casos (A) y (B), son "casos difíciles" en la terminología de la teoría general del derecho. Su dificultad radica, precisamente, en que el derecho no dispone de una solución.

[869] En cambio, en la posición dominante en el derecho administrativo, la cuestión parece estar vinculada a la creencia en la posibilidad de la aplicación mecánica del derecho pues como se han planteado las discusiones, parece que la cuestión pudiera reducirse si la norma jurídico administrativa es completa, de lo que deducen que "no deberían surgir dudas para el operador normativo" o si, por el contrario, la norma no está completa y el aplicador debe integrarla con su criterio. Pensar así el derecho, como ya se ha demostrado, no es más que una ficción, una ilusión, un ideal. Y en definitiva, configura una posición formalista que cree que la completitud de las normas se vincula con la formulación normativa.

En este tipo de supuestos, la problemática trasunta por determinar el modo en que se debe emplear la discreción para arribar a una solución.

Ahora bien, ¿dónde situamos a la discrecionalidad en cada uno de los casos difíciles?

En el caso (A) en la creación de la norma, pues aquí el operador debe crear una norma jurídica individual cuyo contenido no se haya totalmente determinado por las normas generales. En este sentido, su obrar es discrecional.

En el caso (B) sucede algo similar, pues debe explicar que la propiedad x1 es una instancia particular de la propiedad X prevista en el caso genérico X-Y (contenido en una norma general). Dado que X es susceptible de diversas posibilidades interpretativas y la opción, por una u otra interpretación, es un mero acto de volición. En este último caso, la discrecionalidad está presente en la voluntad del órgano de aplicación que determina si el caso genérico incluye o excluye, el caso individual sometido a la consideración de ese mismo órgano.

Cabe reiterar, ello sucede porque el concepto de norma comprende a aquellos enunciados de estructura condicional que vinculan un caso con una solución[870], pero además incluye una dimensión de significado (la formulación normativa interpretada da como resultado una norma)[871]. Como ya lo demostramos, la norma es una disposición interpretada y, en este sentido, reformulada por el intérprete; es pues un enunciado del lenguaje de los intérpretes[872].

Recapitulemos y ampliemos.

Primero: la discrecionalidad en sentido débil surge cuando el operador debe aplicar el derecho y no cuenta: a) o bien con la solución (laguna normativa); b) o bien si cuenta con la solución pero no puede determinar si el caso individual es una instancia de un caso genérico, porque las propiedades que eligió el legislador presentan problemas semánticos.

[870] ALCHOURRÓN, Carlos – BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p.
[871] Cfr. GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999,p. 100 y ss.
[872] Cfr. Ídem.

Segundo: la discrecionalidad débil, implica el uso de una libertad negativa es decir, de identificar las opciones entre las que la Administración puede optar y es esencialmente una actividad reconstructiva.

Tercero: la discrecionalidad fuerte se presenta frente a formulaciones normativas que confieren poderes. Aquí los poderes discrecionales se dan cuando existen normas que exigen a la Administración resultados institucionales. Aquí la Administración puede elegir cómo cumple con el deber y todas las elecciones son equivalentes. No obstante, *el uso del "puede" no es equivalente a que se actúe sobre la base de una norma regulativa (permisiva), y tampoco es una licencia para actuar por fuera de estándares normativos*[873].

Ahora bien, a nuestro entender que en la actividad de la Administración siempre estará reglada aunque con normas de distinto tipo. Por ello sería más correcto hablar, en sentido estricto, de poderes reglados y poderes discrecionales.

En este sentido, la discrecionalidad se vincula con un concepto de libertad positiva, lo que no implica que el órgano decisor pueda hacer "lo que quiera". Se trata en cambio, de determinar qué curso de acción corresponde emprender. En otros términos, la autoridad debe tomar decisiones atendiendo a parámetros que ellos mismos deben evaluar y eso estaba de antemano previsto: o bien por la CN, o bien por formulaciones normativas convencionales o domésticas.

Al respecto, como bien afirmar SCHMIDT ASSMANN, el desafío es determinar de qué forma la Administración está vinculada por el Derecho y en qué medida las directrices legales le atribuyen una función de configuración propia. En concreto, la discrecionalidad no puede ser solamente entendida como una categoría residual. Hay que comenzar concebir el fenómeno discrecional a partir de una *perspectiva de actuación* y no sólo de una *perspectiva de control*[874].

Planteadas así las cosas, tanto en la discrecionalidad débil como en la fuerte, se trata de elecciones valorativas. Por ello es muy relevante determinar el método por el que se

---

[873] No obstante, encontrar sus límites no es cuestión sencilla, si bien un punto de partida es que todo acto administrativo debe brindar una resolución fundada (art. 1 ap. 3, ley 19.549) y motivada en derecho (art. 7 b) y d) ley 19.549). En esta posición el componente volitivo en manos de la Administración tiene una connotación mayor.

[874] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *LaTeoría General del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 220.

justifican tales soluciones y, sobre todo, los motivos que subyacen a ellas. En definitiva, al encontrarnos con la presencia de elementos volitivos de la decisión en ambos casos, resulta claro que la aplicación del derecho no puede reducirse a un mero "proceso lógico de interpretación y aplicación de las normas jurídicas".

CAPÍTULO VI

LOS SENTIDOS DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

A) DISCRECIONALIDAD DÉBIL

§31. Planteo de los problemas

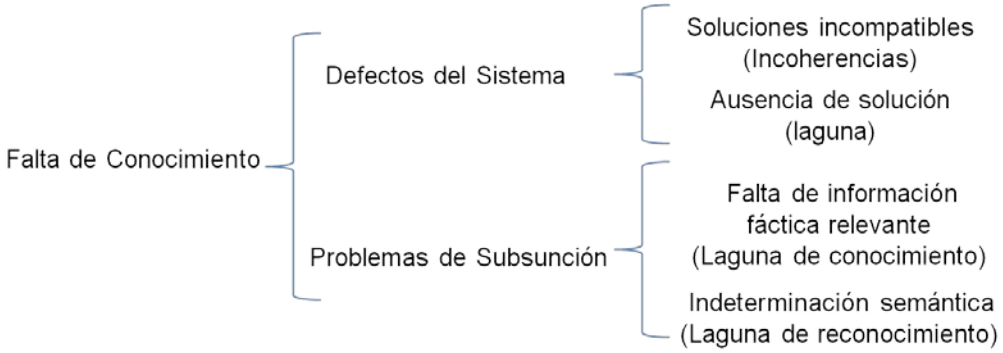
En el capítulo anterior hemos sentado las bases teórico - dogmáticas sobre la que realizaremos el análisis de los dos sentidos posibles de la discrecionalidad.

Usando nociones de la teoría general del derecho hemos arribado a que la discrecionalidad tiene dos sentidos posibles asociados a dos formas de libertad (negativa y positiva). Por ello aquí se intentará reconstruir primero, la discrecionalidad en sentido débil y luego, la discrecionalidad en sentido fuerte.

§32. Problemas que presenta la discrecionalidad en sentido débil

A partir del desarrollo formulado en el capítulo anterior, podemos sintetizar dos grandes grupos de problemas que presenta la discrecionalidad en sentido débil: i) el de las lagunas normativas y ii) problemas de subsunción. Ambos pueden ser catalogados a su vez como "falta de conocimiento" que se presentan: a) ante la ausencia de solución de un caso; b) porque falta información sobre algún hecho relevante (laguna de conocimiento); c) porque el caso individual cae dentro de la vaguedad (zona de penumbra) de algún concepto relevante (laguna de reconocimiento). Esquemáticamente[875]:

[875] Según esquema presentado por ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos: Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales,* 2° Ed. (revisada por Eugenio Bulygin), Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 206.



En resumidas cuentas, los problemas de incompletitud (laguna) e inconsistencia normativa (contradicciones), así como las indeterminaciones lingüísticas (ambigüedad derrotabilidad y vaguedad) hacen necesario el uso de consideraciones valorativas[876]. Y, por tanto, a esto llamamos discrecionalidad débil.

§33. Acerca de los fundamentos del deber de expedirse de la Administración Pública

La Administración Pública, según nuestro sistema positivo, tiene el *deber* de expedirse sobre las peticiones que planteen los Administrados, conforme lo términos del artículo 14 de la Constitución Nacional. Además, el deber de tramitar y decidir los expedientes administrativos, se encuentra expresamente previsto en el artículo 3 del Decreto 1759/1972.

Y tiene como correlato, además, lo previsto en el artículo 249 del Código Penal. Dicho artículo dispone que:

> *"Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio".*

[876]ALCHOURRÓN, Carlos, *Sobre Derecho y Lógica*, publicado en *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 172.

La noción de deber jurídico ha sido especificada por KELSEN, a partir de la existencia de una norma secundaria que impone una sanción. En este sentido sostiene que:

> *"Una norma jurídica ordena determinada conducta en tanto enlaza el comportamiento opuesto a un acto coactivo como sanción"*

Según está noción cuando existe una norma que estipula una sanción para la conducta ¬p, entonces existe el deber jurídico de hacer p[877] (*noción estándar de deber jurídico*).

Dicho en términos simples: "Si existe el deber de expedirse en tiempo, es porque existe una norma que atribuye una sanción a quien no expide en tiempo".

Aunque debe destacarse que, basta con que exista una sanción (lato sensu) para incumplimiento del deber, por ejemplo, una sanción disciplinaria. Como la descrita en el artículo 72 del Decreto 1759/1972, el que dispone que:

> *" El incumplimiento injustificado de los trámites y plazos previstos por la ley de procedimientos administrativos y por este reglamento, genera responsabilidad imputable a los agentes a cargo directo del procedimiento o diligencia y a los superiores jerárquicos obligados a su dirección, fiscalización o cumplimiento; en cuyo caso y cuando se estime la queja del artículo anterior o cuando ésta no sea resuelta en término el superior jerárquico respectivo deberá iniciar las actuaciones tendientes a aplicar la sanción al responsable".*

Ahora bien, la elección de una formulación normativa del derecho penal, demuestra que aún si el Decreto 1759/1972 no dispusiera nada acerca del deber de resolver, este podría obtenerse por "derivación" de una norma secundaria que establezca una sanción para el caso de incumplimiento de plazos[878]. Por último, el artículo 10 de la Ley Nacional

[877] Noción de deber jurídico en KELSEN es igual a: "Existe el deber jurídico de hacer p, cuando la norma "si no p entonces obligatorio sanción" pertenece a las consecuencias jurídicas del sistema jurídico X" (Ver, KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción del original en alemán de VERNENGO, Roberto J., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 1979, p. 129).

[878] De más está aclarar que siempre el incumplimiento de plazos es ilegal (contrario a la norma) si la Administración no ha omitido expedirse en el mismo y tenía conocimiento de la petición del particular. (DONNA, Edgardo, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubizal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008).

de Procedimientos Administrativos le asigna una consecuencia a su omisión de expedirse debe entenderse como negativa de la pretensión del particular[879].

§34. El sistema normativo de la Administración y el principio de clausura

La Administración no tiene competencia para crear cualquier contenido de derecho. Ello, obedece a que la Administración está vinculada positivamente a la ley. En este sentido, con acierto señalan GARCÍA de ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: "la atribución de potestades a la Administración tiene que ser expresa: la Administración carece de poderes, pues no tiene otros que los que la Ley le atribuye"[880]

Creemos que está es la interpretación correcta por los siguientes motivos:

En primer lugar, no podemos perder de vista que la actuación de la Administración está vinculada al principio de legalidad. Esto implica que el Estado actúa en el marco de una competencia jurídicamente atribuida [881]. Como con acierto señala SCHMIDT ASSMANN, ésta es una nota distintiva que tiene carácter constitutivo a los efectos de sistematizar el Derecho Administrativo como sistema normativo.

En segundo lugar, tampoco puede perderse de vista la dimensión de la persona y sus derechos fundamentales en dicho sistema. Y que la Administración, a la vez, tiene la obligación de garantizar los derechos de esos particulares[882].

En tercer lugar, aún en un Estado Constitucional, los órganos del poder público se hallan investidos de la potestad de imponer legítima y unilateralmente obligaciones a los particulares. En este contexto, la función gubernamental del Poder Ejecutivo y de gran parte de los órganos del Estado, es una función jurídica específica: la producción y aplicación de normas jurídicas generales e individuales, mediante las cuales obliga a los individuos a determinadas conductas[883].

---

[879] Aunque dicho artículo no le asigne una consecuencia "negativa" (en el sentido de sanción a la omisión de dicho deber) esta como tantas otras podría entenderse sólo como una inconsecuencia del sistema.

[880] GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo-FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, T. I, 12° Ed., Civitas, Navarra, 2011, p. 472.

[881] SCHMIDT ASSMANN, *ob. Cit.,* p. 22.

[882] Dado que, en definitiva, será la Administración la que deba hacer efectiva las prestaciones hacia las personas conforme los mandatos del Estado Constitucional de derecho.

[883] Según KELSEN, al llevarse a efecto por un órgano que funciona con división del trabajo, es atribuida al Estado. Ver, KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, p. 299.

Como puede observarse, el Estado constitucional mantiene la relación asimétrica entre los órganos públicos del Estado y los ciudadanos[884]. Así, la persona, actúa en el marco de una libertad jurídicamente constituida y el Estado, en cambio, en el ámbito de una competencia jurídicamente atribuida[885].

Ahora bien, a nuestro criterio, la fundamentación que subyace a esta relación asimétrica, es la propia realización del fin del Estado, es decir, en la protección del interés general en pos de la efectivización sustantiva de los derechos fundamentales[886].

Por último, no debe perderse de vista que el principio de división de poderes –derivado de la forma republicana y representativa de gobierno-[887], determina que los *poderes normativos* se hallan funcionalmente distribuidos entre los órganos que constituyen el poder del Estado. Esas razones, a nuestro juicio, determinan un *principio implícito* de clausura de las facultades de la Administración[888]. Al respecto, en un fallo reciente la CSJN afianzó el principio según el cual: "…ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente (…) La regla según el cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (artículo 19 de la Constitución Nacional), no de los poderes públicos. Éstos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación"[889]

Veamos un ejemplo en el cual la Administración no podría conceder una prestación que no está prevista para determinada situación. Ello acontece por caso, a partir de la formulación normativa contenida en el artículo 53 de la ley 24.241. Este texto establece que: "en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: a) La viuda; b) El viudo; c) La conviviente; d) El conviviente; e) los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas

884 SCHMIDT-ASSMANN, ob. Cit, p. 21, con cita de HOFMANN, *VVDStRL,* Vol. 41, p. 42. Quien desarrolla el concepto de "asimetría" en las relaciones del ciudadano y las obligaciones en la Constitución.

885 La relación asiméretrica entre el Estado y los particulares es patente tanto en el derecho penal como en el derecho administrativo.

886 Ver sobre el punto el capítulo II del presente trabajo.

887 Como afirma la CSJN en un fallo reciente: "…de acuerdo a la forma republicana y representativa de gobierno (…) el poder se divide en tres departamentos con diferentes funciones y formas de elección cuya legitimidad democrática es idéntica" en "Rizzo, Jorge Gabriel c/PEN", sentencia del 18/06/13, considerando 6°.

888 Esto se evidencia claramente cuando todas las Constituciones regulan las denominadas "partes orgánicas". Es decir, las que regulan las Instituciones y su organización. Con relación a las personas rige el principio contarior derivado de la aplicación del artículo 19 de la Constitución Nacional.

889 "Rizzo, Jorge Gabriel c/PEN", sentencia del 18/06/13, considerando 7°.

viudas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los DIECIOCHO (18) años de edad".

Desde nuestra perspectiva, la Administración no podría otorgar una pensión de este tipo a una hija soltera mayor de 18 años de edad, aún cuando en algún caso el operador jurídico crea que debiera conceder el derecho (v.gr., porque la hija mayor soltera está en condición de calle).

De allí que en el caso de que se detecte una laguna normativa, bastará con que la Administración informe que no existe norma alguna que regule la cuestión y rechazar la petición del administrado. Esto es así, porque la Administración -a diferencia del Juez-, no tiene el deber de resolver la cuestión pero *sí* de expedirse, pues se le asignan consecuencias normativas a su silencio (negativa a la pretensión del particular) como ya ha sido referenciado.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia (*in re* "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos"):

> *"(…) La estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la administración con ese carácter"*[890]

Ahora bien, la situación es sustancialmente diversa si se tiene que instanciar un concepto a partir de una formulación normativa. En un ejemplo.

> *La Sra. Z se divorció en los términos del art. 67 bis de la Ley 2393 de su primer marido. Luego contrajo matrimonio con el Sr. C en la República Oriental del Uruguay, en el año 1972. Como resultado de esa unión el matrimonio tuvo dos hijos. Después de 17 años de convivencia, la Sra. Z se hallaba separada de hecho por culpa del Sr. C quien, con su conducta, había motivado su exclusión del hogar y había sido condenado a pasar alimentos a sus hijos. El Sr. C y la Sra. Z solicita a la ANSES el beneficio de pensión.*

[890] Fallos, 315:1361; 1992.

Como ya vimos, la norma que resulta aplicable es el Art. 53, Ley 24.241. Para la ANSES sería obligatorio, como ya vimos, otorgar el beneficio si se dan los requisitos previstos en la *fn*: muerte del beneficiario y condición de parientes enumerados en el artículo. En otros términos:

$$N_1: Ocb^{891} \rightarrow MC^{892} \& CDH^{893}$$

Simplificadamente, la norma que habilita la concesión del beneficio rezaría: "Obligatorio para la ANSES otorgar la pensión por fallecimiento si se produce la muerte del causante y se reúne la condición de derechohabiente". Esto implica que sólo si se dan los dos requisitos: muerte y condición de derecho habiente, corresponde que la ANSES otorgue el beneficio de pensión y, en los restantes casos, la respuesta deberá ser negativa[894].

Ahora bien, este sistema reglado -en términos tradicionales- para la Administración, nos dice poco acerca de la situación que la Administración debe resolver. Así, no está claro si la condición de la Sra. Z es de cónyuge o bien de concubina, pues su matrimonio conforme a otras normas es considerado inválido y, además, no mantenía la unión con el causante al momento de su muerte, para encuadrar en la figura del concubinato.

De allí que para resolver la cuestión, se vea obligada a decidir, bajo su responsabilidad, si esos hechos están o no comprendidos por las expresiones lingüísticas que, en este supuesto, son indeterminadas.

---

[891] Obligatorio conceder beneficio.

[892] Muerte causante (jubilado o beneficiario del retiró por invalidez o afiliado en actividad con derecho a jubilación o retiro).

[893] La viuda/o; o conviviente; o hijos solteros; o las hijas solteras y las hijas viudas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, todos ellos hasta los DIECIOCHO (18) años de edad.

[894] Ello obedece a que está norma no es regulativa, es lo que se denomina una norma "puramente constitutiva". ATIENZA – RUIZ MANERO, sugieren que una reconstrucción pragmáticamente adecuada que pretenda dar cuenta del ordenamiento debería distinguir, cuando menos, entre: normas regulativas (y aquí a su vez, entre principios y reglas), reglas que confieren poderes, reglamente puramente constitutivas y definiciones legales (Ver, ATIENZA, Manuel – RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Ariel, Barcelona, 1996, p. 65). Una norma como la del art. 53, ley 24.241 es un caso de regla técnica o procedimental, es decir, establece los requisitos necesarios para realizar con éxito una acción dentro del ámbito correspondiente (es decir, "para recibir el haber debo cumplir con").

En este contexto, la ANSES resolvió que no correspondía otorgar la pensión pues el caso de la Sra. Z no encuadraba como matrimonio ni como concubinato, es decir, interpretando el derecho vigente. Pero también podría haber resuelto lo contrario.

Es decir, conceder el beneficio, tal como lo resolvió la Corte Suprema de Justicia, admitiendo incluir el caso individual de la actora como una instancia del caso genérico previsto en la formulación normativadel artículo 53 de la ley 24.241. En resumidas cuentas, la instancia administrativa y la judicial, discreparon acerca de la aplicación correcta de una norma jurídica[895].

En otro ejemplo, la Ley Nacional 11.683 de Procedimiento Fiscales, dispone en su artículo 39°:

> "(…) En los casos de los incumplimientos que en adelante se indican, la multa prevista en el primer párrafo del presente artículo se graduará entre el menor allí previsto y hasta un máximo de PESOS CUARENTA Y CINCO MIL ($ 45.000): (…)
> 2. La resistencia a la fiscalización, por parte del contribuyente o responsable, consistente en el incumplimiento reiterado a los requerimientos de los funcionarios actuantes, sólo en la medida en que los mismos no sean excesivos o desmesurados respecto de la información y la forma exigidas, y siempre que se haya otorgado al contribuyente el plazo previsto por la Ley de Procedimientos Administrativos para su contestación.

Este tipo administrativo sancionador, tiene varios conceptos jurídicos indeterminados: por un lado, "resistencia a la fiscalización" que, si bien intenta ser aclarado en la formulación normativa, lo que se agrega es otro concepto jurídico indeterminado: "incumplimiento reiterado a los requerimientos de los funcionarios actuantes". A ello, se suma la caracterización de los requerimientos como "excesivos" o "desmesurados" "respecto de la información y la forma exigidas". Si esto último opera, entonces no daría lugar a la sanción.

---

[895] Cfr. KLATT, Mathias, *Tomar los derechos no tan en serio. Un análisis estructural de la discrecionalidad judicial*, traducción de Leticia Luna y Liliana Ronconi, en obra colectiva: BEADE, Gustavo, A. – CLÉRICO, Laura (editores), *Desafíos a la ponderación,* Universidad Externado Colombia, serie "Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho", Bogotá, 2011, p. 493.

Frente a un supuesto de aplicación del artículo precitado, deberá seleccionarse qué acciones constituyen "requerimiento reiterado" y, en su caso, "requerimiento desmesurado de los funcionarios actuantes". Todo esto es parte de la aplicación de la norma, porque al igual que en el caso anterior, la estructura lógica – sintáctica no aporta nada para caracterizar qué acciones caerán dentro de los casos claros de esos conceptos.

En este sentido señala Carrió:

> *"Las palabras que aparecen en las normas jurídicas para aludir a hechos, sucesos o actividades humanas y proporcionar pautas o criterios para guiar o juzgar éstas últimas, tienen una zona de penumbra, es decir, son actual o potencialmente vagas. La vaguedad se pone de manifiesto frente al caso marginal o atípico. En su presencia, quien trata de orientar su conducta según la regla, o apreciar el comportamiento ajeno a la luz de ella, se siente desconcertado. El caso no está claramente incluido en el área de significado central donde se congregan los casos típicos o paradigmáticos, ni claramente excluido de ella"*[896].

Como evidencian los ejemplos, puede haber casos claros en lo que se podrá subsumir[897] rápidamente, y otros casos en lo que existirán dudas de si ese caso individual queda comprendido en el caso genérico, porque no sabemos si las propiedades presentes en el caso individual son las que describen el caso genérico (laguna de reconocimiento). Lo que haga el operador, en ambos supuestos, puede ser calificado de discrecional.

De este modo, cuando deben resolverse dudas, el operador tendrá que llevar a cabo un acto de "elección entre alternativas abiertas" [898]. En este sentido, dicha actividad configura un acto de adjudicación de significado, pues sólo así puede justificar una inclusión o exclusión de algo que no estaba comprendido *antes* de este acto.

---

[896]CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 5° Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 56.

[897] Es importante tener presente que el proceso de subsunción no puede ser totalmente objetivo. También hay subjetividad en la subsunción. Ver, BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Universidad Externado de Bogotá, Colombia, 2008, p. 56.

[898]HART, H.L.A., *El concepto de derecho,* 2° Ed. reimpresión, traducción de CARRIÓ, Genaro, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 158. En el mismo sentido página 164: *"… La autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional y no cabe la posibilidad de tratar al problema que crean los diversos casos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre mucho intereses en conflicto".*

De allí que lo que debe ofrecer el operador es una interpretación posible, razonable, *plausible* o bien, de la mayor racionalidad posible[899]. Pero cabe preguntarse, ¿podemos limitar o establecer ciertos límites a la interpretación que realice el operador?[900] A nuestro juicio ello no es posible. El operador tiene un margen para determinar la interpretación del concepto jurídico indeterminado. Pero debemos exigir y, a su vez, controlar que su decisión sea racional y no arbitraria.

§35. Una breve reconstrucción de los problemas que afectan a los conceptos jurídicos indeterminados

Con relación a los conceptos jurídicos indeterminados pueden plantearse tres situaciones: i) "x es P", enunciados claramente verdaderos; ii) "y es P" enunciados claramente falsos y iii) enunciados "z es P" cuyo valor de verdad permanece incierto. A partir de estas hipótesis, podemos escindir interpretaciones plausibles de otras que no lo son. Por ejemplo, "x no es P" es una interpretación irrazonable de P, al igual que lo es todo lo que se deduzca de ella. En cambio, "z es P" y "z no es P" son*potencialmente* razonables.

Para este problema la doctrina alemana ha desarrollado un modelo que parte de distinguir entre: a) candidatos positivos a los que el concepto se aplica; b) candidatos negativos a los que el concepto no se aplica y c) candidatos neutrales respecto de los cuales es debatible si el concepto se aplica o no[901]. Lo que muchas veces se conoce como el núcleo o zona certeza, la zona intermedia y el halo de incertidumbre del concepto.

ALEXY, señala que para demostrar o mostrar que una interpretación semántica es plausible, deben utilizarse a su vez tres tipos de argumentos: 1) R´ debe aceptarse como interpretación de R, sobre la base de W_i; 2) R´ no puede aceptarse como interpretación de R sobre la base de W_k; 3) Es posible aceptar R´ como interpretación de R y es posible no aceptar a R´ como interpretación de R, pues no rigen ni W_i ni W_k[902].

---

[899] Ver, BERNAL PULIDO, Carlos, *ob. Cit.*, p. 57.

[900] Establecer límites a la interpretación no debe ser confundido con el hecho de que se modifiquen las formulaciones normativas. Es decir, si el legislador quiere limitar las interpretaciones, debe incluir estándares o criterios en la formulación normativa. Estos criterios serán, sin dudas, un límite a la interpretación que realice el operador. De no existir estándares inmediatamente deducibles de las formulaciones normativas, entonces se debe exigir la mayor racionalidad posible en le elección de la decisión.

[901] Ver, KOCH, Hans Joachim – RÜSSMAN, Helmut, *Juristiche Begründenslehre*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1982.

[902] ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de ATIENZA, Manuel, ESPEJO, Isabel, Palestra, Lima, 2010, ps. 324-325.

Donde R´ es una interpretación de R y W debe entenderse como una especificación del lenguaje natural o de un lenguaje técnico, en particular el de la Jurisprudencia. El argumento semántico 1 y 2 es definitivo si, sobre la base de una regla semántica, se establece que cae bajo la norma R o bien este no es el caso. Ahora bien en 3) -candidato neutral- los argumentos semánticos no alcanzan para tomar una decisión, por lo que deben acudirse a otra tipo de argumentaciones (por ejemplo, a argumentos genéticos).

Esto es traducible a tres modalidades discursivas: lo discursivamente necesario, lo discursivamente posible y lo discursivamente imposible[903].

De este modo, lo que se le pide al operador es que haga explícitos los criterios por los cuales entiende que una palabra se subsume en aquella propiedad relevante seleccionada por el enunciado normativo y, para ello, debe brindar "buenas razones" o motivos, que son los que finalmente restringen o amplían la norma.

En resumen, para que este acto de adjudicación no sea arbitrario, debe estar guiado por ciertos estándares, políticos, económicos, sociales, étc., a la luz de los cuales se aprecian y sopesan las consecuencias de la inclusión o exclusión. Estos criterios son los que dan fundamentos a la decisión; no las reglas o regla del ordenamiento jurídico, que simplemente no se oponen a ellas[904].

§36. Crítica a los que niegan la "discrecionalidad" del operador con relación a la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados

Como hemos podido advertir, el problema de los conceptos jurídicos indeterminados se da con relación a las propiedades relevantes que elige el legislador al redactar los textos legales, lo que en general se identifica con el "antecedente" de la "habilitación normativa" (lo que hemos presentado como "lagunas de reconocimiento").

Es decir, el denominado problema de los "conceptos jurídicos indeterminados", no es más que un problema interpretativo más, que surge de la aplicación de normas, idéntico al que podría presentarse en cualquier otra rama del derecho.

---

[903] Cfr. KLATT, Mathias, *Tomar los derechos no tan en serio. Un análisis estructural de la discrecionalidad judicial,* p. 500.
[904] CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 57.

Recordemos que la doctrina se encuentra dividida entre quienes sostienen que los conceptos jurídicos indeterminados tienen o no que ver con los poderes discrecionales de la Administración (VER, capítulo IV). Para resumir está posición utilizaremos lo expresado por GARCÍA DE ENTRERRÍA – FERNÁNDEZ, en cuanto señalan que:

> *"Para determinar con precisión el ámbito de libertad estimativa que comporta la discrecionalidad resulta capital distinguir ésta del supuesto de aplicación de los llamados conceptos jurídicos indeterminados (…) Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados (…) Con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley se refiere a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en el enunciado, no obstante lo cual no es claro que intentan delimitar un supuesto concreto … que no obstante no ser determinado puede ser precisado en el momento de su aplicación. La Ley utiliza conceptos de la experiencia o de valor, porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa. Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradicciones, es claro que la aplicación de tales conceptos no admite más que una solución: o se da el concepto o no se da, o hay buena fe o no la hay… Tertium non datur. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición"*[905].

En nuestra opinión, aquí existe una confusión de dos categorías: "respuesta correcta" y "respuesta definitiva"[906]. Si bien cualquier caso y no sólo este supuesto, presenta una *única solución* (pues no se admiten *soluciones alternativas*), eso no quiere decir que la decisión que en definitiva se adopte, constituya lo que ellos denominan "unidad de solución justa" -y que a su vez a esto se arribe necesariamente a través de un proceso cognoscitivo-. Por el contrario, tal como se ha demostrado, la posibilidad de juicios contradictorios acerca de los mismos supuestos normativos (e incluso el mismo supuesto fáctico) es *perfectamente posible*.

---

[905] GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo-FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo,* T. 1, p. 482.

[906] Cfr. AARNIO, Aulis, *¿Una única respuesta correcta?*, p. 1, publicación disponible en: http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada27/1_AARNIO.pdf. AARNIO señala que la respuesta definitiva es condición necesaria de cualquier sistema jurídico que "funcione correctamente". El uso del poder legal presupone simplemente que, en un determinado estadio del procedimiento legal, el sistema produce una resolución con fuerza ejecutiva para cada caso. A este respecto, la solución definitiva constituye una parte esencial del principio del estado de derecho (*Rechtsstaat*).

Sirva de ejemplo, el concepto "juicio", en el marco de la muy discutida secuela de juicio del derecho penal. La CSJN dictó dos sentencias contradictorias, teniendo que aplicar el mismo concepto "juicio", con identidad de supuestos fácticos[907]. Esta norma, según el entendimiento administrativista dominante, es un caso de actividad reglada. Ahora bien, lo que no se comprueba en un caso como este, es la denominada "unidad de solución justa" y cómo ésta se deriva de un proceso *cognoscitivo*.

De allí que, además, no pueda confundirse los enunciados sintéticos y analíticos. Dicho en otros términos, resulta improcedente desde el plano dogmático, asimilar enunciados sobre palabras (analíticos) con enunciados sobre cosas (sintéticos)[908]. Es decir, bajo la creencia de estar discutiendo sobre hechos, se discute sobre significados de las palabras. Esto genera una confusión, en la medida en que se está discutiendo acerca de enunciados que ***no reflejan un hecho observable***.

Tal como afirma HART, el lenguaje general dotado de autoridad en la que se expresa una regla, sólo puede guiar de una manera incierta, como una "guía de ejemplo". En concreto, señala que: "hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles, el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no se caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta (…) El ámbito discrecional que se le deja al lenguaje puede ser muy amplio, de modo que si bien la conclusión no puede ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección"[909].

Es decir, en los casos donde la norma quedaría indeterminada[910], conforme a lo sostenido por HART, el ámbito discrecional que deja el lenguaje puede ser muy amplio, de

---

[907] Aunque existen otros ejemplos, v. gr.: la interpretación de un cuchillo en unas sentencias se entiende como uso de "arma" para la agravante del robo (arma impropia) y otras no, o si una bicicleta es o no vehículo a los efectos del robo de vehículos (que configura supuesto agravado de robo), entre muchos otros.

[908] Los enunciados de tipo sintético son aquellos cuyos valores de verdad dependen de consideraciones fácticas (empíricas). Esto es, del resultante de someter a contrastación lo que dichos enunciados afirman con lo que sucede en el mundo real. En cambio los valores de verdad de los enunciados analíticos dependen del significado de los términos empleados en ellos y de la estructura que estos tienen. El significado de un enunciado analítico no depende de ningún hecho que sucede en este mundo o en ningún otro mundo posible. Sólo depende del significado de las palabras (Ver, CALZETTA, Alejandro – COFFENE, Ignacio, *El problema de la redundancia en los elementos del acto administrativo* (en prensa), aceptado para su publicación en la Revista Pensar en Derecho de la Universidad de Buenos Aires).

[909] HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, p. 159.

[910] Con esto pretendemos poner de resalto que aun en supuestos que por antonomasia se incluyen dentro de facultades regladas, en algunos casos "de penumbra" las facultades de quien deba aplicar la norma serán

modo que si bien la conclusión del intérprete u operador no debe ser arbitraria o irracional, ***es una elección***[911]. Por tanto, la solución será argumentativa.

Ahora bien, que la decisión sea una elección, no exime al operador de argumentar y brindar "buenas razones" para que la decisión adoptada sea la *"mejor decisión posible"*. Como bien señala ALEXY, las cuestiones valorativas son objeto de argumentación y de decisión, ambas deben ser razonadas. En suma, por un parte, esas cuestiones valorativas son decididas en el marco de sujeciones que son racionales. Por otra parte, estas cuestiones valorativas deben ser decididas sobre la base de la argumentación práctica racional, lo que confiere un carácter racional a la decisión también cuando -de acuerdo a las reglas de la argumentación práctica racional- es posible más de una decisión[912].

§37. Conclusiones preliminares

Para resolver los problemas referidos a la indeterminación del lenguaje, que determinan lo que llamamos "discrecionalidad en sentido débil", se puede recurrir a los métodos de interpretación. Es decir, la discrecionalidad débil en el derecho administrativo, es sólo uno de los tantos problemas que operan en la interpretación de todo el derecho.

Pero avancemos un poco más a los fines de presentar nuestras conclusiones.

Como ya fue demostrado, el uso correcto de la lógica en el campo del derecho, implica reconocer la diferencia entre norma -*formulación normativa* + *significado*-, formulación normativa -*enunciado creado por la autoridad normativa*- y proposición normativa -*enunciado que da cuenta de la existencia de una norma en un sistema normativo determinado*-. Una vez que esto es asimilado, se logra comprender que los problemas normativos no pueden ser resueltos por la estructura lógica de las normas.

Es decir, los problemas de indeterminación de las propiedades determinadas por el legislador relativos al uso del lenguaje natural ("teoría de los conceptos indeterminados"), constituye un problema normativo del que la estructura lógica de la norma no puede dar

---

discrecionales debido a la textura abierta del lenguaje. Esto, distorsiona la idea bastante extendida de poder fundar un criterio diferenciador sobre esa base, al mismo tiempo que no permite sostener la existencia de una única respuesta correcta. (Cfr. Hart. Ver, ibídem, p. 159 y ss.).

911 Ibídem, p. 159.

912ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2° Ed., traducción de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 532.

cuenta: la estructura puede ser perfecta -todos los casos genéricos están correlacionados con soluciones genéricas- y, sin embargo, no se sabe a ciencia cierta a qué casos individuales se va aplicar. Por ello el operador debe integrar la norma.

En cambio, son dos los problemas derivados de la estructura lógica de la norma respecto de la discrecionalidad débil:

a) las lagunas normativas. Es decir, hay casos genéricos que no están correlacionados con soluciones genéricas. Aquí necesariamente el operador debe integrar la norma a través de un acto de creación;

b) las lagunas axiológicas que no afectan al obrar de la Administración. Dicho de otro modo, la dogmática tradicional del derecho administrativo utiliza una noción de norma jurídica a partir de:

i) una visión formalista del derecho que por regla se considera obsoleta. La visión formalista del derecho no da cuenta de la distinción de la lógica de normas. Esto es, no distingue entre norma, proposición y formulación normativa;

ii) no reconocer que el significado integra la norma; a raíz de esa omisión, no puede distinguir entre lo sintáctico y lo semántico. De allí que entiende a la vaguedad como defecto y se detecten lagunas normativas, cuando en realidad no las hay.

iii) no separar la noción de deber (obligaciones a cargo de la Administración) con la de norma regulativa.

Por último, es importante aclarar que resulta un desacierto fusionar los conceptos de "respuesta correcta" y "respuesta definitiva". Los conceptos jurídicos indeterminados, tendrán una respuesta definitiva por parte de la Administración, pero esto no implica que sea correcta. Será, eventualmente, la mejor respuesta posible en un contexto determinado. En concurrencia de interpretaciones posibles, la elección de preferencia sobre una opción es un acto de volición. Revisable judicialmente, sólo en la medida que sea irrazonable o arbitraria.

En definitiva, hasta aquí hemos demostrado que los problemas de la discrecionalidad en sentido débil, en el derecho administrativo, resultan análogos a los que presenta la teoría del derecho con relación a la actividad judicial. En efecto, la discrecionalidad en sentido débil en la Administración Pública, puede darse cuando tenga que resolver una situación jurídica con relación a los administrados, al igual que lo hace el Poder Judicial cuando debe resolver un caso.

B) DISCRECIONALIAD FUERTE

§38. Introducción

A nuestro juicio, es necesario dar cuenta de la existencia de la variedad tipológica de normas de los sistemas normativos. Es decir, hay que distinguir entre normas permisivas y normas que confieren poderes. En estas últimas, la Administración Pública debe cumplir con funciones institucionales, a los que llamamos "deberes que se le imponen desde el sistema normativo a la Administración". Este es un segundo sentido del concepto discrecionalidad, que denominamos "discrecionalidad en sentido fuerte".

En un ejemplo: "La administración debe mantener adecuadamente el espacio público". No obstante utilizar un operador deóntico para referirse a estados a alcanzar*, no pretenden ser guía de conductas de la administración,* sino, por el contrario *ponen a su cargo deberes relacionados con normas constitutivas*. Es decir, regulan conductas pero lo hacen indirectamente. Por tanto, para cumplir con esos deberes, la Administración por lo general debe emitir nuevas normas.

Luego, veremos que la competencia reducida a normas permisivas no permite explicar, ni el actuar de la Administración, ni los distintos deberes que surgen para ella, a la vez que exceden el concepto de permiso.

No obstante, adelantamos que no es posible adoptar una visión reduccionista sobre el fenómeno de la competencia; es decir, explicar la competencia sólo con relación a normas constitutivas o, como lo hace la visión tradicional, que reduce las competencias a normas regulativas "permisivas". Por el contrario, pueden coexistir normas regulativas, constitutivas y de obligación, que inciden sobre la autoridad que la ostenta. De allí que sea más correcto referirse al instituto, fenómeno, noción de la competencia[913], y no a normas de competencia.

Ahora bien, creemos importante destacar que asumir a la competencia como permiso, encuentra sustento en términos históricos, en la medida en que usualmente se asimila la idea de permiso a la de autorización. Esto se halla vinculado a las teorías de la

[913] Es decir, es un fenómeno propio de lo que se denomina "dinámica jurídica", relacionada, obviamente, con el uso/ejercicio de los poderes normativos.

representación política: donde el representante es alguien autorizado a actuar en nombre del representado [914] . Como vimos, está reconstrucción es propia del período posrevolucionario Francés, donde el poder del monarca es producto de la autorización del pueblo soberano. Pero avancemos en la reconstrucción de la discrecionalidad fuerte

§39. Aclaraciones previas

La discrecionalidad fuerte, presupone enfocar la cuestión a partir de reconocer dos grandes postulados:

Primero: que los tres grandes órganos (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) conservan cada en su ámbito, un núcleo esencial –cuya extensión en ciertos casos puede ser discutible y difusa- no reductible de facultades propias exclusivas y excluyentes dentro de la llamada separación de poderes[915].

Segundo: que un "poder" no puede sustituir a otro. Como afirma expresamente la CSJN: los jueces no pueden pretender "…sustituir a la Administración en sus atribuciones para decidir el modo más oportuno o conveniente de cumplir sus obligaciones constitucionales…"[916].

Sobre esta base, intentaremos reconstruir si existe o no el concepto de discrecionalidad fuerte que delineara DWORKIN[917]: es decir, casos en los que el operador puede decidir y su decisión no está determinada por normas jurídicas. Es decir, las normas no determinan –al menos de modo inmediato- ninguna decisión como la correcta.

---

[914] Según la reconstrucción que efectúa LIFANTE VIDAL, Isabel, "*Sobre el concepto de representación"* (publicado en Doxa, N° 32, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante, 2009) del análisis de H. PITKIN efectuado en su libro "*El concepto de representación"*. Los trabajos de PITKIN se consideran los más exhaustivos sobre la temática.

[915] Este es el postulado del que parte BALBÍN. Ver, BALBÍN, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. 1, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 27. Luego el autor se ocupa de aclarar aún más esta concepción y afirma que: "El núcleo esencial de cada poder está integrado mayoritariamente por el contenido material originario. Ese núcleo de competencias es propio y exclusivo, y ningún otro poder puede inmiscuirse en él, no obstante destaca que el campo de sus competencias está compuesto básicamente por las "…materias históricamente propias de ese poder, pero debe también integrarse con otras materias complementarias o extraordinarias en principio ajenas a él". Ver, ibídem, p. 28.

[916] Ver, "Unión de Consumidores y Usuarios c/EN", sentencia del 24/06/14, considerando 6°, segundo párrafo.

[917] Si bien DWORKIN niega la existencia de este tipo de discrecionalidad. Ver, DWORKIN, Ronald M., *The model of Rules,* University of Chicago Law Review, 14, 45, 1967, ps. 32-33,reimpreso bajo el título *Is lay a system of rules?,* en SUMMERS, Robert S. (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, University of California, 1968.

En primer lugar, corresponde aclarar que toda actividad puede considerarse reglada, si por reglada se entiende regulada por el Derecho en sentido amplio. El problema es que la locución "reglada" no dice mucho acerca de la variedad tipológicas de las normas que integran los sistemas normativos.

En este contexto, el enfoque tradicional consiste en ver a estas normas que confieren poderes a la Administración como normas que "confieren permisos". Pero la noción "de normas que confieren permisos" puede introducir confusión a la hora de realizar un análisis de la discrecionalidad.

Aquí partiremos de la idea de que esos tipos de normas:

i) no son normas regulativas, con lo que el análisis bajo esa estructura carece de sentido[918];

ii) son necesarias, es decir, no pueden no existir en los sistemas jurídicos dado su carácter de "reglas funcionales" y;

iii) por i) y ii): los límites de control que de ellas se realicen, deben ser extremadamente restrictivos y, en última instancia, el control sólo puede efectuarse por principios y reglas que establece el sistema jurídico, en particular, por los principios de legalidad, razonabilidad y prohibición de la arbitrariedad.

¿Cómo se define el núcleo esencial? Normativamente y bajo la noción rectora de competencia. En este contexto, intentaremos reconstruir la "noción de competencia" nuevamente utilizando las herramientas provenientes de la teoría general del derecho en la visión de la filosofía analítica.

§40. Los poderes discrecionales no pueden explicarse bajo la noción de "permisos"

Como hemos visto en el Capítulo III, la doctrina mayoritaria sostiene que los conceptos jurídicos indeterminados forman parte del supuesto de hecho normativo, y en este ámbito no se configura la discrecionalidad que sólo se configura en el ámbito de las

[918] Esto es lo que hace la teoría tradicional, usa el esquema de la norma regulativa y de allí que les falte la "consecuencia jurídica".

consecuencias jurídicas. Por tanto, desde esta interpretación tales conceptos no pueden ser sujetos de apreciación discrecional[919].

Como se ha expresado en el Capítulo IV, en Argentina mayoritariamente se diferencia cualitativamente[920] los conceptos jurídicos indeterminados de la discrecionalidad. Pero la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entienden que la integración del concepto indeterminado sólo admite una solución válida[921]. Mientras que la discrecionalidad, en la tesis doctrinaria mayoritaria, admite diferentes soluciones todas igualmente válidas para el derecho[922].

A nuestro juicio, las posturas mayoritarias, omiten ponderar los diferentes tipos de normas existentes que permiten realizar una adecuada sistematización dogmática. Así, cuando la doctrina alemana parece sostener que la discrecionalidad se refiere a una ausencia de solución, ve en esa norma una "norma regulativa". Por ello, sostiene que como no hay solución, puede elegir la que considere más oportuna. Es decir, entiende como consecuencia de ello que la norma establece un permiso (libertad negativa).

Esta posición pierde de vista algo fundamental. Y es que cuando el derecho otorga un permiso es porque lleva a cabo un *juicio valorativo positivo* sobre la posibilidad de elección que tiene el sujeto destinatario de la norma; en este caso, el órgano jurídico encargado de aplicar el Derecho. Sin embargo, en estos casos, no hay *a priori* ninguna valoración positiva

---

[919]BACIGALUPO, Mariano, *La Discrecionalidad administrativa,* Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 117.

[920] En Argentina, una muestra sintética de esta postura puede verse en SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2° Ed. (actualizada y ampliada), Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2004, ps. 182 - 183 (cabe aclarar que el autor no suscribe a esta tesis) y en TAWIL, Guido Santiago, *Administración y justicia*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 413 - 415.

[921] Ver, TAWIL, Guido Santiago, *ob. Cit.*, T. I, p. 415. El precitado autor manifiesta que el "interés público" resulta siempre fiscalizable judicialmente en tanto solo una es la solución admisible como justa. Ídem. Según CASSAGNE, aún cuando los conceptos jurídicos indeterminados presente una estructura compleja, como regla general, "…no admiten más que una solución justa (aunque en su halo conceptual pueda darse la posibilidad de elegir entre varias soluciones justas)". Ver, CASSAGNE, Juan Carlos,*El principio de legalidad y el control judicial de la actividad administrativa*, 1° Ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 185.

[922] GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 686 - 687. Para este autor la discrecionalidad atribuye al intérprete o aplicador la facultad de elegir, esto es, de realizar una actividad valorativa entre soluciones igualmente legítimas. En cambio, la determinación concreta del significado de un concepto jurídico indeterminado, requiere una interpretación jurídica que no permite elecciones más allá de los límites que el concepto trae consigo.

por parte del Derecho de esa "posibilidad de elección" con la que se encuentra el órgano jurídico[923].

La única manera de entender que eso es una permisión, lo es en el sentido de que el ordenamiento no contiene expresamente una regla que permita adoptar una u otra solución, pero ni siquiera una reconstrucción interpretativa del Derecho podría llevar a la formulación de dicha regla permisiva[924].

Para poner las cosas en claro recurriremos a un ejemplo del derecho penal: Matar a otro está prohibido. Pero excepcionalmente, está permitido en el caso de legítima defensa. La norma que regula esto es una norma permisiva (de tipo regulativa). La acción defensiva se valora positivamente por el Derecho porque se entiende que quien se defiende, reafirma la vigencia de la norma que reza "Prohibido matar"[925].

Ahora bien, si el que mata es un verdugo, ningún observador racional, entendería que éste mata *justificadamente* (aquí no hay valoración *positiva* del Derecho acerca del trabajo del verdugo). El verdugo[926] se limita a cumplir una *función*, es decir, es valorativamente "neutro". Esto es de fácil prueba, dado que la prohibición de matar al condenado a muerte sigue incólume para quienes no son el verdugo. Así, lo único que se le garantiza al reo que es que va a ser ejecutado por persona competente[927].

---

923 En todo caso, estos supuestos podrían describirse haciendo referencia a la noción de "permisos débiles" con lo que se quiere indicar simplemente que una conducta no está prohibida en un sistema normativo Ver, ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Sistemas Normativos: Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, p. 176.

924 LIFANTE VIDAL, Isabel, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, en Doxa, N° 25, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante, 2002, p. 60.

925 ROXIN, sostiene que el derecho a la legítima defensa se basa en dos principios: la protección individual y el prevalecimiento del Derecho. Y sostiene que el legislador al permitir la defensa persigue un fin de prevención general pues considera deseable que el orden lega se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales aunque no estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa (…). A esa intervención preventivo general es a la que se alude cuando se habla del prevalecimiento del derecho o de la afirmación del derecho como idea rectora de la legítima defensa (Ver, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T.I, traducción de la 2° Ed. Alemana de LUZON PEÑA, Diego – DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel – DE VICENTE REMESAL, Javier, Reimpresión, Thomson – Civitas, Madrid, 2007, ps. 608-609). En definitiva, la acción del que se defiende sirve para reafirmar que el derecho rige (prevención general positiva).

926 Si bien el ejemplo es de Derecho Penal la actividad del verdugo es administrativa, al igual que lo son las de las fuerzas de seguridad.

927 Este el famosísimo ejemplo de ENGISCH del padre que acciona la guillotina – desplazando al verdugo – y termina con la muerte del homicida de su hijo que sirve para demostrar la irrelevancia de los cursos causales hipotéticos para la imputación objetiva. Ver, ENGISCH, Karl, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, traducción de SANCINETTI, Marcelo, A., Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

§41. Un intento de reconstrucción positivo y normativo de la discrecionalidad fuerte

Si uno parte de la estructura de que este tipo de normas son permisiones, debe ver a esa norma como una "norma regulativa", es decir, como una norma que concede un permiso para realizar determinada acción o curso de acción.

Se ha pensado a la competencia en sí misma como una norma permisiva. Esta incluso es una cuestión muy debatida en la filosofía del derecho. En general, se parte de la idea de que las normas de competencia son normas que confieren permisos. Pero esta idea, según ALCHOURRÓN Y BULYGIN, es difícilmente conciliable con la práctica jurídica.

En concreto, si las normas de competencia son permisiones, entonces la prohibición de hacer uso de la competencia otorgada por esas normas generaría una contradicción normativa (incoherencia). Sin embargo, los juristas no dirían que aquí hay una contradicción entre normas[928], es decir, pueden existir situaciones en el que exista una competencia jurídica sin la permisión para ejercerla.

En un ejemplo de BULYGIN: De acuerdo con la ley, sólo los abogados son competentes para ejercer el patrocinio letrado, pero si un abogado es nombrado juez, entonces le está prohibido ejercer la profesión de abogado. Supongamos que un juez firma una demanda como letrado patrocinante y su firma produce todos los efectos legales pero, como es juez, le está prohibido ejercer la profesión de abogado y por tanto viola sus deberes con lo que es pasible de una sanción. Aquí habría un conflicto entre la norma de competencia que permite al juez firmar y la norma que le prohíbe hacerlo: el mismo acto estaría prohibido y permitido a la vez[929]. Pero nadie describiría esa situación como una incoherencia.

En general, las normas permisivas derrotan o prevalecen sobre las prohibiciones. Esto es claro en las normas penales. Volviendo al ejemplo señalado con anterioridad: matar está prohibido pero excepcionalmente está permitido, v.gr., en legítima defensa. Y retomando también, el ejemplo del verdugo, nadie diría que matar para él está permitido. Si al verdugo le estaría permitido matar, por ejemplo, podría hacerlo más allá de su horario y

[928] BULYGIN, Eugenio, *Sobre las normas de competencia*, publicado en ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p.489.
[929] Ídem.

lugar de trabajo.

La noción de permisión no puede dar cuenta por ejemplo de la actividad del verdugo de Engisch. Debemos buscar otras normas que sí lo hagan.

Dentro de la tesis de la variedad tipológica de las normas, nos encontramos que algunas sirven para dar cuenta del fenómeno de la competencia, es decir, de una *capacidad* de acción y presuponen que una autoridad normativa (el constituyente, por ejemplo) utilizó reglas jurídicas *constitutivas*[930] que *no pueden ser concebidas como normas de acción* (es decir, como normas regulativas[931]).

A esto debe agregarse que las normas de acción describen estados y, en particular, las normas regulativas permisivas, autorizan la realización de ciertos estados de cosas, esto equivale a decir lo siguiente: son enunciados *sintéticos*, de otro modo no podrían cumplir su papel de guía de conductas sociales.

En cambio, las normas constitutivas *no prescriben ninguna conducta* como obligatoria, prohibida o permitida[932]. Son constitutivas, porque definen modelos de conductas que no *existen fueran del derecho*: constituyen una actividad, cuya existencia es *lógicamente dependiente* de reglas[933]. El ejemplo clásico de Ross de normas constitutivas son las reglas del ajedrez, *sin* esas reglas sólo podría hablarse del movimiento de piezas sobre un tablero pero no de "movidas" o de "jaque mate"[934].

Lo mismo sucede con la actividad legislativa: legislar no es una actividad natural, independiente de reglas preexistentes, sino un tipo de conducta que sólo es posible porque existen reglas que establecen qué tipos de conductas son considerados actos de legislar y quién puede realizar tales actos.

En un ejemplo más conocido, tampoco el concepto de "administración pública"

---

[930] ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2° Ed., traducción y estudio de BERNAL PULIDO, Carlos, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007, p. 205.

[931] Recordemos que la noción débil de la discrecionalidad, en nuestra posición, se refiere a "normas regulativas" que deben ser aplicadas para resolver situaciones de los administrados.

[932] Cfr. BULYGIN, Eugenio, *ob. Cit.,* p. 488. La competencia fue concebida tradicionalmente como normas de conducta permisivas, así las encontramos en v. Wright, Kanger y Lindahl.

[933] Ibídem, ps. 493 - 494.

[934] ALEXY, Robert, *ob. Cit.*, p. 205.

existe como algo dado (estado de cosas) en la naturaleza. Este existe *en la medida* del conjunto de normas que lo regula (es un concepto analítico) y en ese sentido, *ese* conjunto de normas tienen carácter *constitutivo*, porque constituyen un *poder - hacer - jurídico*.

De allí que las "normas habilitantes" del accionar de la Administración, a veces pueden funcionar como una *norma regulativa permisiva* (lo que además implica que la norma sea sintética), otras veces como una *norma constitutiva, reglas técnicas y directrices*.

Las normas constitutivas, adoptan la forma de definiciones o reglas conceptuales y por ello dan cuenta de un concepto analítico o bien una proposición normativa que dé cuenta de enunciados de tipo analítico[935].

Aunque no es fácil definir si estamos ante una norma de regulativa o ante una norma constitutiva. Para notar la diferencia debe razonarse de este modo: no todo lo que hace un funcionario es definitorio de su *función*, desde que no todas las normas que se refieren a su conducta son constitutivas (definitorias) de su *rol* institucional. Para aclarar la cuestión serán útiles los siguientes ejemplos: la norma que establece que el Poder Ejecutivo es un organismo unipersonal (art. 94 CN), es claramente, un ejemplo de norma constitutiva: el poder ejecutivo *sólo* existe *en la medida* que un conjunto de normas así lo determina. A su turno, la norma que establece la facultad para "declarar la guerra" tiene la estructura de una norma regulativa: "el PEN puede declarar la guerra con autorización del Congreso" (art. 99 inc. 15 CN).

Al lado de estas - y para hacerlas operativas - se encuentran las normas que confieren poderes. Estas normas, tampoco son normas deónticas o regulativas, pero tampoco son definiciones o reglas conceptuales (aunque las presuponen, en más de una ocasión). Las normas que confieren poderes son, en cambio, *razones para la acción*.

Todas esas reglas, *en conjunto*, dan cuenta de tener una *facultad jurídica propia*.

Ahora bien, las normas que confieren poderes no pretenden guiar conductas

[935]Además, hay según BULYGIN una tercera categoría de normas que no son ni constitutivas ni de acción (regulativas), las que en terminología de v. WRIGHT, son denominadas "normas técnicas" o "directivas". Estás normas técnicas se refieren a los medios que han de ser usados para llegar a cierto fin. Su forma general se: "Si deseas lograr X, debes hacer p". Pero no son prescripciones condicionales (imperativos).

concretas, por ello se dice que en ellas la "motivación" tiene lugar de manera indirecta[936] o en el decir de Raz, son una guía "indeterminada"[937]. En otros términos, estas normas no dicen directamente qué debemos hacer en determinadas circunstancias, sino cómo podemos, o bien, que debemos obtener el resultado X[938]. Aquí resultan claras, las diferencias con las normas regulativas que dicen qué hacer en el caso concreto, más allá de que puedan presentar los problemas que tuvimos ocasión de analizar cuando nos referimos a la discrecionalidad débil.

En otros términos, estás normas no determinan una consecuencia jurídica determinada, de allí que el operador deba elegir el curso de acción a emprender. Por eso que este tipo de disposiciones jurídicas, no sean normas en el sentido de prescribir conductas. En este sentido resultan muy ilustrativas las palabras de RAZ en su *Postcript*:

> *"El derecho guía la acción del titular del poder, guía su decisión de ejercer o no ejercer el poder (…). Es por esto que las reglas que confieren poderes son normas. Guían la conducta. Pero a diferencia de las reglas que imponen deberes, ellas proporcionan una guía indeterminada. Los deberes son exigencias que derrotan a las otras razones para la acción que el agente tenga. La guía proporcionada por los poderes depende de las otras razones del agente. Si tiene razones para obtener el resultado que el poder le posibilita lograr entonces tiene razones para ejercerlo. Si tiene razones para evitar el resultado, entonces tiene razones para no ejercer el poder (…). Tanto los deberes como los poderes se dirigen a determinar (de diferentes maneras) las razones en pro o en contra de las acciones a las que afectan"*[939]

Si lo que analizamos es el poder conferido a la Administración, es claro que es ella la que tiene la facultad de *decisión*. Y esta facultad se explica, creemos, en base a las reflexiones que presentamos sobre la teoría de las normas[940].

Pero a la vez, también queda claro que todo poder en manos de la Administración

---

[936] ATIENZA, Manuel – RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 67.

[937] Las normas regulativas en cambio son una motivación directa, es decir, una razón excluyente para la acción. Es decir, las normas de mandato, establecen deberes o prohibiciones e imponen a sus destinatarios la persecución de intereses, las permisiones imponen prohibiciones de interferencia a los demás, garantizan así que cada agente pueda perseguir sus intereses. Ver, ibídem, p. 75.

[938] Ibídem, p. 67.

[939] RAZ, Joseph, *Postcript,* Oxford University Press, 1999,ps. 228 - 229.

[940] Esto no implica desde luego que, la regulación pueda resultar cuestionable, por ejemplo, desde un punto de vista axiológico, tal sería el caso de si la CN previera que el PEN ejerce sus funciones "eternamente" lo que contraría ya el principio democrático de la propia CN.

tiene fundamento y existe sólo en el derecho[941]. Esto implica, por definición, que debe estar sometido a estándares jurídicos.

RAZ explica -en relación a la autoridad administrativa- que muchas veces se admiten "normas de discreción"[942]. De allí que sostiene que la mayoría de los sistemas jurídicos contienen normas que otorgan a los jueces y a los funcionarios discreción, no sólo con relación con el peso de consideraciones jurídicas, sino también en relación a consideraciones no jurídicas.

No obstante, tal discreción suele estar guiada por principios. Estos principios, sin embargo, no establecen qué consideraciones deben ser tenidas en cuenta, sino que sólo limitan el alcance de la discreción. En concreto, esto es lo que en nuestra práctica jurídica sucede con los principios constitucionales.

Así, podemos distinguir entre: i) principios sustantivos, los que determinan un objetivo a perseguir o un valor a proteger y ii) principios de discreción que guían la discreción que ejerce el operador estipulando qué tipo de objetivos y valores debe tener en cuenta al ejercer sus competencias[943]. El segundo tipo de principios, en la visión de RAZ, presupone la existencia de discrecionalidad pues especifican las consideraciones que pueden ser tenidas en cuenta pero no establecen sobre qué consideraciones se debe actuar.

De allí que se pueda elegir, siempre dentro de los límites del derecho. Y el derecho le exige a la Administración o al juez que resuelvan sobre la base de razones que no pueden ser: ni arbitrarias ni irrazonables. De allí que los principios jurídicos presuponen la existencia de la discrecionalidad y la dirigen y guían[944].

La existencia de ésta área en poder de la Administración pero sin tener en consideración las distinciones aquí planteadas, han determinado ciertas confusiones sobre

---

[941] La CSJN expresamente establece: "La actuación de los tres poderes el Estado Nacional encuentra como límite el respeto al proyecto de república democrática que establece la Constitución Federal (…) El obrar del Estado debe entonces estar dirigido al más amplio acatamiento de los principios, declaraciones, derechos y garantías reconocidos en el pacto fundacional de los argentinos". "Rizzo, Jorge Gabriel c/PEN", sentencia del 18/06/13, considerando, 6°, segundo párrafo.

[942] Cfr. RAZ, Joseph, *Principios jurídicos y los límites del derecho,* traducción de ALONSO, Juan Pablo – CALZETTA, Alejandro, (en prensa) a publicarse en la Revista Pensar en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, p. 20.

[943] Cfr.Ídem.

[944] Cfr.Ibídem,p. 21.

todo vinculadas al desarrollo histórico del concepto. Recuérdese, en este sentido, que el desarrollo del concepto de Estado de Derecho aparece como fruto de la necesidad de acotamiento del poder soberano del Estado monárquico absoluto y con su aparición se cristaliza la *diferenciación* entre el campo de lo político y lo jurídico (Ver anexo I)

Esto implica pensar la relación de representante, de una manera distinta a la más arriba mencionada. En nuestra visión, quienes ejercen el Poder del Estado se hallan investidos de una situación de poder – deber, es decir, de funciones; esencialmente se da cuenta de una relación jurídica. De allí que sostengamos que la representación política, en el Estado de desarrollo del Estado constitucional, debe ser siempre entendida y limitada normativamente.

Sin embargo, que se entienda a la discrecionalidad normativamente, no niega su existencia, pues como bien señala RAZ:

> *"[…] El derecho no impone su propia visión de la justicia o el bien común. Más bien, deja la cuestión a la discreción de los funcionarios. Muchos de los principios que rigen de la acción de los jueces y de los funcionarios del poder ejecutivo son principios de discreción. Dichos principios lejos de probar la ausencia de discreción son una manifestación de la política jurídica que confía en la discreción judicial y administrativa, con el fin de aumentar la flexibilidad del derecho y mejor los mecanismos de revisión ante circunstancias cambiantes"*[945].

En conclusión, la noción de competencia se encuentra claramente emparentada con el fenómeno de la discrecionalidad. O dicho de otro modo, la discrecionalidad constituye el modo en que se ejerce la competencia[946].

§42. Los límites de la discrecionalidad fuerte

Reconociendo que la administración debe argumentar, dando razones que descarten la arbitrariedad o la irrazonabilidad de la decisión, dichas decisiones también son parte del derecho.

[945] Ídem.

[946] Con esto no queremos decir todo el modo se reduzca a la discrecionalidad.

De allí que el control de la motivación del acto administrativo es fundamental, puesto que el control se podrá concretar sólo a través de ésta: en ella se deberá dar cuenta del patrón de argumentación utilizado. Retomemos la idea de control por principios.

Según ALEXY, los principios son mandatos de optimización. Es decir, normas que "ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidad jurídicas y reales (fácticas) existentes"[947]. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante el uso de reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario[948]. En resumidas cuentas, los principios exigen la máxima realización posible.

Ahora bien ¿cómo se concilia la discreción con los principios?

Tomemos un caso del derecho administrativo para ilustrar la situación: Cuando en el marco de una licitación debe contratarse a la empresa que haya realizado la "oferta más conveniente". La determinación de la misma sólo puede realizarse sobre la base de una estimación que debe realizar la Administración la que abarca la totalidad de las circunstancias fácticas que deben ser tenidas en cuenta para arribar a esa conclusión (por ejemplo, menor precio, mayor capacidad tecnológica, etc). Para determinar qué implica una oferta más conveniente y decidir con qué empresa contratará, deberá realizar los siguientes razonamientos: 1) la oferta A es mejor que la oferta B; 2) la oferta A es peor que la oferta B o 3) La oferta A y la oferta B, son iguales.

En los casos 1) y 2) pueden establecer reglas de inferencia lógicas que determinan cual es la opción más conveniente. Por el contrario, eso no ocurre en 3) una vez establecida la relación de paridad. Lo que queda es la elección entre dos alternativas (objetivamente) válidas, con lo cual despeja la sospecha de arbitrariedad.

Ahora bien, en dicho proceso -sobre todo en los actos anteriores a la contratación-, debió tener en cuenta ciertos principios de discreción que vienen impuestos por el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de ello es lo dispuesto por la Ley Nº 2.095 CABA[949]. En palabras de RAZ, este es un punto en que:

---

[947] ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, p. 548.

[948] Ibídem, p. 549.

[949] Artículo 7 de la Ley Nº 2.095 CABA: Los principios generales a los que debe ajustarse la gestión de las CONTRATACIONES, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas son: Principio de Libre Competencia: En los procedimientos de compras y contrataciones se incluirán regulaciones o

"(…) el derecho instruye a los tribunales o funcionarios correspondientes a que actúen según sus propios puntos de vista"[950].

Lo anterior, es aplicable a cualquier procedimiento que implique la elección entre alternativas: siempre deben expresarse los criterios por los cuales se prefiere una opción a otra, pues esto viene impuesto por la exigencia de la motivación de los actos administrativos, esto a la vez, enmarca el control judicial posterior -legalidad, arbitrariedad o irrazonabilidad-.

Ahora bien, cuando está en juego cómo hacer operativos derechos fundamentales[951], tales como el derecho a la vivienda, los jueces se encuentran excluidos, por regla, de la sustitución del criterio del poder ejecutivo[952]. Por ejemplo, no podrían decidir qué subsidios deben implementarse o bien en qué dirección[953]. Eso por una razón simple: la determinación del presupuesto, y la ponderación de escasez de recursos públicos,

---

tratamientos que fomenten la más amplia y objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de oferentes potenciales. Principio de Concurrencia e Igualdad: Todo oferente de bienes y/o servicios debe tener participación y acceso para contratar con las entidades y jurisdicciones en condiciones semejantes a las de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley. Principio de Legalidad: Todo el proceso de contratación y posterior ejecución de los contratos que el sector público celebre con terceros debe estar positivamente sometido al ordenamiento jurídico en su totalidad. Principio de Publicidad y Difusión: La publicidad de los llamados es el presupuesto necesario para asegurar la libertad de concurrencia suscitando en cada caso la máxima competencia posible, garantizando la igualdad de acceso a la contratación y la protección de los intereses económicos de la Ciudad. Principio de Eficiencia y Eficacia: Los bienes y servicios que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones en su uso final. Principio de Economía: En toda compra o contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar en las bases y en los contratos exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Principio de Razonabilidad: En toda contratación debe existir una estrecha vinculación entre el objeto de la contratación con el interés público comprometido. Principio de Transparencia: La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad. Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden.

[950] RAZ, Joseph, *Principios jurídicos y los límites del derecho,* p. 20.

[951] O, en términos de la CSJN, "derechos humanos que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado y, por eso, se reconoce su condición de "operatividad derivada" (considerando 11°)

[952] Este límite surge expresamente de la CSJN que, en un fallo reciente, estableció que los jueces no pueden pretender "…sustituir a la Administración en sus atribuciones para decidir el modo más oportuno o conveniente de cumplir sus obligaciones constitucionales…". Ver, "Unión de Consumidores y Usuarios c/EN", sentencia del 24/06/14, considerando 6°, segundo párrafo.

[953] En el caso "Unión de Consumidores y Usuarios c/EN", la CSJN expresamente entendió que los jueces no podrían sustituir el criterio de la Administración para "modificar el contenido de las cláusulas del contrato de concesión que liga a las partes". Ver, "Unión de Consumidores y Usuarios c/EN", sentencia del 24/06/14, considerando 6°, segundo párrafo.

está en manos de los poderes legislativo y ejecutivo. Es en dicho ámbito en donde se deben definir las prioridades, y la elección de medios para la realización de éstas[954].

De lo contrario, se barrería con la discrecionalidad en cabeza de los otros poderes. Es decir, las decisiones del poder judicial no pueden eliminar la decisión normativamente en cabeza del ejecutivo y, con ello, eliminar discrecionalidad de dicho poder.

§43. Conclusiones

Tanto en la discrecionalidad débil como en la fuerte, hay discrecionalidad de la Administración pero de distinto tipo.

La discrecionalidad débil es un supraconcepto común a la actividad de aplicación de normas sea esta realizada por la Administración o por el Poder Judicial. En este sentido, acierta CASSAGNE cuando sostiene que se está frente a un supra concepto común que pertenece a la teoría general del derecho.

En efecto, la discusión sobre la existencia de la discrecionalidad judicial se reproduce en el ámbito administrativo, pues aquí también el operador aplica normas a los casos individuales que se le presentan. En este sentido, no se diferencia de la discrecionalidad judicial. También Administración Pública –y sobre todo- aplica el derecho a casos individuales[955].

Cuando hay discrecionalidad fuerte, la Administración está facultada para decidir acciones o cursos de acción en los que ninguna decisión correcta está determinada por normas jurídicas. Es decir, las normas no determinan ninguna decisión como la "correcta".

Pero cuando se dice "permiso" no se usa en el sentido equivalente a normas regulativas que permiten una determinada acción o acciones (entre las que se puede elegir), sino más bien a una norma que tiene la configuración siguiente: "la administración debe

[954] DA SILVA, Virgilio Alfonso, *Teoría de los principios, competencia para la ponderación y separación de poderes*, en SIECKMANN, Jan-R. (ed.), *La teoría Principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy,* Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 258

[955] Así como también los tratados de derechos humanos que crean órganos que aplican dichos instrumentos internacionales replican el problema acerca de la discrecionalidad y de la competencia para decidir ciertas cuestiones en última instancia.

hacer todo lo requerido para el adecuado mantenimiento de los espacios públicos". Aquí si bien hay un operador deóntico (obligatorio) este impone realizar *cualquier acción* que sirva para alcanzar el fin previsto en la norma "adecuado mantenimiento del espacio público" pero *no hay ninguna acción* que pueda calificarse, prima facie, como obligatoria[956]. Lo que hay es, simplemente, un poder para configurar una situación; esto es, alcanzar dicho estado.

A la vez, siempre el marco de referencia del concepto de discrecionalidad es el derecho. Ejercer la discreción requiere necesariamente un marco normativo para su existencia y además, este marco de existencia tampoco es suficiente para caracterizar el fenómeno.

De este modo, sólo puede hablarse de discrecionalidad cuando alguien está encargado de tomar decisiones en el marco del sistema normativo y, por tanto, sujetas a normas que, por cierto, generan efectos normativos en el sistema de referencia[957]: lo que requiere un poder conferido por el sistema para tomar decisiones "dotadas de autoridad". En el caso de la Administración Pública, podemos afirmar que ese ámbito viene dado por el funcionamiento de toda la organización que actúa a través de una estructura burocrática en la toma de decisiones.

De allí que la discrecionalidad comprende diversos aspectos que resultan complementarios y no contradictorios. Por un lado, los derivados de la estructura de las normas y los problemas de identificación y sistematización del derecho y están referidos esencialmente, a la discrecionalidad en la aplicación de las normas jurídico - administrativas. Por el otro, los derivados del fenómeno de la competencia encausado tradicionalmente bajo la perspectiva de la teoría del núcleo esencial.

Como vimos, aquí se utiliza una noción de competencia no vinculada necesariamente al concepto de permiso, lo que implica: i) que el término discrecional califica "poderes heterónomos", es decir, aquellos cuyo ejercicio afecta a unilateralmente a otros; ii) que los sujetos que poseen ese tipo de poderes han de operar en la estructura jerárquica de la toma de decisiones y son calificados normativamente (ya) por el sistema

[956] Si bien uno podría decir que la forma más usual de *caracterizar acciones* es prohibir u ordenar resultados. En este sentido las normas del derecho penal son un claro ejemplo, V.gr.: "el que matare a otro tendrá una pena de 8 a 5 años de prisión", como se observa a través de prohibir el resultado muerte prohibido todas las acciones particulares tendientes a producir dicho resultado.

[957] LIFANTE VIDAL, Isabel, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica,* p. 432.

como autoridades u órganos jurídicos administrativos; 3) pero además, juntos a éstas existen normas de conductas y reglas técnicas [958] que les confieren poderes a la Administración. Es decir, el sistema normativo otorga ciertas libertades positivas dentro de un procedimiento específico donde existen "reglas técnicas" -que no son normas ni de conducta ni constitutivas-.

Lo expuesto en lo que podríamos denominar noción de discrecionalidad$_2$ implica ya un replanteo de aquello que judicialmente puede controlarse.

Es decir, un tipo de normas que no predeterminan de antemano la conducta exigida, sino que únicamente establecen a un fin jurídicamente relevante a perseguir o maximizar. Si la norma no determina de antemano qué acción debe realizar, sino que la hace el sujeto destinatario, entonces debe reconocérsele un mayor poder de decisión a la hora de elegir cómo va a cumplir con ese mandato normativo. Claramente, esto presupone una habilitación que podríamos denominar genéricamente "permiso", pero también la excede porque se refiere al del sujeto (órgano/autoridad administrativa) ejerciendo un poder derivado de una competencia institucional.

Recordemos que, en el caso de la Administración encontramos un enunciado constitutivo que es el que le da competencia (*capacidad, poder de*) para constituir esos estados de situación previsto en las normas ("de fin", si quiere usar la terminología de ATIENZA Y RUIZ Manero). Así, ese tipo de "norma" lo único que le puede decir a la Administración "obligatorio hacer lo que le parezca mejor" y de allí que pensarlas en términos deónticos no tenga sentido[959]. Dicho de otra manera, este tipo de formulaciones normativas (*f*n) no está destinada a modular deónticamente conductas.

---

[958] Y a diferencia de la competencia dirigida a particulares, donde en general ese tipo de norma regula derechos.

[959] A diferencia de lo que ocurre con los particulares. Siguiendo con el ejemplo del homicidio de la nota n° 74: un particular aún sin la existencia de la norma *puede* (en sentido fáctico) "matar" o "no matar", pero *no puede* en sentido normativo, normativamente tiene el deber de "no matar". Cuando un particular actúa en legítima defensa la norma le habilita una acción que estaba prohibida y por ello, constituye un permiso ((des) habilita una prohibición en un determinado contexto). Tomando ahora el muy conocido caso del derecho penal, elaborado por Karl Engisch, vemos que es distinta la situación del funcionario administrativo que ejecuta una sentencia de muerte (verdugo), pues aquí lo que se le impone es un *deber jurídico*. Resumidamente, en el caso del verdugo hay un enunciado que le da competencia funcional para matar (algo que no tiene en su condición de persona): la administración en sus funciones diarias debe cumplir con distintas funciones que **no pueden** ser reducibles a acciones, de allí que lo único que puedo imponer son resultados institucionales. Sobre resultados institucionales, Ver,HART, H.L.A., *The concept of law,* 2nd ed., Oxford University Press, New York, 1994; RAWLS, John, *Two Concepts of Rules,* The Philosophical Review, Vol. 64, N° 1, 1955; SEARLE, John Rogers, *The Construction of Social Reality*.

En realidad, las normas cuya estructura "es para conseguir el estado de cosas X, haga lo que le parezca mejor", tienden a regular el *modo de cumplimiento de las funciones* que se le exigen desde el sistema normativo (en tanto, estatuyen deberes) para obtener "resultados institucionales" que, eventualmente, se traducirán a la vez en normas regulativas. En efecto, salvo los hechos y las vías de hecho, la misma generalmente se expresa mediante la creación de normas (actos administrativos de alcance particular y general). Este tercer tipo de normas (junto con las constitutivas y las regulativas) son las "normas de obligación" de ALCHOURRÓN – BULYGIN que pesan sobre el juez y que, en nuestro caso, tienen por finalidad regular el comportamiento de la Administración en tanto *ejerza* su actividad administrativa. En este contexto, podemos afirmar que ese tipo de normas, son normas que imponen deberes a quienes ejercen poderes: imponen deberes relativos al ejercicio de poderes normativos[960].

Es decir, si bien no son normas constitutivas, son normas que *sirven* para hacer operativas las normas constitutivas. De allí es que creemos que puede coincidirse con LIFANTE VIDAL, en que más que establecer un permiso, el sentido de este tipo de normas regulativas *es hacer responsable* al destinatario de la norma de la selección de medios para lograr ese fin (uso de libertad en sentido positivo).

Asimismo, en los tres casos analizados, lagunas normativas, lagunas de reconocimiento y facultades exclusivas de la Administración, se constata una raíz común: el componente volitivo del operador jurídico. En última instancia, siempre lo discrecional se encuentra inescindiblemente unido a una decisión basada en criterios normativos pero que pueden darse en distintos momentos.

En un ejemplo: el Estado tiene derecho a alquilar los inmuebles de su dominio privado, la decisión de alquilar la propiedad inmueble a X es una facultad discrecional así como también es discrecional la determinación precio del alquiler de la propiedad que le alquilará a X (aplicación de la norma general al caso individual). Como se ve, ambas nociones de discrecionalidad pueden ser complementarias y se dan en momentos distintos, si bien que sea discrecional no quiere decir que ninguno de los dos momentos no estén sujetos a reglas. De hecho, ambos lo están conforme al art. 4 CN, las normas del Código Civil y otros textos legales y reglamentarios aplicables.

[960] RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 103.

Por otro lado, la discrecionalidad puede darse en forma independiente del operador deóntico que se utilice para calificar una determinada situación fáctica. Es decir, más allá de se utilice una facultad o bien una obligación, lo relevante es el componente *volitivo* del operador.

En algunos casos –particularmente- los que tienen propiedades que presentan un alto grado de indeterminación semántica o bien vaguedad de clase. Esto se constata, más allá de que la consecuencia jurídica este perfectamente determinada. En un ejemplo: el Estado debe pagar una indemnización al particular en el caso de expropiar un inmueble (art. 17), aquí la consecuencia está perfectamente determinada, es decir, es "*obligatorio el pago de una suma de dinero"*. Pero la determinación del *quantum* monetario requiere una serie de actos que constituyen un *proceso decisional* en manos de la Administración.

Por lo que la caracterización de lo reglado/discrecional sobre la base de la permisión u/obligatoriedad es falaz. Y más aún, porque estás teorías aceptan que no existe la discrecionalidad libre o absoluta, lo que implica que siempre la actividad discrecional está sujeta a excepciones implícitas. Por caso, a través del principio de proporcionalidad.

Veamos esto a partir de un ejemplo del derecho administrativo sancionador básico. La determinación de la graduación de una sanción administrativa, se concibe como una facultad, en el sentido siguiente: "podrá imponerse una sanción entre varias opciones igualmente válidas" (apercibimiento y/o suspensión de hasta 5 días). Pero si se impone una sanción que resulta "desproporcionada" o "arbitraria"[961] entonces, ello determina que el enunciado "varias opciones válidas" es falso. No todas las alternativas son válidas para el derecho. Y las limitaciones a las "varias opciones" se obtienen por referencia al principio de proporcionalidad.

Resumidamente: la discusión sobre la discrecionalidad pasa por aceptar que existen dos sentidos posibles no excluyentes del mismo fenómeno. Lo llamamos "discrecionalidad fuerte" (libertad positiva del órgano) y "discrecionalidad débil" (libertad negativa) , y la determinación de los límites en las dos concepciones aquí presentadas. Lo que determina a su vez la factibilidad y los límites del control judicial posterior.

[961] Por ejemplo, en los fundamentos de la sanción de 5 días, si se afirma que se le impone 5 días porque es "una forma de que aprenda a trabajar mejor", ello claramente sería arbitrario. Ello, teniendo en cuenta que los textos legales no establecen esa razón como una "buena razón", legítimo para graduar la sanción. Por ello sería arbitraria.

La visión de concebir a la competencia como permisión no puede dar cuenta de lo que pretende conceptualizar, porque además de normas regulativas, la competencia puede estar configurada por normas constitutivas, reglas técnicas y normas de obligación, las que esencialmente definen roles institucionales y cómo deben cumplirse dicho roles.

Además, tanto si la norma regulativa debe ser aplicada por la Administración, o bien hace referencia a su configuración y al cumplimiento de sus funciones, en ambos casos es la Administración la que tiene, por vía de principio, el poder para determinar el contenido normativo relativo a esas conductas.

Esto debe ser así, toda vez que la discrecionalidad es la forma en la que el Estado realiza sus funciones esenciales, por lo que debe tener la posibilidad de determinar qué curso de acción seguir y además porque es la única manera en que puede ponderar la circunstancias en la que tiene que actuar. El legislador no puede imponer todos los cursos de acción porque no conoce –ni podría conocer de antemano– todas las circunstancias y contingencias a partir de las cuales debe operar la Administración.

En suma, ejercer discrecionalidad es ponderar a la vista de una determinada situación[962], y de allí que las normas confieran poderes allí donde se considera importante que los órganos jurídicos adopten decisiones[963]. Comprender esto, es admitir e incorporar a la discrecionalidad como un fenómeno natural y propio de la dinámica jurídica.

Con ello, queremos significar que la famosa regla técnica de oportunidad, mérito y conveniencia, da cuenta de que la Administración es quien está en mejor posición –además porque así lo manda la Constitución- de ponderar las circunstancias para cumplir con los mandatos constitucionales.

Este ejercicio de libertad positiva en la discrecionalidad fuerte, necesita de un adecuado control de la actividad de la Administración pero limitado a respetar: por un lado, el principio división de poderes y, por el otro, que la Administración utilice la discrecionalidad fuerte dentro de los límites de la legalidad, la razonabilidad y la prohibición

[962] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, La *teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 224 (n° mg. 52).
[963] LIFANTE VIDAL, Isabel, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica,* p. 437.

de arbitrariedad. Un control que exceda estos límites implica el reemplazo de la decisión del Poder Ejecutivo y, en consecuencia, de la eliminación de sus poderes discrecionales.

CAPÍTULO VII

PODERES DISCRECIONALES Y CONTROL JUDICIAL

§1. Introducción

En el capítulo VI, hemos calificado a la discrecionalidad fuerte o poderes discrecionales como un modo normal de conferir poderes allí donde se considera importante que los órganos jurídicos adopten decisiones atendiendo a las evaluaciones de oportunidad, mérito o conveniencia, que ellos mismos realicen a la luz de las circunstancias de los casos concretos[964].

Asimismo, también hemos visto – en el Capítulo II – que nuestra Constitución institucionalizó un Estado Constitucional Democrático de Derecho. Recordemos aquí que las bases sobre las que construye ese modelo de estado son: i) el reconocimiento de la dignidad humana y de los derechos fundamentales; ii) la atribución a la Constitución de un carácter rígido y supremo; iii) la proclamación de los principios del Estado de Derecho, del Estado Social y de la Democracia y iv) el establecimiento de los sistema de control del actuar de los poderes del Estado. En suma, la piedra basal de la construcción es que los Derechos Fundamentales se sitúan en el centro del Estado Constitucional de Democrático de Derecho[965].

Ese modelo exige, además, que el Estado debe brinde y que la Administración deba efectivizar ciertas prestaciones relacionadas con ciertos derechos fundamentales. En particular, esto se evidencia claramente en el caso de los Derechos Sociales.

Ahora bien, entre los derechos fundamentales y la competencia del Estado para la toma de decisiones existen tensiones. Estas tensiones son producto de la elección discrecional del Estado para el cumplimiento de esos fines, puesto que los medios pueden resultar, por ejemplo, deficientes para el cumplimiento de ese derecho fundamental constitucionalizado. ALEXY para ilustrar esto utiliza explica que las competencias constitucionales de los poderes del Estado se reconducen a la idea de principios formales[966].

---

964 Cfr. LIFANTE VIDAL, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, p. 53.

965 En igual sentido BERNAL PULIDO, Carlos. ¿Es la ponderación irracional o contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos funtamentales como principios en el contexto de España, p. 223. En:SIECKMANN, Jan. R. (Ed): *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

966 Ver: ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, pp. 13/64,

Los principios formales son un derivado de la competencia constitucional de la Administración. Es decir, los principios formales con relación con la Administración, viene dado por la competencia que tiene la Administración para tomar decisiones importantes para la comunidad[967], las que son conducentes para hacer efectivo el interés público[968]. Pero en pos de hacer efectivo el interés público es donde pueden surgir conflictos[969].

Para ilustrar esos conflictos resulta grafica las tesiones que se producen entre las políticas públicas que regulan derechos sociales y los individuos que creen que esas políticas adoptadas por el Estado son inadecuadas o insuficientes.

Por ello, a lo largo de este capítulo intentaremos dar cuenta esencialmente dos tareas. Por un lado, se efectuará una reconstrucción de lo que es, lo controlable en el marco de dichas tensiones por el poder judicial y por el otro, de las implicancias de dicho control.En definitiva, se trata de establecer qué se controla y cómo se controla la discrecionalidad de los órganos del Estado en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

La función de contralor en cabeza del Poder Judicial se deriva, claro está, de que en nuestro marco constitucional, éste se encuentra legitimado para 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 Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras" (Art. 116, Constitución Nacional). En definitiva, tiene un marcado rol de garante de los Derechos Fundamentales.

---

publicado en Revista Española de Derechos Constitucional, Año 22. Núm. 66. Septiembre – Diciembre 2002.

967 Y eso se debe, principalmente, del principio democrático y de la división de poderes Cfr. DA SILVA, Alfonso. *Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes*, p. 248. En SIECKMANN, Jan. R. (Ed): *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

968 Los principios formales dan lugar a conflictos o disputas entre poderes. Estos a su vez pueden ser: verticales (disputas de competencia entre el Gobierno Federal y los Gobiernos Provinciales) u horizontales (conflictos entre poderes de un mismo nivel de gobierno: Poder Ejecutivo Nacional y Congreso Nacional).

969 Sobre el particular – explica ALEXY – que esos conflictos o divergencias surgen porque se encuentra permitido tomar decisiones dentro de márgenes "epistémicos correctos", con lo que concluye que pueden existir decisiones legítimamente tomadas pero "incorrectas". Los errores pueden surgir en razón de investigaciones empíricas que no habían sido llevadas a cabo o de argumentos normativos no contemplados hasta el momento. . Consecuentemente, entiende que los márgenes epistémicos están necesariamente vinculados al problema de la divergencia entre lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben y confían a la discrecionalidad del Legislador/Administración y lo que razonablemente pueda reconocerse como que estos derechos ordenan, prohíben y permiten (Cfr. ALEXY, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, P. 60).

§2. La estructura normativa de los derechos fundamentales y su compatibilidad con la ponderación de principios

Para poder dar cuentas de las obligaciones en cabeza de la Administración (o incluso del Legislador) debe establecerse previamente - o cuanto menos estipularse – a qué estructura o a qué idea normativa responden los derechos fundamentales, esto es: ¿Son derechos subjetivos, son normas en el sentido que hemos analizado anteriormente, son argumentos normativos? La respuesta a este interrogante es determinante a efectos de entender cómo se encuentra vinculada la Administración a su cumplimiento. De allí que, en primer lugar, nos abocaremos a intentar brindar una respuesta a ese respecto.

El análisis que realiza frecuentemente la doctrina – e incluso el que realiza la jurisprudencia – pasa por alto que las normas de derechos fundamentales son, precisamente, normas. También, suele suceder que cuando se reconoce su carácter normativo no se dice mucho acerca de su estructura normativa.

Por tanto, nos parece preciso establecer nuestro punto de partida: los derechos fundamentales son normas y en tanto tales, comparten todos los problemas del concepto de norma que ya hemos analizado[970].

Así, siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho: normas de derecho fundamental y derecho fundamental, son dos caras de la misma moneda.

Ahora bien, estas normas, en cuanto a su estructura, pueden responder a la clasificación de principios y reglas. Tanto los principios como las reglas, son normas porque ambas dicen lo que debe ser y a la vez, pueden ser formulados con la ayuda de los caracteres deónticos ya analizados[971].

---

[970]ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales,* p. 48. Traducción de Ernesto GARZÓN VALDÉZ, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.// Conviene destacar que ALEXY comparte el criterio de norma presentado en este trabajo, sobre el particular, Ver: ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 52 y siguientes. Téngase presente que con cita de v. Wright sostiene que: "el concepto de norma es el concepto primario con respecto al concepto de enunciado normativo" (*fn,* en nuestra terminología). Asimismo, sobre enunciado normativo y norma y proposición, ALEXY, O*b. Cit*., ver: p. 55.

[971] Cfr. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 83. Sin embargo, no será motivo de análisis si la estructura que se propone es la correcta.

Pues contra la forma lógica de los principios que propone ALEXY puede realizarse una serie de fuertes objeciones, en particular, si se tiene en cuenta que ni siquiera, forma parte de la fórmula de ponderación que propone el citado autor. Es decir, en definitiva, dicha forma no

Siguiendo a ALEXY, el punto decisivo para la distinción[972] entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea "realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes[973]". De allí que sean susceptibles de cumplimiento gradual y progresivo y por ello, pueden entenderse – utilizando las palabras de ALEXY – como "mandatos de optimización".

Por el contrario, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces, ha de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos[974]. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo *fáctico* y *jurídicamente* posible[975].

---

presenta utilidad.

// Ver: Problema que señala alchourrón sobre principios citado en el trabajo de nuevo JP.

[972] Aquí cabe hacer una distinción en principios y reglas. La cuestión es muy discutida, pero podemos destacar dos grandes posiciones casi antagónicas: la ***tesis de la demarcación fuerte*** y la ***tesis de la demarcación débil***. Resulta clarificadora la explicación de AARNIO al respecto: "La tesis de la demarcación fuerte se basa parcialmente en la (última) noción Wittgensteniana de regla: las reglas son seguidas o no lo son. Las reglas pueden compararse a las vías de ferrocarril: o las sigues o no. No existe una tercera alternativa. Esto se aplica a todas las reglas y, por tanto, también a las jurídicas. Por supuesto, a las reglas se les puede formular todo tipo de excepciones y, al menos en principio, es posible hacer una lista de tales excepciones. Si las reglas entran en conflicto entre sí, el conflicto puede ser decidido, por ejemplo, con la máxima *lex posterior*. La regla que cede no forma parte del orden jurídico. La naturaleza vinculante de los principios, comparada con la de las reglas, es cualitativamente distinta. Haciendo uso de la reciente contribución de Francisco Laporta, las características de los principios pueden ser descritas como sigue: 1. Los principios no proporcionan razones concluyentes o definitivas para una solución, como las reglas, sino sólo razones *prima facie*; 2. Los principios tienen una dimensión de peso o importancia que las reglas no tienen; 3. *Los principios son mandatos de optimización, es decir, ordenan que algo se realice en la mayor medida posible*; y 4. Los principios guardan una profunda afinidad con los valores, y también con objetivos políticos y morales. También la tesis de la demarcación débil está conectada con el pensamiento wittgensteniano: reglas y principios guardan entre sí una relación de parecido de familia, y existe entre ellos una diferencia de grado, no cualitativa. Reglas y principios desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico. Típicamente, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas. A veces, sin embargo, se pone el énfasis en el hecho de que el contenido axiológico de los principios está presente de modo más "evidente" que en el caso de las reglas. Los principios expresan simplemente valores. Sin embargo, puesto que las reglas tienen también un contenido axiológico, reglas y principios no pueden separarse unos de otros en lo que a esto se refiere. Se asemejan entre sí sin ser completamente idénticos. Me parece que ni la tesis de la demarcación fuerte ni la de la demarcación débil son válidas en cuanto tales. Ambas captan algunos aspectos relevantes del problema, pero no alcanzan a proporcionar una imagen verdadera. En orden a demostrar esto se analizarán dos formulaciones sobre las tesis de la demarcación: i) Los principios pueden ser seguidos sólo "más o menos", y ii) ***Los principios son mandatos de optimización, que requieren ponderación y balance.***" (Ver: AARNIO, Aulis. *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, p. 593, publicado en: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, Nº 4, 2000 , págs. 593-602)

[973]ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* p. 86.

[974] Un ejemplo de regla a nivel constitucional sería la descrita en el artículo 18 CN en tanto prohíbe la obtención de una declaración coactiva del imputado contra sí ("Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"). De obtenerse, debe descalificarse la declaración del

En este sentido merece destacarse que la teoría principialista parte de la base de la "positividad" de los derechos fundamentales [976] y por ello, es compatible con la corriente conocida como "positivismo incluyente". Esto es, la existencia de los principios tiene su base en el derecho positivo. De esto se sigue que los principios tendrán validez como normas jurídicas de acuerdo con las condiciones del sistema jurídico[977].

No obstante, su reconocimiento como un tipo de norma jurídica y su alto grado de indeterminación implican que el operador contará en su interpretación con un amplio margen semántico en relación con su contenido[978].

Ahora bientomaremos a la distinción, entre reglas y principios, como "prima facie", pues no siempre resulta claro, cuando algo *es* una regla o *es* un principio. Aunque, claro está sirve para evidenciar que los principios tienen un mayor grado de indeterminación que las reglas[979].

Ahora bien ¿qué significa que un principio es un mandato de optimización?

Como señala con acierto AARNIO, en su crítica a ALEXY: "El principio mismo no puede, conceptualmente, ser *un* mandato de optimización. Dicho mandato es una proposición normativa acerca de los principios, y como tal es necesariamente parecido a

---

imputado, no admitiendo otra resolución posible que la nulidad absoluta (lo mismo que toda prueba obtenida a partir de ella).

[975] ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* p. 87.

[976] BULYGIN,p. en ALCHOURRÓN – BULYGIN, *Análisis lógico y derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

[977] BERNAL PULIDO, *¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático?*, ps. 237/238. // Con esto quiere destacar Bernal Pulido que la institucionalización de los derechos fundamentales atribuye a estos su existencia en el mundo jurídico y por tanto, es independiente e incluso prevalece sobre toda interpretación moral.

[978] Cfr. BERNAL PULIDO, *¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático?*, p. 238.

[979] Sobre la extensa discusión acerca de si la distinción es gradual o bien cualitativa resulta informativo, dado que reseña todas las posturas sobre el particular, el trabajo de SIECKMANN, Jan – R., *Los derechos fundamentales como principios*, publicado en SIECKMANN (Ed.); *La teoría principaliasta de los derechos fundamentales*, p.27/50. Marcial Pons, Barcelona, 2011. // Téngase especialmente que contra una distinción estricta entre "reglas y principios", se objeta que no existe ninguna diferencia lógica – es decir, estructural – entre ellos, sino a lo sumo **una diferencia gradual (de mayor o menor nivel de indeterminación)**. Ver: Poscher, R, *GrundrechtealsAbwehrrechte*, p. 77, MohrSiebeck, Tubingen, 2003 y LERCHE, P., *ÜbermaßundVerfassungsrechte,* XXII, 2ª Ed., Keip, Goldbach 1999, (citados por SIECKMANN). Esto último es lo que intenta referenciar en el presente trabajo y no representa en ningún modo una toma de posición acerca de si dicha posición es correcta, dado que excede con creces las posibilidades del autor.

una regla: o se sigue o no. Por lo tanto, el mandato de optimización no puede ser aplicado "más o menos""[980].

Vistas así las cosas, el principio jurídicoen realidadse refiere a ciertos estados de cosas ideales que *deben* alcanzarse y al *modo* de alcanzarlos. El mandato de optimización, por tanto, dice algo acerca del uso de un principio: el contenido de un principio tiene que ser optimizadoen el proceso de ponderación[981] y en esos procesos, entran en consideración, tanto posibilidades fácticas como posibilidades jurídicas de aplicación[982].

Ello, halla su correlato en que la Constitución puede entenderse "como un orden de principios" que vincula a los órganos creadores de derecho y que obliga a éstos a realizar una ponderación "correcta" que será susceptible de un control jurídico constitucional por el Poder Judicial. Esto implica, en esencia, que tanto creadores como los aplicadores de derechos, cuentan con una discrecionalidad limitada[983].

También – y como ha reconocido el Tribunal Constitucional Alemán – los derechos fundamentales sociales están sometidos a la reserva de lo posible, entendido no sólo como lo posible desde el punto de vista presupuestario o fáctico, sino también de lo posible jurídicamente, es decir, con relación con las exigencias de otros derechos o bienes constitucionales digno de tutela. De allí que en esencia, puedan ser objeto de ponderación.

Ahora bien, uno de los rasgos característicos de la ponderación es que el resultado de la ponderación lo establece el sujeto que pondera y no puede determinarse en forma independiente del juicio de ponderación. De allí que el poder judicial no pueda interferir en decisiones sustantivas o de contenido que toman los otros órganos en el

---

[980] AARNIO, *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, p. 598.

[981] Por otra parte, sólo los principios, no las reglas, son normas de ponderación (Peczenik 1989, 74 ss). Por ejemplo, en caso de conflicto entre dos principios-valor, el mandato de optimización ordena: el balance entre los principios debe llevarse a cabo en la forma óptima. (Ver: AARNIO, *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, p. 598).

[982] ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* p. 86. No obstante, dicha concepción al depender de la optimización de posibilidad jurídicas y fácticas existentes su contenido queda debilitado o atenuado hasta punto tal que no puede producir ninguna colisión con otros mandatos de optimización. De ahí que los mandatos de optimización deban ser satisfechos ***por completo***. Para dar cuenta de esto señala SIECKMANN, ALEXY ha modificado su definición de los principios y distingue ahora entre los mandatos de optimización, por un lado y los principios como normas que deben optimizarse, por el otro (Ver: SIECKMANN, Jan-R. Los derechos fundamentales como principios, p. 29). Si bien SIECKMANN sostiene que los principios responden mejor a la idea de "argumentos normativos que constituyen al mismo tiempo, razones y objetivos de los juicios de ponderación" (Ver: SIECKMANN, Ob. Cit., p. 49).

[983] Señala inclusoSIECKMANN que también el legislador se halla limitado. Sin embargo, eso según algunos afecta la idea de democracia (Ver: SIECKMANN, Jan-R., Ob. Cit., p. 44).

marco de sus competencias (esto que sustituyan) sino que deben limitarse a controlar los errores en el proceso de ponderación.

Esto implica que un presupuesto para la intervención judicial, en un modelo de ponderación de principios, es que se demuestre un error en la ponderación del órgano con competencia para efectuarla, sea este el legislador o la Administración[984]. Tales errores pueden tener origen en: la no consideración de principios jurídicos – constitucionales; las asunciones o apreciaciones empíricas erróneas; la vulneración de las exigencias de coherencia, como v.gr.: cuando existen razones de menor peso se produce una injerencia fuerte en un derecho fundamental que en un caso análogo. Esto puede considerarse, desde la perspectiva jurídico – constitucional, como una aplicación del principio de igualdad en el marco del examen de proporcionalidad, etc.[985].

Es posible siguiendo a SIECKMANN clasificar las disposiciones iusfundamentales según admitan o no ponderación, en tres grandes grupos: 1) Derechos fundamentales con reserva de ley o habilitaciones similares. El ejercicio de estos derechos fundamentales comporta típicamente conflictos con otros intereses. Se habilita por ello al legislador para limitar los derechos fundamentales afectados y, con este fin, para ponderar el interés iusfundamental con otros intereses en colisión. No existen, pues prohibiciones de ponderación; 2) Derechos fundamentales garantizados sin reserva. Estas disposiciones no habilitan al legislador para efectuar ponderaciones, sino que han de entenderse como prohibiciones principiales de ponderación; 3) Derechos fundamentales garantizados explícitamente mediante reserva de ley, esto es, mediante disposiciones que establecen que <<sólo por ley o en virtud de una ley>> es admisible la limitación al derecho fundamental. Estas disposiciones excluyen las injerencias sin una ley del parlamento, pero no habilitan para limitar el derecho fundamental ni para efectuar las ponderaciones correspondientes. Han de interpretarse como prohibiciones principiales de ponderación. Es decir, la ponderación de estos derecho no está ya autorizada por la Constitución, sino que requiere una justificación particular[986]. Los derechos sociales se engloban en el primer grupo de los mencionados por SIECKMANN y por ello, son susceptibles de ponderación.

---

[984] Cfr. SIECKMANN, *ob. Cit.,* p. 45.

[985] Ídem.

[986] Para un desarrollo de esta teoría, Ver: SIECKMANN, Los derechos fundamentales como principios, p. 47 y ss.

La ponderación, a su turno, lleva consigo incluida a la denominada "dogmática de los márgenes de acción"[987], puesto que los márgenes de acción estructural de la autoridad pública están constituidos por el margen de acción para determinar fines y el margen para elegir medios[988].

En resumidas cuentas los derechos fundamentales responden a la idea de principios (sustanciales) y por tales son susceptibles de un proceso de ponderación, en

[987] Cfr. BERNAL PULIDO, *¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático?*, p. 238.

[988] Este criterio dogmático pareciera ser reconocido (o mejor dicho insinuado) por la CSJN, en tanto ha señalado que: "la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la Administración con ese carácter presentándola como libertad de apreciación legal". CSJN, in re: "Consejo de Presidencia de Bahía Blanca de la Asamblea Permanente de Derecho Humanos", Fallos 315:1361.// En dicha causa la CSJN se expide sobre la existencia de la discrecionalidad como categoría jurídica y sus caracteres aunque lo hace a manera de "obiter". En este sentido el alto tribunal sostuvo: "mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos - reemplazando así el criterio del órgano estatal - al predeterminar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática), en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)". En dicho precedente a la vez se sostuvo que la Administración no tiene nunca una libertad frente a la norma, porque tal identificación colisionaría con el principio de legalidad y que, por tanto, la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apropiación legal, jamás extralegal o autónoma. Finalmente, sostuvo que la esfera de discrecionalidad de la Administración no implica en absoluto que estos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable. En otras palabras, que aun aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que "la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba", en tanto, ello llevaría a consagrar "una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos". De allí deduce que no existen no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa, al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos sino más bien de una cuestión de grados, no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad - imperativo para los órganos judiciales en sistemas judicialistas como el argentino-, ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en mira a fin de dictar el acto. //A la vez, ésta construcción representa la forma de compatibilizar la teoría de los principios con la teoría de la democracia.

tanto, no puedan ser reconducidos a "prohibiciones principiales"[989]. El control de la condiciones de la ponderación es lo que está en cabeza del Poder Judicial.

§3.- El caso de derechos sociales como derechos fundamentales que exigen prestaciones activas del Estado

Algunos derechos constitucionales exigen prestaciones positivas de parte del Estado. Especialmente, está configuración se encuentra presente en los derechos sociales, económicos y culturales.

El derecho a acciones positivas del Estado comprende derechos de muy diversa índole que pueden clasificarse de maneras muy diversas. Una de ellas es la clasificación en 1) Derechos de protección, 2) Derechos a organización y funcionamiento 3) derechos fundamentales sociales[990].

El rasgo común de los derechos mencionados, es que para no conculcarlos, no basta con que el Estado se abstenga de intervenir en esos ámbitos de protección, por ejemplo, en la vida, la libertad o la propiedad. En los derechos prestacionales el Estado debe *hacer* algo[991]. No obstante, ese "hacer algo" permanece indeterminado hasta que la Administración o el Legislador lo concretan con algún contenido.

Esto requiere una explicación. Es claro que las normas constitucionales, describen, por un lado, fines que resultan obligatorios para el Estado (estatuyen deberes), pero, a su vez, no establecen la adopción de ningún medio específico para obtenerlo. Esos fines, también, son mandatos jurídicamente objetivos dirigidos al legislador y a la Administración[992].

En virtud de esa estructura poseen un alto grado de indeterminación y por ello requieren una *concreción* mediante políticas públicas, sean legislativas o de la Administración Pública[993]. En este sentido, la actuación de los órganos del Estado es, esencialmente, discrecional por la *estructura propia* del derecho constitucional que no

---

[989] Un ejemplo de prohibición principial sería el siguiente: "Nadie podrá ser condenado sin juicio previo", esto implica una prohibición al Estado de imponer condenas sin juicio y por tanto, no es ponderable en ninguna situación.

[990]ALEXY, *Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección*, p. 121. En SIECKMANN, Jan. R. (Ed): *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

[991] ALEXY, *Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección*, p. 121.

[992]BERNAL PULIDO, *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales*, p. 310/311, en *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005, Buenos Aires.

[993] Cfr. BERNAL PULIDO, *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales*, p. 312, en *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005, Buenos Aires.

establece ningún medio especifico de cumplimiento y lo deja librado al operador Estatal.

De ello se sigue que si la Constitución no determina con claridad el objeto de la obligación – los medios de actuación – no puede otorgarse a ningún sujeto activo la posibilidad de exigir ante los jueces la realización de algún medio específico. Pero lo que sí pueden es solicitar que la protección que otorga la Administración sea suficiente, es decir, se puede exigir que el Estado cumpla con brindar algún tipo de protección adecuada en vista del derecho a resguardar.

El Tribunal Constitucional Alemán denomina a esto "prohibición de protección deficiente" (*Untermaßverbot*). Según ésta teoría las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales se concretan en posiciones que impone un determinado deber de legislar o deberes de actuación en caso de la Administración (e incluso sobre el poder judicial) y responden a la siguiente estructura: a) sujeto activo: el individuo b) sujeto pasivo: el legislador, el juez o la administración; c) una prestación, es decir, un conducta positiva consistente en proveer los medios necesarios para remediar la situación de afectación del derecho fundamental social[994].

Sin embargo, la intervención la actividad estatal que afecta el derecho social estaría justificada, si y solo si, con dichas acciones no logran satisfacerse las necesidades básicas (mínimas) protegidas por el derecho[995].

En efecto, lo que se exige es una subespecie de principio de proporcionalidad. Esto es se exige al Estado que realice acciones "adecuadas" para cumplir con la manda constitucional. Esto, asimismo, es un resultado del principio formal de competencia para definir finalidades a perseguir y los medios para la promoción de los fines escogidos[996].

Sin embargo, si el Estado sea porque el Legislador o la Administración no instrumentan los medios normativos o fácticos para hacer efectivo el derecho el Poder Judicial debe intervenir en virtud de su posición de garante de los derechos fundamentales.

---

[994]BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*, p. 322. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

[995] Ídem, p. 352.

[996] Cfr. DA SILVA, *Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes*, 251.

Ahora bien, como ya señalamos para el cumplimiento de esos derechos constitucionales sociales no se especifican medios específicos y concretos de parte de la Administración y por ello, el control judicial debe recaer sobre el control de la adecuación de fines y los medios escogidos para promover ese derecho fundamental.

Esto es lo que, en definitiva, será objeto de control por parte del poder judicial[997]. O en otros términos, lo que en definitiva realizará el poder judicial, como ya hemos señalado con anterioridad, es un control de la ponderación efectuada por el órgano con competencia para ponderar.

Coincidimos con CLÉRICO en que se podrá afirmar que existe una violación al cumplimiento de una obligación de protección o de prestación*iusfundamental* (prohibición por omisión o insuficiencia) en tres supuestos: i) cuando las reglamentaciones atacadas y las medidas estatales sean inidóneas o irregulares para alcanzar el fin de protección; ii) o cuando quedan muy por detrás de lo obligado y iii) cuando el poder estatal permanezca totalmente inactivo (omisión en sentido estricto)[998].

En definitiva, los tres casos tratan sobre omisiones, por directamente no realizar conducta alguna o por realizar una conducta ineficiente y por tanto, no cumplir con el deber (i y ii).

En lo que respecta al supuesto iii) es el más simple porque directamente se trata de una omisión. En cambio en los casos i) y ii), lo que se controlará es el medio utilizado por la Administración, pues lo que se critica es el cumplimiento de prestación que se caracteriza como "insuficiente", "irregular" o "defectuosa".

Por ello, el abordaje acerca de si fue vulnerado o no un derecho, es un análisis normativo: en efecto, se debe dar cuenta de las normas que confieren poderes a la administración y del derecho de los particulares a esas prestaciones positivas. Pero también es fáctico porque deben ponderarse los recursos existentes. No obstante, esto

---

[997]Este criterio de adecuación surge del precedente Q ya citado en tanto la CSJN dado que en definitiva analiza es la adecuación de las medidas adoptas con relación al caso que se planteaba a decisión: "(…) y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad *no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias* que debe afrontar la recurrente". Este criterio de adecuación (de proporcionalidad, en el derecho alemán) puede ser la base sobre la que efectuar los controles de los derechos constitucionales en materia social.

[998]CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*, p. 175, en: SIECKMANN, Jan. R. (Ed): *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011 (con citas del Tribunal Constitucional Alemán, BVerGE 77,170, 250 (264)).

como ha puesto de resalto la CSJN en el caso "Q" no es más que un derivado del principio de proporcionalidad y de la razonabilidad de las leyes[999].

*§4. El estándar exigido por la "Prohibición de Protección Deficiente" (***Untermaßverbot)**

El Tribunal Constitucional Federal Alemán en las que el Tribunal cuando ha realizado el control de la ponderación efectuada por otros órganos bajo el argumento del mandato de prohibición de protección deficiente, hautilizado la siguiente regla:

> *<<Es necesaria una protección adecuada bajo consideración de los bienes jurídicos que colisionan; será decisivo que la protección sea como tal eficaz. Las medidas legislativas o de la Administración deber suficientes para alcanzar una protección adecuada y eficaz>>*[1000]

En efecto, el Tribunal reconoce la existencia de tensiones entre la competencia de la Administración para decidir políticas públicas y los derechos fundamentales. En tal sentido, señala CLÉRICO, que la tensión – entre principios materiales y formales – puede ser planteada en los siguientes términos: vistas las cosas desde el sujeto de la prestación, el medio que hay someter a examen, es la omisión o acción estatal insuficiente y el medio ordenado, será una acción suficiente o adecuada. El Estado, por el contrario, entiende que la selección del medio, forma parte de su margen de apreciación. Incluso, puede afirmar que no existiría la obligación de elegir algún medio determinado que implique un hacer específico[1001].

De ello se sigue que es necesario repensar la forma en cómo deben resolverse los conflictos que involucran a derechos fundamentales. En lo que respecta al actuar

---

[999] Esto no es más que la expresión del ideal de racionalidad de la decisión. En el sentido en el que proponía Linares cuando sostenía que cuando los jueces declaran inconstitucional una ley lo hacen porque entienden que la ley es irrazonable y concluye que la razonabilidad ponderativa es la igualdad, proporción o equilibrio axiológico – jurídico entre el hecho antecedente de la endonorma y la prestación con sus modalidades o entre el entuerto de la perinorma y la sanción de ella. (Ver: Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional Argentina*, ps. 150/151, 2ª Ed., 2ª Reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002.

[1000] BVerfGE 88,203 (254, 257, 265,262) cito a través de: CLÉRICO, *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*, p. 176.

[1001] CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*, p. 177, en: SIECKMANN, Jan. R. (Ed): *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

discrecional de la Administración, es conveniente distinguir entre dos formas en que pueden generarse conflictos con un derecho fundamental: i) por una simple omisión ("el Estado debería haber realizado alguna acción con relación a un derecho fundamental") ; ii) por acciones insuficientes o irregulares ("el Estado realizó una acción lesiva de un derecho fundamental o defectuosa con relación al mismo").

No obstante, para realizar ese análisis alguien tiene que poder decir que esa acción u omisión es lesiva o defectuosa con relación a un derecho constitucional, sobre la base de algún parámetro objetivo. Para eso utilizaremos la noción de proporcionalidad señalada al principio de este apartado la *"Untermaßverfot"* (Prohibición por acción insuficiente o defectuosa) del Tribunal Constitucional Federal Alemán. A nuestro juicio, está fórmula no es más que otro camino para analizar racionalmente[1002] la ponderación de principios.

Seguidamente, trataremos de reconstruir las bases sobre las que es posible efectuar ese control y en qué medida. Para ello, utilizaremos un caso lo que nos permitirá hacer un análisis de proporcionalidad para determinar:

i) si puede exigírsele a la Administración una actividad (simple omisión con relación a un derecho fundamental);

ii) en qué medida debe desarrollar esa actividad;

iii) o si en el caso de que la Administración haya desarrollado algún tipo de actividad, puede predicarse de la misma que es defectuosa o insuficiente, y por tanto, si corresponde determinar cómo y en qué medida puede exigírsele a la

[1002]Sobre la contestación de las críticas a ALEXY sobre la (supuesta) "irracionalidad de la ponderación" puede leerse: SCHAUER, Frederick, *Ponderación, subsunción y el rol restringente del texto jurídico*, p. 51/78, publicado en: BEADE – CLERICO (E+ds.): *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Nº 57, Bogotá, 2011. // El artículo es una defensa de la racionalidad de la ponderación en ALEXY con relación al desmérito que sufrió la teoría del *balancing*por su aplicación desde mediados del siglo pasado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos al derecho a la libertad de expresión. En particular el citado autor analiza que, cuando se acusa al proceso de ponderación como irracional, en realidad lo que realmente quieren decir los críticos es que el proceso es *indeterminado* (*unconstrained*). Y sostiene que la variabilidad dependiente de la persona que tome la decisión – un fenómeno frecuentemente referido a la indeterminación o subjetividad- es efectivamente un tema para el derecho, pero rara vez la irracionalidad es un problema jurídico y al establecer la estructura de una forma común de la así llamada ponderación ALEXY ha dado aún más prueba de su racionalidad. En opinión SCHAUER, ALEXY demuestra que la estructura del argumento de proporcionalidad hace incluso *menos* variable la decisión del operador que un proceso de ponderación abierto (*open-ended*) en el cual quien tome la decisión es libre no sólo de decidir qué factores son relevantes, sino también de decidir cuánto peso deberían tener cada uno de esos factores.

Administración la adopción de acciones complementarias o bien medidas alternativas.

§5.- Un caso objeto de estudio: El caso "Q" de la CSJN

El caso conocido como "Q"[1003] ha sido un punto de inflexión en materia de discrecionalidad administrativa[1004]. Recurriremos a él como un ejemplo el papel de las normas que confieren poderes en tensión con los derechos constitucionales y el análisis de la proporcionalidad o razonabilidad del medio adoptado por la Administración.

El caso elegido por la CSJN para tomar posición respecto de la cuestión era, realmente, extremo[1005]. Veamos.

La Sra. "Q" había iniciado una acción de amparo contra el GCBA solicitando que éste cesara en su conducta ilegítima de denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la "situación de calle" en la que se encontraba junto a su hijo.

La juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la acción, la que luego fue confirmada por la Cámara de Apelaciones del mismo fuero y revocada por el Tribunal Superior de Justicia local remitiéndose al precedente "Alba Quintana" de fecha 12 de mayo de 2010.

Arribado el caso a la CSJN vía recurso de hecho, ésta le ordenó al GCBA garantizar el derecho a la vivienda a la actora y su hijo menor de edad discapacitado. En concreto ordenó garantizar, aún en forma no definitiva, un alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño, disponiendo de tal forma mantener la medida cautelar hasta tanto la demandada cumpla con lo ordenado.

Para llegar a tal conclusión, consideró acreditado que la actora y su hijo menor de edad eran habitantes de la CABA y que su situación personal, económica y social no les permitía, pese a sus razonables esfuerzos, procurarse los medios para acceder a un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral.

[1003] CSJN, "Q. 64. XLVI. RECURSO DE HECHO Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, 22/04/2014.

[1004] CSJN; "Q.S. s/ Recurso de Hecho c/ GCBA S/amparo", 24 de abril de 2012.

[1005] Un análisis in extenso del fallo "Q" puede leerse en: BELLOCCHIO, Lucía - CORVALÁN, Juan Gustavo, *El estado actual de la jurisprudencia argentina sobre el Derecho a la Vivienda*, ps. 71 y ss., en Revista de DIREITO ADNISTRATIVO Y CONSTITUCIONAL, Editorial Forum, Curitiba, 2014.

Los argumentos que llevaron a la Corte a decidir de tal forma se pueden sistematizar en tres (3) ejes que pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Operatividad del derecho a la vivienda:

"La operatividad del derecho a la vivienda tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado";

"Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación, pues existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos -como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios y otros-, así como los recursos necesarios";

"En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos".

b) Control de razonabilidad por parte del Poder Judicial:

"Los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial";

"Existe una *garantía mínima* del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona";

"La razonabilidad significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad".

c) Disponibilidad de los recursos estatales:

"La disponibilidad de recursos aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el

hecho de que los recursos sean limitados no constituye, en sí mismo, una justificación para no adoptar medidas"[9];

"Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales. Habida cuenta de las circunstancias reinantes, los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo"[10];

"En caso de que un Estado aduzca limitaciones de recursos, los principales criterios objetivos a examinar son: (i) nivel de desarrollo del país; (ii) situación económica del país en ese momento -teniendo particularmente en cuenta si atraviesa un período de recesión económica-; y (iii) si el Estado intentó encontrar opciones de bajo costo"[11];

"La inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible. De esta manera debe hacerse un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de bajo costo".

§6. El análisis de la proporcionalidad de las decisiones de la Administración Pública

Para efectuar el análisis de la idoneidad del medio elegido por la Administración,se pueden realizar dos tipos de análisis: una exigencia débil y una exigencia fuerte.

En la versión "débil" el examen de idoneidad del medio, queda habilitado al poder judicial para examinar si la medida adoptada por el Estado fomenta el fin a través de algún medio y en general.

En contra de la habilitación de un control de tal magnitud por parte del Poder Judicial – como señala CLÉRICO – pueden plantearse dos argumentos de peso: i) el argumento de racionalidad que requiere que se agote la consideración de todos los argumentos relevantes para la resolución del caso y ii) el problema de la tensión entre las competencias del legislador (o la Administración) legitimado democráticamente y el tribunal.

La exigencia "fuerte"requiere un doble análisis para determinar la idoneidad del medio elegido por la Administración:

i. la medida del fomento en abstracto y en general, del fin estatal y de la realización del derecho de prestación positiva -que puede o no coincidir con el medio estatal perseguido- a través del medio atacado -omisión o acción defectuosa[1006];
ii. La medida de fomento en concreto y en el caso individual, del fin estatal y de la realización del derecho de prestación positiva -que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido- a través del medio atacado (omisión o acción insuficiente)[1007].

¿Cómo se evalúa a la adecuación de la respuesta del Estado para satisfacer ese derecho que exige una prestación activa de su parte?

A través de la superación de los criterios i) y ii) se establecerá si un medio es idóneo o no. Así, si un medio no fomenta un fin ni la realización del derecho de prestación positiva, en el supuesto i y ii, entonces estamos frente a un caso claro de falta de idoneidad o bien, frente a una omisión injustificada[1008].

Además, para evaluar la idoneidad de los medios, deberán analizarse si, por ejemplo, el Estado cuenta con medios de coordinación interadministrativa, si realizó una catalogación de las necesidades y priorizó las mismas, enfocar sus recursos en la satisfacción de esas necesidades, entre muchos otros aspectos. Esto permitirá, a su vez, determinar si las decisiones responden o no a premisas empíricas ciertas o, por el contrario, si el órgano adopta decisiones sobre premisas empíricas inciertas[1009] o, incluso, incorrectas. Además, estas variables serán las que, en definitiva, permitirán realizar el doble análisis de proporcionalidad para -cabe reiterar- determinar si la acción estatal es insuficiente o bien si directamente se trata de una omisión[1010].

[1006] CLÉRICO, Laura. Sobre *la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*, p. 179.

[1007] CLÉRICO, *Sobrela prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*, p. 179.

[1008] CLÉRICO, *Sobrela prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*, p. 180.

[1009]Cfr. DA SILVA, Virgilio. *Teoría de los principios, comptencias para la ponderación y separación de poderes,* p. 251. En: SIECKMANN, Jan. R. (Ed): *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

[1010] Cfr., CLÉRICO, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*, p. 170, en: Sieckmann, Jan. R. (Ed): *La teoría principialista de los derechos*

Analicemos el caso Q a la luz de lo expuesto aquí. Allí entraban en tensión: por un lado, las potestades de la Administración local (el GCBA)en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, para el establecimiento de subsidios habitacionales y el fomento de políticas habitaciones. Por el otro, el derecho a la salud y a una vivienda digna.

El caso era, por cierto, extremo: La señora "Q" se encontraba en situación de calle con su hija menor de edad quien tiene una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva. Así, con el patrocinio de la Defensoría General de la Ciudad inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la que solicitó que se la incluyera en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda yse le proporcionara una alternativa para salir de la "situación de calle" en la que se encontraba junto a su hijo (por ejemplo, un subsidio en cantidad suficiente para alquilar una vivienda).

En cambio, la CSJN optó por la versión fuerte del control de proporcionalidad. Es decir, efectúo un doble análisis, en abstracto y en concreto, para habilitar el control de las medidas adoptados por el Estado para fomentar el derecho a la vivienda y entendió que no satisfacía el mínimo indispensable de vida en el caso "Q".

Así, la CSJN entendió que si bien el Gobierno de la Ciudad había implementado una serie de medidas (medios), éstas no resultaron *adecuadas* con relación a la situación del accionante. En particular sostuvo que: *"(…) Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente"* (considerando 12°).

De allí que analizando las respuestas disponibles, obligó al Gobierno de la Ciudad a lo que se conoce como "respuesta alternativa". Es decir, a una respuesta distinta a las respuestas disponibles. Esto quiere decir lo siguiente: se considera que el Estado tiene prevista una respuesta que puede entenderse para la mayoría de los casos satisfactoria (análisis de proporcionalidad en abstracto), pero no adecuada (proporcional) para subsanar la situación de "Q" (análisis de la proporcionalidad en concreto). Por tanto, el poder judicial puede obligar al Estado a tomar una medida

---

fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, Marcial Pons, Madrid, 2011.

alternativa que en este caso consistió en otorgar un subsidio mayor y con distintas características al disponible para situación de calle.

Pero a la vez, la CSJN también sienta una regla de intervención del Poder Judicial. Así, la intervención deberá efectuarse cuando sea necesario asegurar la satisfacción de "niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos". Dicho de otro modo, existe una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. En palabras de la CSJN:

> *"En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona".*

Como vemos, la CSJN reconoce la tensión entre el principio formal de competencia de la Administración y el principio material del derecho a la vivienda, y frente a ello ejerce un control para determinar la idoneidad del medio frente a un estándar mínimo –vulnerado- de tutela del derecho fundamental[1011]. Aunque no lo reconstruya en los términos en aquí se lo hace.

No podemos dejar de señalar que la CSJN, no obligó al Estado a optimizar el derecho a la vivienda. Tan sólo se ocupó de fijar la posición del Poder Judicial frente a la insuficiencia en garantizar pisos mínimos de tutela frente a circunstancias extremas de vulneración a derechos fundamentales.

Ello, además, se demuestra por el hecho de que en todos los casos posteriores a "Q", la CSJN resolvió aplicar o no la doctrina en "Q", según las circunstancias extremas o no en la que se encontraban los actores –enfermedad, hijos discapacitados, etc-. Lo afirmado, se ha podido comprobar a partir de realizar un análisis exhaustivo de la gran mayoría de los casos posteriores a "Q" que hemos relevado en otro estudio[1012].

[1011] Cfr. CSJN, en "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", en la que sentó que "Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que "manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos". Si bien utilizando términos complejos la CSJN sostuvo que deben realizarse intervenciones positivas de los poderes públicos para favorecer a los sectores de la sociedad más débiles. Esto no es más que una aplicación del principio de igualdad en sentido material (Art. 16 CN).

[1012] CORVALÁN JUAN G. y BELLOCCHIO, Lucía, La jurisprudencia de la CSJN en materia de derecho a la vivienda luego del fallo Q.C.,S.Y c/ GCBA s/ amparo, Revista

En conclusión: la Constitución exige la satisfacción de diversos derechos sociales -al igual que la mayoría de las constitucionales latinoamericanas-, y el Estado no cuenta con recursos suficientes para realizar totalmente –de modo óptimo- el derecho a la vivienda de todas las personas (esto es demostrable empíricamente, es decir, tiene una base empírica cierta). Por tanto, es tarea del legislador -en primer término- y del ejecutivo -en segundo plano-, decidir y posteriormente seleccionar los medios y el modomediante los cuales harán frente a la prestación que -se sabe de antemano- será parcial con relación a esos derechos. Por tanto, es determinante definir jerarquías y prioridades a partir de las cuales seleccionara los medios para la "máxima realización posible"de los derechos fundamentales[1013].

Ahora bien, además del caso "Q", también existen otros casos en donde se obligó al Estado a tomar medidas con relación a su propia organización interna, a los fines de brindar un derecho prestacional adecuado por no satisfacer ni el estándar abstracto, ni el concreto. Aquí utilizamos el caso citado en el trabajo de CLÉRICO (que además encuadra en un conflicto*pluriindividual*), que servirá para ilustrar adecuadamente la cuestión.

Los habitantes de La Pampa se encontraban altamente expuestos a contraer la Fiebre Hemorrágica Argentina, esta situación sólo se verificaba en La Pampa, con el que el resto de los Argentinos no teníamos chances de contraer la enfermedad (salvo si visitábamos La Pampa, claro está). Esta enfermedad se prevenía a través de una vacuna. El Estado Nacional compró la vacuna desde el año 1991 a 1995 a un proveedor de los Estados Unidos de Norteamérica. Este programa del Ministerio de Salud Nacional se interrumpió posteriormente, porque el proveedor dejó de producir la vacuna. En 1996 mueren habitantes de La Pampa a raíz de esta enfermedad. El Estado decide empezar a producir la vacuna, sin embargo no de forma inmediata, pues no podía producirla en cantidad suficiente porque debía realizar una modificación edilicia al instituto donde se desarrollaba la cura (en adelante, M1, "medio atacado). No pudo producir cantidad suficiente sino hasta 1988.

Un ciudadano de La Pampa,interpuso una acción de amparo colectivo con la intención de obligar al Estado argentino a fabricar la vacuna Candid 1. Fundó el pedido en su derecho a la salud y en el derecho a la salud de las personas en riesgo de contraer

Iberoamericana de Derecho Administrativo, 17 de diciembre de 2013,IJ-LXX-200.

[1013] Ver al respecto, aunque no planteado en términos idénticos, DA SILVA, Virgilio. *Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes*, p. 258.

la enfermedad. Además, planteó que la medida sanitaria más efectiva para combatir la enfermedad es el suministro de la vacuna Candid 1 (cuya efectividad está en el orden del 95% y ha sido avalada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Además, se trataba de una vacuna denominada huérfana, pues su producción no resultaba rentable para los laboratorios.

Este es un ejemplo claro, de una medida que no puede fomentar, ni en concreto ni abstracto, el derecho a la salud. En efecto, como con acierto señala CLÉRICO, ni aún en los casos de quienes tenían medios para comprar la vacuna el Estado podía proveerla.

En este contexto, la Sala V de Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, condenó al Estado Nacional y consideró que las omisiones en la implementación del proceso de producción de la vacuna constituían una violación del derecho a la salud. En consecuencia, estableció la obligación del Estado de fabricar la vacuna y le ordenó cumplir estrictamente y sin demoras con el cronograma que el propio Ministerio de Salud había elaborado al efecto[1014].

Ahora bien, en este caso existía ya un cronograma de salud. Y por tanto la justicia no analizó la adecuación del cronograma. Ahora bien, distinto es el supuesto frente a los conflictos judiciales que en América Latina reciben diferentes denominaciones tales como "litigio estratégico", "caso estructural", "casos colectivos", "derecho de interés público", entre otras denominaciones[1015].

En estos casos podemos situar al caso "Mendoza"[1016]. Estos supuestos, presentan características concretas que por lo general se derivan de dos factores: i) un número importante de personas que ven lesionados sus derechos fundamentales y ii) la omisión del Estado a través del paso del tiempo. BERGALLO entiende que estos litigios surgen porque no se logran: i) la definición de los principios de cobertura y priorización de recursos; ii) las precarias organizaciones responsables de esa definición; los

[1014] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso- Administrativo Federal, Sala V, "Viceconte, Mariela c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la Nación) s/ Acción de Amparo" (02/06/1998)

[1015] RODRÍGUEZ GAVARITO, César, El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre los derechos sociales, p. 214.

[1016] Un análisis abarcativo del impacto de la causa "Mendoza" puede verse en BERGALLO, Paola, *La causa "Mendoza"; una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud*, en "*Por una justicia dialógica, El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, op. cit., p. 245 a 291.

procedimientos de toma de decisiones sobre los paquetes de prestaciones básicas y iv) los mecanismos de monitoreo y apelación de las decisiones de cobertura[1017].

En Mendoza se hallaba en juego el derecho a la salud y al medio ambiente sano. Luego de rechazar la competencia originaria para conocer los reclamos individuales por los daños, la Corte accedió a intervenir en la acción por los daños colectivos generados por la situación de la cuenca y en la solicitud de prevención y reparación ambiental para las generaciones futuras. El dictamen del tribunal comenzaba con una declaración sobre la falta de información disponible para determinar las pretensiones sobre la violación de los arts. 41 y 43 de la CN y la Ley General del Ambiente.

Frente a esa ausencia de datos, ordenó que se cumpla con la obligación de generar estudios de impacto e instó a todos los niveles de gobierno implicados y al Consejo Federal del Medio ambiente a que produjeran un plan ambiental conjunto para cumplir con las disposiciones de la LGA. La CSJN estableció que el plan, como mínimo, debía incluir:

i) Un plan de ordenamiento territorial;
ii) El control de actividades riesgosas/perjudiciales;
iii) Actividades de educación ambiental, y;
iv) Programas de difusión de la información ambiental al público en general[1018]

Es decir, la CJSN frente a una omisión muy considerable de alto impacto para los derechos fundamentales, de cara a un universo considerable de ciudadanos, ejerció un control que fue mucho más allá de los controles que ejerce respecto de conflictos individuales o pluriindividuales. Por tanto, a partir de la escasez de información y de la ausencia de estándares legales claros aplicables a desafíos técnicos, el poder judicial organizó un proceso "dinámico y dialógico enfocado en el avance de la planificación. Este proceso presuponía la dificultad de buscar una respuesta unívoca ante la complejidad y la naturaleza transitoria en el contexto de información disponible…"[1019]

El esquema planteado hasta aquí, que podría ser objeto de otro estudio, sirve para analizar prestaciones positivas.Por ejemplo, una colisión entre el derecho a la vida y la integridad física de una persona y la promoción por parte del Estado de políticas

[1017] Ídem, p. 248.
[1018] Ídem, p. 258.
[1019] Ídem, p. 260.

energéticas (de energía nuclear), podrían ponderarse por la idoneidad los *métodos alternativos**menos lesivos*** frente a la posible afectación de la integridad física a través del medio seleccionado por el Estado (promoción de la producción de energía nuclear)[1020].

§7. Interrogante abierto y desafíos: el problema de la escasez de recursos

Los Estados constitucionales deben afrontar la satisfacción de múltiples derechos y, por tanto, la existencia de otras obligaciones determinanmúltiples dificultades. Y los recursos son limitados. Ello se agrava frente a naciones en las que la implementación de medidas se da en un contexto de economías con menor capacidad para hacer frente a los múltiples desafíos del Estado constitucional. Por ello la priorización es la contracara de la escasez. En síntesis, los mayores problemas derivados de la escasez, surgen cuando se toman simultáneamente todos los reclamos de los derechos del mismo modo y al mismo tiempo. Es la suma de todas las obligaciones tomadas en conjunto –de modo inmediato – la que no puede ser asegurada[1021].

Aquí es donde se cristaliza la idea según la cual no es plausible tratar a todos los derechos como entidades idénticas[1022]. Esto se denomina conflictos intra –derechos.

WALDRON ejemplifica el caso de conflictos*intra*-derechos bajo la ecuación derecho a la salud-recursos médicos limitados[1023]. Así, el conflicto se configura cuando se pretende atender a todo el universo de personas *del mismo modo y al mismo tiempo*.

[1020] El análisis del medio menos lesivo presenta, por lo menos, tres elementos y dos comparaciones: supone, como el examen de idoneidad, una relación medio-fin, aunque más compleja pues implica b) más de un medio técnicamente adecuado, sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen. La comparación es c) doble: los medios alternativos se comparan con el implementado en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto a la idoneidad) y en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limita al derecho). Los medios alegados por el afecto y por otros discutidos, en círculos de especialistas, legisladores, la administración, en organizaciones no gubernamentales, deben ser sometidos a una doble comparación (Ver: CLÉRICO, *Sobrela prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*, p. 186).

[1021] Ídem, p. 21.

[1022] Ídem, p. 35.

[1023] Desde la óptica de WALDRON, los "conflictos en derecho" pueden ser clasificados en dos categorías: 1) conflictos entre diferentes instancias del mismo derecho (intra-derechos); 2) conflictos inter-derechos que se dan cuando la obligación generada por un derecho resulta incompatible con el cumplimiento de una obligación generada por un derecho distinto WALDRON postula como ejemplo de conflictos inter-derechos (2), cuando una obligación generada por un derecho es incompatible con el cumplimiento de una obligación generada por un derecho distinto: a mayor número de recursos que gastemos en hospitales, menor será el monto que podremos gastar en seguridad policial. Ídem, p. 33 y 34.

Como esto no es posible, sostiene este autor, se debe atender a la mayor cantidad de personas posibles aún cuando esto lleve a excluir a otras de *modo inmediato.*

No se trata entonces de anteponer argumentos presupuestarios. Antes bien, *se debe ponderar, jerarquizar y articular de modo eficaz y eficiente la suma de las obligaciones que surgen a partir de los derechos fundamentales.* Y esta faena sólo puede lograrse desde una perspectiva global, jerarquizada, sistémica e integral; es decir, partiendo de premisas empíricas ciertas o, cuando menos, determinables. Y teniendo en consideración, fundamentalmente, la satisfacción de pisos mínimos en materia de derechos fundamentales sociales.

De este modo, el Estado debe promover una desigualdad en la asignación del gasto público a los fines de lograr la igualdad real entre las personas. Este punto de partida básico, no es disponible para quienes tienen la tarea de custodiar la aplicación y vigencia de los mandatos constitucionales. Todos los poderes públicos deben realizar el máximo esfuerzo posible para que, en el ámbito de sus competencias, estos mandatos no sean meras declamaciones normativas.

§8. Conclusiones

Los poderes discrecionales y los derechos fundamentales pueden entrar en tensión, generando genuinos problemas constitucionales.

Los poderes discrecionales se vinculan con los denominados principios constitucionales formales, derivadas del principio democrático y del principio de división de poderes. En cambio, los derechos fundamentales son principios constitucionales materiales.

No obstante, nuestro derecho constitucional y los tratados de Derechos Humanos ponen a los derechos fundamentales como centro del sistema normativo.

A su turno, los principios son entendidos como "normas de ponderación". Esto es, son susceptibles de cumplimiento gradual (por contrario, a que son exigibles a "todo o nada"). Por tanto, la fórmula "mandato de optimización" dice algo acerca del *uso* de un principio: el contenido de un principio tiene que ser optimizado en el proceso de ponderación. Asimismo, este método permite resolver ambos grupos de casos: individuales y pluri-invididuales.

La administración puede vulnerar un derecho fundamental que exija prestaciones positivas, esencialmente, de dos grandes maneras: por una simple omisión o por

acciones insuficientes o defectuosas. El método para determinar si la prestación es o no defectuosa es el principio de proporcionalidad.

En los derechos a prestaciones positivas por parte del Estado, este debe dar cuenta del derecho – medios y fines, éstos últimos, empíricamente comprobables.

La adecuación de los fines y los medios escogidos para promoverlos, cuando entre en colisión con un derecho fundamental que exija una prestación activa, es lo que será objeto de control por parte del poder judicial. Así las cosas, el principal punto de este examen es la pregunta sobre la comprobación de una relación entre medios y fines.

Ahora bien, existirá una violación al cumplimiento de una obligación de protección o de prestación *iusfundamental* en dos supuestos: a) cuando las reglamentaciones atacadas y las medidas estatales sean inidóneas o defectuosas para alcanzar el fin de protección o cuando quedan muy por detrás de lo obligado o b) cuando el poder estatal permanezca totalmente inactivo.

Si las medidas no son adecuadas el poder judicial puede dependiendo sea el derecho invocado, revocar la medida, ordenar la prestación u ordenar la satisfacción del derecho por un método alternativo distinto a la prestación brindada por el Estado.

Finalmente, los recursos presupuestarios si son finitos y escasos sólo surgen cuando se toman simultáneamente en cuenta "todos" los reclamos de los derechos. Es la suma de todas las obligaciones tomadas en conjunto –de modo inmediato – la que no puede ser asegurada.

Finalmente, no puede pasarse por alto que las normas del sistema de protección internacional de los Derechos Humanos presentan la misma estructura que las normas constitucionales; es decir, responden a la estructura de principios. Por tanto, los Estados Nacionales tienen competencia para decir los fines a promover y los medios para hacerlos efectivos.

SECCIÓN 2°

NOTAS AL CAPÍTULO II Y III –

GÉNESIS DEL ESTADO DE DERECHO

§1. Introducción

La comprensión de la discrecionalidad del poder público, no puede ser debidamente dimensionada sin una breve reconstrucción del concepto de Estado de derecho. Esto es, del entender cómo se formó el sometimiento del Estado a reglas jurídicas.

La reconstrucción que pretendemos encauzar, presenta en líneas generales, tres grandes hitos. En primer lugar, cómo se forjó en la Edad media auténticos mecanismos jurídicos que, no obstante, desembocaron en un lucha por someter al Estado Absolutista a reglas, lo que culmina con la Revolución Francesa y el nacimiento del Derecho Administrativo. Un segundo momento, en el que se buscó que el Estado sometiera al control de los jueces su actividad administrativa. Y finalmente un tercer momento, resultado de las grandes guerras las limitaciones al Estado a raíz de la universalización de los derechos humanos.

La aproximación histórica que abordamos en este Anexo, nos permitirá poner de relieve que la idea de lo discrecional provocó la necesidad de límites a través de normas jurídicas, producto de los excesos de los gobernantes. De este modo, se ve claramente que el concepto de lo discrecional se presenta desde sus inicios como un fenómeno jurídico - político.

Ahora bien, para una adecuada comprensión de lo que aconteció luego de que se consagren las constituciones modernas, es importante trazar un breve recorrido histórico para advertir cómo se fueron concibiendo las categorías que aún hoy subsisten en el Estado Constitucional. Nos referimos a las nociones de soberanía, división de poderes, prerrogativas o privilegios y discrecionalidad[1024].

[1024] Cabe aclarar que actualmente estas nociones no presentan el mismo contenido dogmático. De hecho, en el presente pretendemos dar cuenta de su mutación.

§2. El período antiguo y la Edad Media.

a) La antigüedad

La noción contemporánea que da cuenta da la existencia de tres funciones del Estado[1025] (legislativa, ejecutiva y judicial[1026]) encuentra sus raíces en el mundo antiguo[1027] a partir de la denominación de "Estado mixto" [1028] . La doctrina de la separación de poderes "moderna"[1029] se vio influenciada[1030] por aquella"[1031], sin perder de vista que también en la antigüedad[1032] el "ordenamiento jurídico" debía regir el funcionamiento del Estado[1033].

[1025] Son tajantes las manifestaciones de Joaquín V. GONZÁLEZ a fines del siglo XIX: "La experiencia universal, bajo los principales sistemas políticos, ha sancionado la triple división como las más propia para el cumplimiento de los fines de todo gobierno, y como la mejor manera de defender y garantir contra las tentativas de la tiranía los derechos y libertades del hombre". GONZÁLEZ, Joaquín, V., *Manual de la Constitución Argentina*, Ángel Estrada, Buenos Aires, 1897, p. 310. En consonancia, no debemos perder de vista las palabras de BOBBIO. Para este autor, el Estado de derecho debe presuponer la vigencia de los mecanismos constitucionales que impiden u obstaculizan el ejercicio arbitrario e ilegítimo del poder y dificultan o frenan el abuso, o el ejercicio ilegal. Destaca como los más importantes: 1) el control del poder ejecutivo por parte del poder legislativo; 2) el control eventual del parlamento en el ejercicio del poder legislativo ordinario por parte de una corte jurisdiccional a la que se pide el establecimiento de la constitucionalidad de las leyes; 3) una relativa autonomía del gobierno local en todas sus formas y grados frente al gobierno central; 4) un poder judicial independiente del poder político. Ver, BOBBIO Norberto, *Liberalismo y democracia*, 11° Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006, ps. 19 - 20.

[1026] La concepción que hoy tenemos acerca de la función legislativa o de la relación entre el poder legislativo y el ejecutivo, resulta muy diferente a la concebida originariamente. Por eso resulta importante, como afirma VILE, comprender la forma en que estos conceptos se desarrollaron si queremos revisarlos desde una perspectiva crítica. VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 10. Por otra parte, como bien destaca TRISTÁN BOSCH, MONTESQUIEU no distinguió y usualmente confundió el poder del Estado propiamente dicho con las funciones del Estado y, en algunos casos, con los órganos del mismo. Ver, TRISTÁN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, en Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1944, p. 48.

[1027] CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, p. 741 y en similar sentido VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 23. Al referirse al equilibrio de los poderes, HUME resaltó la búsqueda continua del equilibrio de los poderes en la política griega. "Tucídides presenta la liga formada contra Atenas, y que provocó la guerra del Peloponeso, como debida enteramente a este principio". Ver, HUME, David, *Ensayos políticos*, 3° Ed., traducción de GÓMEZ, César Armando, Tecnos, Madrid, 2006, p. 147. En cambio, para LOWENSTEIN: "El constitucionalismo de la Antigüedad no se adscribió a la teoría de la separación de poderes". Ver, LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2° Ed., traducción y estudio de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, Editorial Ariel, Barcelona, 1976, p. 57.

[1028] La teoría del Estado Mixto aparecía, principalmente en la obra de ARISTÓTELES, PLATÓN y POLIBIO. VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 38.

[1029]KURT VON FRITZ, *The Theory of Mixed Constitution in Antiquity*, Nueva York, 1954, p. 205, citado por VILE, M.J.C., *ob. Cit.*, p. 25.La teoría de la separación de poderes, contrariamente a lo que se sostiene, surgió y se desarrolló en Inglaterra en el marco la guerra civil y la República de Cromwell. Para apreciar el desarrollo histórico (ver, VILE, M.J.C., *ob. Cit.*, p. 59 y ss. En 1657 y 1660 LAWSON expuso una división tripartita de las funciones del Estado bajo lo que denominada el "triple poder civil". En este triple poder, existían tres grados: el legislativo, el judicial y el ejecutivo. LAWSON, George, *An Examination of the Political Part of Mr. Hobbs his Leviathan*, Londres, 1657, p. 8, citado por VILE, M.J.C., *ob. Cit.*, p. 61 y ss.Para LAWSON el poder legislativo debía tener supremacía ya que constituía *"el fundamento y norma de todos los actos de administración"*. LAWSON, George, *Politica Sacra et Civilis*, Londres, 1660, p. 38, citado por VILE, M.J.C., *ob. Cit.*, p. 64.

[1030] La teoría del Estado mixto se basaba en la creencia de que los principales intereses presentes en la sociedad debían participar de manera conjunta en las funciones del Estado, para evitar que cualquier de estas partes interesadas impusiera su voluntad sobre las demás. Según VILE, un punto claro de conexión entre la teoría del Estado Mixto y la de la separación de poderes, es que ambas teorías intentan limitar la

El énfasis en la ley era esencial para los griegos[1034]. Aristóteles[1035] insistía en que "la ley debía ser soberana en todos los asuntos y los magistrados y ciudadanos sólo debían determinar los detalles[1036](…) lo único que podía hacer la ley era generalizar"[1037]. Según la concepción aristotélica, si las leyes sólo podían ocuparse de casos generales, debía preverse un *margen de discrecionalidad* para quienes aplicasen la ley a los casos individuales, o quienes se obligaban a decidir sobre asuntos en los que el legislador, en razón de la generalidad del lenguaje que se requería emplear, no podía pronunciarse[1038].

Se sostenía que cualquier forma de gobierno pura, en la que el poder no tuviese interlocutores en sí mismo, estaba sujeta a degeneración, prestándose al arbitrio y abuso del soberano en relación con el cuerpo social, por lo que Aristóteles propugnaba la necesidad de que, frente al uso incontrolado de las instituciones de gobierno por parte de sus ocupantes, las magistraturas conservaran una posición independiente respecto del poder político[1039].

---

concentración de poder instituyendo controles internos dentro de la maquinaria del Estado. VILE, M.J.C., *ob. Cit.*, ps. 36 - 38. Ahora bien, la transición entre las dos doctrinas no ocurrió de un día para otro y, cuando los elementos democráticos comenzaron a primar, se abandonó la teoría del Estado mixto y la doctrina de la separación de poderes se convirtió en la principal teoría del Estado constitucional aunque rara vez se interpretó de manera pura. (Ibídem, p. 37).

1031 El ideal de la Constitución mixta debe ser referido a las teorías políticas de los filósofos griegos. Ver, SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, sexta reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2009, p. 203.

1032 Desde cierto sector, se afirma que el temor al poder absoluto, ilimitado y arbitrario, no ha nacido en la Edad Moderna, aunque es en ese momento cuando comienza inexorablemente a invertirse la concepción del Estado al servicio de sus ciudadanos y no éstos al servicio de aquél (Ver, CARRANZATORRES, Luis, R. – REPOND, Verónica E., *Una mirada a la división de poderes desde la tradición del Common Law*, Foro de Córdoba, Año XVII- Nº 105, 2006, p. 247).

1033 Según VILE, el mejor punto de partida para efectuar una reflexión sobre la transición de la teoría del Estado mixto a la doctrina de la separación de poderes es la efectuada por HERLE. Este autor introduce la coordinación, haciendo referencia a la relación entre el rey y las dos cámaras en Inglaterra. HERLE, Charles, *A Fuller Answer to a Treatise written by Dr. Ferne*, citado por VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, ps. 43 - 44.

1034 En la concepción de HUME, "…el equilibrio de poderes estaba suficientemente asegurado en Grecia, y no necesitaba ser defendido con tanto celo como en otras épocas". Ver, HUME, David, *Ensayos políticos*, p. 148.

1035 Como acertadamente señala CASSAGNE, la obra de MONTESQUIEU reconoce la filiación en la obra de ARISTÓTELES y otros autores clásicos. Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, *La Justicia Administrativa, Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 3 - 4. En la tesis de LOWEINSTEIN, Aristóteles intentó un análisis de las funciones estatales según su substancia y, sin embargo, "Nada permite deducir que Aristóteles observase empíricamente o desease teóricamente la atribución de estas tres funciones a diferentes órganos o personas". Ver, LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, p. 57.

1036 ARISTÓTELES, *Política*, IV, 4, citado por VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 26.

1037 ARISTÓTELES, *Ética*, V, 10. Aquí, como bien destaca VILE, las distinciones que establece Aristóteles no se corresponden exactamente con la distinción entre la función legislativa y la ejecutiva que se estableció posteriormente. VILE, M.J.C., *ob. Cit.*, p. 26.

1038 Aquí VILE trae a colación a Aristóteles en *Ética*, V, 10.

1039 TORRE, Alessandro, *Estado mixto y división del poder. Análisis histórico – político de un itinerario doctrinal*, en (ob. Colectiva) PUNZET, Ramón (coordinador), *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*. La División de Poderes, N° 5, Edición de la Junta General del Principado de Asturias, Asturias, 2009, p. 27.

De hecho *laPolítica* Aristotélica proponía a la *politía* como aquel sistema de Gobierno con estructura mixta donde la organización del poder se equilibrada sin que éste usurpara las prerrogativas de la sociedad. Para ello era necesario el reparto del poder divido en funciones esenciales. Así, esbozaba una división entre ejecución de la actividad pública del juicio sobre ella[1040].

En suma, si bien la antigua forma de gobierno no estaba compuesta por una noción de "soberanía" o de un "Estado" desde la visión moderna[1041], forjó un sistema de organización y control de los diversos componentes de la sociedad históricamente dada[1042]. A partir de estas estas aproximaciones iniciales, en las páginas siguientes intentaremos trazar un breve recorrido histórico[1043] a partir de cuatro categorías concebidas con anterioridad al Estado de derecho: soberanía, división de poderes, prerrogativas o privilegios y discrecionalidad.

[1040] Ídem.

[1041] Aunque el concepto de soberanía comenzaría a fines de Medioevo. Ver, SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *La demandabilidad del Estado y el agotamiento de la vía administrativa*, en Estudios de derecho administrativo, T. X, Dike, Mendoza, 2004, p. 205.

[1042] Ver, FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, traducción de MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, Trotta, España, 2001, p. 17.

[1043] En esta tarea, tenemos muy presentes las agudas palabras de Michel FOUCAULT: "…la historia de un concepto no es, en todo y por todo, la de su acendramiento progresivo, de su racionalidad sin cesar creciente, de su gradiente de abstracción, sino la de sus diversos campos de constitución y de validez, la de sus reglas sucesivas de uso, de los medios teóricos múltiples donde su elaboración se ha realizado y acabado". Ver, FOUCAULT, Michel, *La arqueología del Saber*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005, ps. 5 - 6. Sin embargo, muy probablemente no podamos escapar del fenómeno que FOUCAULT brillantemente caracteriza como la "mutación epistemológica de la historia". Entre otros factores, esta concepción, se expresa del siguiente modo (destacamos uno de los aspectos de lo que FOUCAULT denomina el triple papel de la discontinuidad): quien emprende una reconstrucción histórica, realiza una distinción de los niveles posibles de análisis y efectúa una "*periodización que conviene*" ligada, a su vez, a un proyecto de reconstrucción. Esto supone que, entre todos los acontecimientos de un área espaciotemporal bien definida, se debe poder establecer una red de causalidad que permita la derivación de cada uno de ellos (Ibídem, ps. 13 - 19). Por tanto, a partir de este fenómeno (en la lectura de FOUCAULT), se "supone" que la "propia historia puede articularse en grandes unidades –estadios o fases- que guarden en sí mismas su principio de cohesión" (Ibídem, p. 15). En similar sentido nos advierte KUHN que los libros de texto científicos aluden tan sólo a aquellas partes del trabajo de los científicos del pasado que puedan verse fácilmente como contribuciones al planteamiento y solución de los problemas paradigmáticos del texto. Textualmente sostiene: "En parte por selección y en parte por distorsión, los científicos de épocas pasadas se presentan implícitamente como si hubiesen trabajado en el mismo conjunto de problemas fijos (…) los científicos no constituyen el único grupo que tiende a ver el pasado de su disciplina progresa linealmente hacia su actual posición dominante. La tentación de escribir la historia hacia atrás es omnipresente y perenne, mas los científicos se ven más afectados por la tentación de escribir de nuevo la historia…". Ver, KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, segunda reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2010, p. 250. Con esto queremos decir, que somos conscientes de que la reconstrucción histórica que presentamos, en algún punto, puede pecar de arbitraria al estar prefijada por nuestro interés y por ello realizaremos nuestro máximo esfuerzo en pos de presentar una reconstrucción lo más objetiva que nos sea posible.

b) El período medieval

Es usual situar al Medioevo "entre paréntesis" entre el período antiguo y moderno respecto de la historia constitucional. No por ello, debe perderse de vista que resulta difícil de sostener que en semejante período (aproximadamente entre los siglos V y XV[1044]) no se hubiesen configurado las bases del Estado Moderno[1045].

En el período medieval, se postula la existencia de una verdadera y auténtica "constitución medieval"[1046] dotada de características históricas propias diversas a la de los antiguos y de los modernos[1047]. Si bien la idea moderna de separación de poderes, era sustancialmente extraña [1048] a las concepciones del Antiguo Régimen [1049], estaba profundamente marcada la separación entre lo judicial y lo *administrativo-gubernativo*[1050].

Ahora bien, si en algún sentido puede hablarse de la vigencia de una "constitución medieval", entonces esto implica que existían un conjunto "…de reglas, de límites, de pactos y contratos, de equilibrio"[1051]. Por tanto, a trazo grueso la Edad Media evidenció ideas sobre el derecho y el gobierno, que se desarrollaron en contacto con los vestigios del derecho romano[1052]y que no se habían presentado[1053] en la Antigüedad[1054].

[1044] FIORAVANTI destaca la enorme amplitud del Medioevo desde el siglo V hasta el siglo XV. Ver, FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, p. 34.

[1045] Se afirma que: "La casi ilimitada variedad de la constitución medieval, lo que los modernos, desde su punto de vista, perciben como un intolerable desorden, fue posible durante muchos siglos precisamente por este motivo: porque todos los sujetos protagonistas de esa constitución eran bien conscientes de la imposibilidad de salir del lugar y de la función que a ellos correspondía dentro de un orden que era sentido profundamente como vinculante, precisamente como un orden jurídico". Ver, ibídem,p. 37.

[1046] Cuando se habla de "Constitución medieval", no puede pensarse en una noción de Constitución similar a las que se desarrolló en 1787 en Estados Unidos o en 1791 en Francia. La llamada "constitución medieval" en realidad es (en su esencia histórica) una constitución mixta. Ver, ibídem, p. 71.

[1047] Ver, ibídem, p. 34. La mayor parte de la obra de este autor italiano se orienta a demostrar esta tesis.

[1048] Cuando menos en la concepción moderna.

[1049] Ver, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Poder y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 125 y NIETO, Alejandro, *Los orígenes de lo contencioso administrativo en España*, en Revista de Administración Pública española, N° 50, Madrid, 1966, p. 28.

[1050]GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *ob. Cit.*, p. 131.

[1051] Ver, FIORAVANTI, Maurizio, *ob. Cit.*, p. 38.

[1052] Al relatar los orígenes y el saber del príncipe, FOUCAULT describió una narración que circuló en Francia desde comienzos del Medioevo y que demostraba cómo Roma se hallaba presente en Francia como imagen, como "espejo". Destacaba así el célebre filósofo francés: "Francia sucede así al imperio por una suerte de derecho natural y reconocido por todos. Y esto quiere decir dos cosas importantes. En primer lugar que el rey de Francia hereda sobre sus súbditos, derechos y poderes que eran los mismos que el emperador ejercía sobre sus súbditos. En otras palabras: la soberanía del rey de Francia es del mismo tipo que la soberanía del emperador romano. El derecho del rey es derecho romano (…) a lo largo de todo el curso de la Edad Media, el acompañamiento histórico-mítico del desarrollo del poder real que se realiza en el modo *imperium* romano y a través de la reactivación de los derecho imperiales tales como habían sido codificados en la época de Justiniano". Ver, FOUCAULT, Michel, *Genealogía del Racismo*, Editorial Altamira, La Plata, 1996, ps. 97 – 98.

[1053] Cuando menos en los mismos términos.

Si observamos en líneas generales los rasgos característicos de la Edad Media[1055], podemos hallar una concepción del "Estado"[1056] que englobaba todo el conjunto de actos realizados por éste[1057], en donde existían diferentes agencias implicadas, diferentes tareas y procedimientos que aplicar[1058].

El reconocimiento de esta concepción fue el punto de partida de las listas de las "partes de la soberanía" que desarrollarían años después los teóricos del Estado y que, *a posteriori*, sustentarían la base para la formulación de nuevas divisiones de las funciones estatales[1059].

Inclusive, desde cierta concepción se sostiene que la base de la idea de la separación de funciones presente en el pensamiento medieval[1060], habría sustentado los cimientos de la

---

1054 Estos pensamientos tuvieron una importante influencia sobre la filosofía política de la Europa occidental. SABINE, George, H., *Historia de la teoría política*, séptima reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, ps. 170 - 171.

1055 Según FOUCAULT, la guerra, el litigio judicial y la circulación de bienes, forman parte de un proceso único y fluctuante a lo largo de la Edad Media. Ver, FOUCAULT, Michel, *Estrategias de poder*, Volumen II, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1999, p. 211.

1056 Si bien no se podía hablar del Estado en términos modernos, aparece a partir del siglo XII la figura del soberano. Ver, ibídem, p. 213.

1057 Por lo general, se sostiene que la confusión de poderes puede ser considerada como una constante de primer orden en el sistema jurídico-político del Antiguo Régimen. Ver, FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998, p. 89 y citas en nota 63.

1058 En la concepción de FOUCAULT, a partir de finales del siglo XII, surgirán realidades totalmente nuevas en relación con la sociedad feudal, con el imperio carolingio y con las antiguas reglas del derecho romano. Ver, FOUCAULT Michel, *ob. Cit.,* ps. 212 - 213.

1059 VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 27. Para apreciar los diferentes concepciones acerca de la discrepancia sobre la influencia de la concepción del Estado hasta finales de la Edad Media o principios de la era moderna en Inglaterra, ver ibídem, p. 27 y ss. Si se pretende indagar brevemente en la obra de MARSILIO, ver, PREVITÉ ORTON, Charles, W., *Marsilio of papua, Part. II. Doctrines*, English Historical Review, vol. XXXVIII, nº 149, Enero 1923, ps. 14 - 15 y FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, p. 52 y ss.

1060Esta circunstancia, en esencia, se debía a la idea de función presente en la teoría del papado sobre la división de trabajo entre los oficios de la Iglesia. ULLMANN, Walter, *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, Londres, 1961, ps. 66 - 67, citado por VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes,* p. 28.Por el contrario, NIETO afirma que según la terminología moderna, "…podría afirmarse, sin lugar a dudas, que los tres poderes radicaban en las manos del príncipe, pero con un alcance distinto del que se les da en el constitucionalismo decimonónico (…) La unidad de poderes, expresada en una rudimentaria diferenciación orgánica, hace difícil precisar cuándo el príncipe está legislando y cuándo realizando negaciones jurídicos de administración…". Por último, concluye NIETO tajante: "De la misma manera que no hay separación de poderes, tampoco puede hablarse en rigor de una separación clara entre la norma y los derechos subjetivos". NIETO, Alejandro, *El Derecho como límite del poder en la edad media*, Revista de Administración Pública Española, nº 91, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Abril 1980, p. 16. Por último, el autor al analizar el período de la Baja edad media, reitera que no aparecen los "poderes" propiamente dichos y, si bien se concentraban las "funciones" en el monarca ellas tenían un alcance muy diferente al moderno. Ver, ibídem, p. 24. En nuestro país, LINARES QUINTANA destacó la influencia de los fueros españoles. Ver, LINARES QUINTANA, Segundo, V., *Los fueros españoles germen del constitucionalismo*, en *Tratado de interpretación constitucional*, T. II, 2° Ed. actualizada y aumentada, en Homenaje a Karl LOEWENSTEIN, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 1804 y ss. CASSAGNE, por su parte, se ha ocupado de advertir la influencia de numerosas instituciones provenientes de la tradición política del "Fuero Juzgo" y las Cortes y Fueros de Aragón, Castilla y Navarra. Estas instituciones, luego, se incorporarían a las cartas constitucionales americanas y a algunas europeas. Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, *El*

división binaria de las funciones del estado conocida bajo los poderes de gobierno (*gubernaculum*) y jurisdicción (*iurisdictio*)[1061]. De hecho MCILWAIN pretendió mostrar la historia del constitucionalismo desde un ángulo diferente a la separación de poderes: a través de las categorías medievales *gubernaculum* y *jurisdictio*[1062].

Ahora bien, más allá de las precedentes consideraciones globales, a nuestro entender la Edad Media[1063] arroja numerosos aspectos relevantes[1064] que la gran mayoría de la doctrina ha omitido ponderar[1065].

---

principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, 1° Ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 58. No obstante, el destacado administrativista argentino, se ocupa de señalar luego que el origen hispánico de muchos principios e instituciones del Derecho público iberoamericano y europeo, nacidos con anterioridad al Derecho anglosajón, han sido "…bastante poco desarrollado en la época medieval". Ibídem., p. 62.

[1061] MCILWAIN, Charles, H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Revised edition, Ithaca, 1947, ps. 77 - 82, citado por FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid, 2005, p. 26. Para este autor español, H. de BRACTON formalizó la primera sistematización de las funciones y poderes públicos en *gubernaculum* y *iurisdictio*. Las peticiones que entonces llegaban al príncipe, se canalizaban *ab initio*, o bien a los jueces cuando hacían referencia a cuestiones reguladas por las leyes del Reino que el príncipe había jurado respetar, o bien a otros funcionarios cuando correspondían a los *iura regalia* del soberano, que, *en ejercicio de su prerrogativa*, podía rechazarlas o aceptarlas libremente y expedir en este último caso las correspondientes *lettere gratiae*. Baldo precisará así, en el siglo XIV, los perfiles jurídicos de esta capital distinción entre una *potestas* que llama extra-ordinaria o ab (lege) soluta, libre, por lo tanto de la ley, y una *potestas* ordinaria o regulata, sub lege, reglée en justice. De ahí que, la literatura jurídico-administrativa del siglo XIX (luego de la ley de separación de las autoridades administrativas y judiciales del 16-24/08/1790, que refleja formalmente este planteo tradicional) en Francia y en España, recoja como un dogma la distinción entre lo que está reglado por la Ley y es susceptible, por lo tanto, de contienda judicial y lo que, por ser expresión del mero imperio, no puede ser objeto de contienda alguna. Lo discrecional es, por hipótesis, lo no contencioso. Ver, FERNÁNDEZ, Tomás, Ramón, *Arbitrariedad y Discrecionalidad en la Doctrina y Jurisprudencia Constitucional y Administrativa, Constitución y control de la actividad administrativa*, en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel (director)*, Constitución y control de la actividad administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, XII, Madrid, 2003, ps. 62 - 63. Ahora bien, no obstante lo apuntado con antelación, no debemos perder de vista que la "rotunda y polémica separación entre ambas categorías" -*gubernaculum* y *iurisdictio*- y la conexión con el tema de la discusión de las Cortes de Cádiz sobre la separación de poderes: "*…revela una actitud apologética del orden administrativo del Antiguo Régimen, en el que quiere encontrar el origen de todas las categorías actuales. Se trata de una actitud análoga –mutatis mutandi- a lo que sostuvo TOCQUEVILLE y que no puede ocultar una sutil intencionalidad política*". Ver, VILLAPALOS SALAS, Gustavo*, Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media,* enInstituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 30 y nota al pie nº 71. En cuanto a esta distinción, NIETO argumenta que la separación efectuada por VILLAPALOS SALAS, respecto de lo que corresponde a lo gubernativo y a lo jurisdiccional (en el sentido moderno), es rotunda y se aplica cuando se impugnan varias resoluciones posibles de un mismo órgano. NIETO, Alejandro, *El Derecho como límite del poder en la edad media*, p. 71.

[1062] Ver, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Poder y Derecho*, p. 31 con cita de MCILWAIN, Charles, H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Revised edition, Ithaca, 1947.

[1063] Aquí haremos referencia, en esencia, a la Edad Media que transcurrió en el territorio de la España moderna. Se denomina "Baja Edad Media" al período que comprende los siglos XIII al XV. La "Alta edad media", constituye el período que, por lo general, se sitúa entre los siglos IX a XIII. En ambos períodos, ya existían relaciones jurídicas entre los individuos y el poder público (vasallo-príncipe) que operaban como un límite jurídico del poder y expresaban una concepción muy particular del Derecho. Como dato relevante, debe tenerse en consideración las palabras de NIETO en relación a que la descripción de la Edad media, debe ser concebida bajo una idea del derecho y de la sociedad política propia de la época (en el contexto histórico español –agregamos-). Ver, NIETO, Alejandro, *ob. Cit.*, p. 9.

[1064] Las cuestiones esenciales que destacamos en cuanto a este período, no puede ser entendidas en términos categóricos, habida cuenta que, como bien ilustra GIBERT refiriéndose a la influencia de las Cortes respecto del Rey "…no es sino una sucesión de altibajos, que oscilan desde la sumisión más completa del

1) Algunos rasgos esenciales del Medioevo la sumisión del rey al derecho y la existencia de instituciones análogas a las del derecho administrativo actual. Sobre la base de lo expuesto en el apartado anterior consideramos preciso enunciar los siguientes rasgos más significativos que he podido extraer de compulsar la bibliografía referida al período medieval:

A)Primero. **Sistema de representación**. Se cristalizó un enfoque cuantitativo de la idea de "mayoría" que se desarrolló bajo las técnicas deliberativas medievales[1066]. Por caso, se concretó un auténtico y verdadero sistema de representación electiva en la Francia medieval[1067].

B)Segundo. Transformación del Estado. A partir de la segunda mitad del siglo XIII[1068] (lo que se denomina "Baja edad media") comenzó a operar una transformación del Derecho y del Estado; se emprendió un proceso hacia el despojo de las categorías teológicas y morales que presentaba la teoría del Estado[1069].

C)Tercero. El rey y el derecho. Como bien sostiene VILLAPALOS en su exhaustivo estudio, el *Espéculo* y las *Partidas*[1070] constituyeron un sistema que fue progresivamente subordinando el obrar del rey[1071] al derecho[1072]. Aparece aquí la noción de "reglado". Los actos de administración se debían ejercitar regladamente[1073].

---

monarca –e incluso su marginación- a su prepotencia. Ver, *El Antiguo Consejo de Castilla*, 1964, citado por NIETO, Alejandro, *ob. Cit.,* p. 42.

1065 Como bien apunta NIETO, la historia del derecho sirve para tomar conciencia de la fugacidad de los sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, pone en evidencia la solidez de determinado factores que se mantienen constantes desde que el hombre conoce su propio pasado. En palabras del agudo jurista español: "*Cada período histórico construye su propio Derecho, condenando a muerte cuando perezca aquél, y, sin embargo, hay un núcleo que permanece inalterable por debajo de sus manifestaciones episódicas*" (ibídem, p. 8).

1066 A partir del siglo XI se da el extraordinario fenómeno de la constitución de los ordenamientos de las ciudades que se dotan de formas de gobierno también en gran medida participativas. Ver, FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, p. 34.

1067 Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus, Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007, p. 226 y doctrina citada en nota 38.

1068 El punto de inflexión se fijó en este período en Castilla a través del *Espéculo*. Éste constituyó el primer texto castellano destinado a regir la generalidad de la vida social y, se trata, de un hecho insólito ya que se estableció una ley por la que se debía regir el rey, la Corte, los funcionarios y jueces reales. Ver, GARCÍA GALLO, A., *El libro de las leyes de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas*, en AHDE, XXI-XXII, 1951, p. 432 y ss., citado por VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media*, p. 18.

1069 Resulta determinante la influencia de los Fueros de Aragón de 1283. Ver, LINARES QUINTANA, Segundo, V., *Los fueros españoles germen del constitucionalismo*, p. 1804 y ss.

1070 Un desarrollo breve de lo contenido en las Partidas se puede apreciar en ibídem, ps. 1807 - 1808, con cita de BANEYTO PÉREZ, Juan, *Textos políticos españoles en la baja Edad Media*, Madrid, 1944, ps. 27, 79, 283 y 309.

1071 El rey personificaba toda potestad de gobierno. Se lo consideraba como un administrador del reino y, pese a lo privilegiado de su situación, no era inmune. Administraba justicia en las causas propias y en las de sus oficiales (aun cuando era parte) sometiendo la decisión a un Consejo palatino (la Curia) que acumulaba funciones jurisdiccionales, políticas y gubernativas. Estos procesos fueron, como bien apunta NIETO,

D)Cuarto. Privilegios del Fisco. En este escenario aparecen con las Partidas los *privilegios* del Fisco[1074] (llamado también Cámara del Rey) y la figura del "procurador fiscal" que representaba al Fisco o al rey en los juicios. El procurador debía intervenir obligatoriamente en todos los casos en que se resolviera alguna exención de impuestos y en los casos en los que se lo asimilara a un particular[1075].

El *Espéculo* y las *Partidas* regulaban de modo genérico y completo los órganos jurisdiccionales[1076] (también los recursos para acceder ante ellos) siendo el Rey la última instancia de esta pirámide jurisdiccional. Es decir, el rey era concebido sobre todo como juez y conservador del derecho antes que un legislador[1077].

---

documentados. Por ejemplo, la ley primera del título III del Libro II del Fuero Juzgo, regulaba la representación en juicio en los siguientes términos: *"Que los principes e los obispos non puedan trabar el pleyto por si, mas por sus omnes.-Si el obispo o el principe an pleyto con algun omne, ellos deven dar otros personeros, que trayan el pleyto por ellos. Ca desondra semeiarie a tan grandes omnes si algún omne rafez les contradixiesse lo que dixiessen en el pleyto. Hy el rey si quisiere traer el pleyto por si ¿Quién le osara contradeczir? Onde que por el miedo del poderio non desfalezca la verdad, mandamos que non tracten ellos el pleyto por si, mas que por sus mandaderos"*. NIETO, Alejandro, *El Derecho como límite del poder en la edad media*, ps. 20 - 21.

1072 El principio de sumisión del monarca a la ley – *princeps legibus alligatus* – se expresa en fecha muy temprana en la legislación de Castilla. Así el Espéculo declara en su ley 10 del título primero que *"el rey debe guardar las leyes como a su onra e a su fechura"*. Asimismo las partidas expresamente disponen: *"guardar el rey las leyes como a su honra e a su fechura, porque recibe poder e razón para facer justicia. Ca si él no las guardase, vernía contra su fecho, desatarlas hía, e venirle hían dos años: el uno en desatar tan buena cosa como que oviese fecho, el otro que se tornaría a daño comunal del pueblo* (ley 16, título 1. P. 1). Ibídem, ps. 49 - 50. Sin embargo, también se evidenciarían en los mismos textos, principios contrarios. Ibídem, p. 50. En nuestro país, GARCÍA PULLÉS ha resaltado con acierto que, uno de los puntos centrales de la política medieval, fue la subordinación del príncipe a la ley. Ver, GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 58 con cita de DE BRACTON, Henry, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, I, 8, 5, y BOBBIO, Norberto, en: *Estado, gobierno y sociedad*, p. 130 y ss. En consonancia, ver, FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, p. 50. SABINE, ha sostenido que las diversas clases de ley (divina y humana) no significaba que fuesen radicalmente distintas. "Se concebía la ley como un medio que penetraba y controlaba toda clase de relaciones humanas, y entre otras la del súbdito con el gobernante". Ver, SABINE, George, H., *Historia de la teoría política*, p. 176. Sin embargo, cabe destacar que el sometimiento del rey a la ley, no era el mismo que el de los demás hombres. SABINE, George, H., *ob. Cit.,* p. 177.

1073VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media*, p. 34.

1074 Luego, en los siglos XVII y XVIII se desarrollaría la teoría del Fisco, según la cual los particulares debían soportar las injerencias del monarca en sus derechos pero a cambio de obtener, en su caso, una indemnización del Fisco, erigido en persona jurídica autónoma de Derecho privado junto al monarca soberano revestido de autoridad. Como bien afirma MAURER, de dicha teoría provienen las conocidas expresiones "soporta, pero sobra" y "el Fisco como chivo expiatorio del Estado". Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, traducción coordinada por DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 61. El título original de la obra publicada en Alemania en el 2009 es "*Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17ª ed., *Verlag* C. H. *Beck*, HG, 2009.

1075 En la Edad media existía una confusión entre lo público y lo privado, situación que se evidenciaba en la generalización de las potestades domésticas y privadas del rey a casi todos los asuntos de los que hoy se denomina Estado. Ver, NIETO, Alejandro, *El Derecho como límite del poder en la edad media*, ps. 503 - 504.

1076 Estos se subdividan en tres: jurisdicción ordinaria, extraordinaria o delegada y, por último, la arbitral.

1077 Ver, MARONGIU, A., *Un momento típico de la monarquía medieval; el rey juez*, en AHDE, XXIII, 1953, ps. 677 - 716, citado por VILLAPALOSSALAS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media*, p. 19. Tanto el rey como sus oficiales debían acatar las leyes. Los recursos "judiciales" contra los oficiales eran los denominados ordinarios, la querella o la alzada. Contra los actos del rey se habría de acudir, en cambio, a un recurso extraordinario denominado la "suplicación". Por otra parte, paralela a la vía judicial, existía una vía de "gobierno" en donde se desenvolvían otros recursos que se resolvían sumariamente. El más significativo

E)Quinto. Límites a la discrecionalidad. Durante este período comenzó un lento camino hacia la exigencia de una legalidad en el ejercicio del poder real. De tal modo, la progresiva extensión del régimen jurídico-público determinó un aumento en la regulación de nuevos aspectos "…*limitando la discrecionalidad del poder*"[1078]. Apareció asimismo la raíz histórica del hábeas corpus en el *interdictum de libero hominem exibendo* que funcionó en el derecho romano[1079].

F)Sexto. Recursos contra actos de gobierno. En la segunda mitad del siglo XIV y la totalidad del siglo XV, se consagraron de modo constante los procedimientos extrajudiciales para resolver los recursos contra los *actos de gobierno*. Esta circunstancia estuvo acompañada de un aumento de medios de controles (políticos, sociales y jurídicos) para limitar el poder del rey[1080].

---

de estos era la "pesquisa" que se utilizaba también contra los agravios causados por el rey o sus oficiales en el uso del oficio, pudiendo "optar" el particular, en caso de agravio, entre la pesquisa del agravio o la querella judicial contra el oficial que le agravió. VILLAPALOSSALAS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media*, ps. 19 - 20. Ahora bien, es preciso recalcar que en la Alta edad media, también el rey se medía por la jerarquía de sus atribuciones judiciales siendo su figura opuesta a la de un príncipe absoluto. Como destaca GARCÍA DE VALDEAVELLANO "…la Monarquía no fue en la España medieval una monarquía absoluta, porque el poder real encontraba su limitación no sólo en las normas morales y religiosas (…) sino también en el derecho y en la costumbre del país, que protegían los intereses generales del Reino y los estatutos jurídicos de los súbditos derivados de un estado o condición social (…) el príncipe no era en los Estados de la Reconquista un monarca absoluto sin sujeción a las normas que decretase, o que estuvieran fijadas por la costumbre y, al igual que los súbditos, estaba obligado a respetar el ordenamiento jurídico vigente (…) de tal manera que las decisiones o mandatos del rey contrarios al ordenamiento constituían una violación del mismo, que debía ser reparada en justicia, un acto de fuerza y un quebrantamiento del Derecho del país". Ver, GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis, *Apuntes de historia del Derecho español,* 1964, p. 457, citado por NIETO, Alejandro, *El Derecho como límite del poder en la edad media*, ps. 14 - 15. Esta concepción, en cierta forma, coincide con los argumentos que JANET trae a colación al analizar el fundamento y la finalidad última de MONTESQUIEU en el espíritu de las leyes. En efecto, para JANET, si MONTESQUIEU se ocupa extensamente del despotismo y ve con tanta complacencia la diferencia del despotismo y la monarquía, ello se debe a que cree ver en la transformación de las instituciones monárquicas de Francia, una inclinación evidente hacia el despotismo y, por tanto, desea el retorno a la antigua monarquía francesa parlamentaria y aun feudal, rodeada de los cuerpos del Estado y fundada sobre una jerarquía de privilegios, de prerrogativas, de franquicias y de derechos particulares. Ver, JANET, Paul, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, T. II, 5º Ed., Alcan, París, ps. 361 - 365 según cita de TRISTÁN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, p. 40, nota al pie nº 8.

[1078]VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media*, p. 21 y nota al pie nº 23.

[1079] Ver, LINARES QUINTANA, Segundo, V., *Los fueros españoles germen del constitucionalismo*, p. 1809.

[1080]VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *ob. Cit.,* p. 26. Paradójicamente, en forma paralela, ciertos reyes (de León y Castilla, por ejemplo) con fundamento en el derecho romano favorable a las prerrogativas absolutas del poder regio, procuraron reservarse la "exclusiva" facultad de legislar y, asimismo, se atribuyeron un poderío real absoluto. Sin embargo, como curiosidad, puede destacarse que esta contradicción o paradoja, intentaba resolverse en los mismos textos con fórmulas de compromiso (por ejemplo, en el prólogo 10 y 11 del Espéculo). En definitiva, siguiendo a NIETO y a otros autores, puede decirse que en términos generales el príncipe medieval está sometido a la ley. Ver, NIETO, Alejandro, *El Derecho como límite del poder en la edad media*, ps. 51 - 52, con cita de MARAVALL, José Antonio*, Estado moderno y mentalidad social*, II, 1972, p. 406. En nuestro país, CASSAGNE ha señalado que en el derecho español, previo al proceso constitucionalista, el Derecho del antiguo régimen español (de Aragón, Castilla y Navarra) era favorable a las libertades y estaba más próximo a la división de poderes configurando una verdadera ley fundamental. Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, p. 64.

G) Séptimo. Limitación del poder. Surgió en contradicción con la creciente concentración del poder, los primeros intentos de limitarlo teóricamente. Podemos enunciar cuatro limitaciones primordiales (además de la prohibición de dividir el reino): las jurisdicciones exentas, juzgar por derecho escrito, no juzgar sin acusador y no levantar las penas[1081].

H)Octavo. Gobierno y jurisdicción. La idea de justicia[1082] se equiparó con el gobierno y de ahí que no se pueda contraponer *gubernaculum* (gobierno) y *iurisdictio* (jurisdicción). El gobierno era uno de los cuatros aspectos que asumía la justicia[1083]. Inclusive, hasta finales del siglo XIII la noción de justicia se presentó bajo diferentes acepciones tales como: "*governación en justicia*"; "*administración*"; "*governación del reino*" y "*governación que tomaron en administración*". Estas formas constituyeron un modo más avanzado o diferente de llamar a la justicia.

El contenido de la distinción que la doctrina inglesa le asignaba a ambas nociones, evidenciaba con claridad la configuración del arbitrio o las potestades discrecionales (entendida en términos históricos) del rey. En concreto, para MCILWAIN los actos de gobierno estaban en manos exclusivas del rey cuando éste ejercía su gobierno

---

[1081] Cfr.: SÁNCHEZ DE ARÉVALO, Rodrigo, *Summa de Politica*, 2, 11, Prosistas castellanos del siglo XV, I, Ed. BAE, Madrid, 1959, citado por VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media*, p. 28.

[1082] "Facer Justicia" designaba la potestad real y la gestión de funcionarios que realizan actuaciones específicamente administrativas y la potestad de aquellos otros oficiales que cumplen tareas propiamente jurisdiccionales (…) Dentro de la expresión *"facer justicia"* hay que distinguir la tarea de facer justicia en el sentido de "juzgar" y de otra más amplia que se refería a hacer justicia en el caso concreto, efectivizar lo que se había decidido. Un ejemplo de esta última acepción podía ser representado como la encomendación que hacía el rey para la vigilancia del orden público. Es decir *"…la Justicia medieval no era simplemente la boca de la ley sino también su brazo, puesto que el monarca se servía de ella para ejecutar sus decisiones a falta de un aparato burocrático más diferenciado"*. NIETO, Alejandro, *El Derecho como límite del poder en la edad media*, ps. 26 - 27 con cita de PÉREZ-PRENDES, Jose Manuel, *Facer justicia*, *Notas sobre la actuación gubernativa medieval*, en Moneda y Crédito, n° 129, Junio, 1974. Esta última noción, a nuestro criterio, hoy en día se podría encuadrar (con algunos mínimos matices) en lo que la doctrina brasileña denomina "policía administrativa y judicial". Ver por todos, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Derecho Administrativo*, 1° Ed. en español, Editorial Porrúa, México, 2006, ps. 699 - 703. Para este último autor, la policía administrativa se diferencia de la policía judicial, toda vez que, mientras aquella tiene únicamente por objeto impedir o paralizar actividades antisociales y, asimismo, se rige por las normas administrativas; ésta, en cambio, se preordena a responsabilizar a los violadores del orden jurídico rigiéndose, a su vez, por la legislación procesal penal (Ver, BANDEIRA DE MELLO, *ob.cit.*, p. 701).

[1083] VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media*, p. 30. No obstante, el autor aclara a posteiori, que existieron materialmente asuntos de gobierno y asuntos de justicia encomendados a órganos distintos. Ver, ibídem, p. 119.

(gubernaculum)[1084]. La libre discrecionalidad se ejercía en el *gubernaculum*[1085]. En cambio, en la jurisdicción (*jurisdictio*) existían límites al arbitrio del rey[1086].

Esta última concepción sustentará las bases para la distinción entre asuntos gubernativos y asuntos contenciosos que se dio en el derecho español[1087]. También, podrían estar reflejadas en la distinción alemana entre *Justiz* y *Polizei*. En efecto, la policía la ejercía el Príncipe según su "libre discrecionalidad"[1088]. Más aún, en virtud del principio de separación de autoridades administrativas y judiciales vigente en la Francia del Antiguo Régimen, quien resolvía los conflictos entre el Estado y los particulares era la autoridad administrativa[1089].

La separación de "materias" comenzará a producirse con el transcurso del tiempo a través de la realización y conservación de obras, puentes, caminos (entre otros). Esta circunstancia dio pie a que desde el siglo XIV, comience a esbozarse la concepción de "administración de la cosa pública" como término equivalente al de gobernación[1090].

Pese a ello, seguía siendo un aspecto de la justicia[1091], aunque específico y diferenciado, y cuyos actos se sometieron al control jurisdiccional.

I)Noveno. Alcance del control. En pleno siglo XV se planteó la discusión que hoy late actualmente en los Estados modernos: *el alcance del control*. Uno de los problemas de la

---

[1084]GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Poder y Derecho*, p. 31.

[1085] Ibídem, p. 45.

[1086]Ibídem, p. 32.

[1087]Ibídem, p. 34.

[1088]Ibídem, p. 45.

[1089]Ibídem, p. 246, con cita de BÉNOIT, Francis Paul, *Le droit administratif francais*, 1968, p. 271 y ss. BÉNOIT destaca dos tendencias que se manifestaron y evolucionaron lentamente hasta el final de la monarquía. Destaca textualmente: "La primera es una tendencia hacia la distinción de funciones administrativas y funciones jurisdiccionales. Algunos delegados del rey se especializan poco a poco en lo que nosotros consideramos actualmente como tareas administrativas, otros en lo que nosotros consideramos misiones jurisdiccionales (…) La segunda tendencia fue introducir una especialización en el seno mismo de la función jurisdiccional. Este fenómeno se manifiesta, en primer lugar, de forma en cierto modo negativa. Los jueces encargados de resolver los litigios entre particulares y de asegurar la represión penal ven su competencia limitada a estos únicos objetos. Todo lo referente a los asuntos del Estado y a los asuntos administrativos escapa a su competencias (…) Para resolver sobre los asuntos administrativos contencioso, estos organismos administrativos se jurisdiccionalizaban". Ver, BÉNOIT, Francis Paul, *El derecho administrativofrancés*, traducción de GIL CREMADES, Rafael, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, ps. 342 - 343.

[1090]VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media*, ps. 26 - 27. En consonancia, NIETO afirma que, desde el punto de vista material son absolutamente predominantes las normas que hoy llamaríamos de Derecho administrativo, teniendo en consideración al conjunto de organizaciones públicas (además del rey) y a las corporaciones que se ocupaban de cuestiones que hoy en día serían reguladas por el Derecho administrativo. NIETO, Alejandro, *El Derecho como límite del poder en la edad media*, p. 25 con cita de GARCÍA GALLO, *La división de competencias administrativas en España en la Edad Moderna*, en: "*Actas del II Sympósium de Historia de la Administración",* 1971, p. 294.

[1091] Otro aspecto de la justicia tenía que ver con lo espiritual, con la misión de orientar al gobernante.

época consistía en determinar si resultaba posible controlar no sólo los actos contra derecho de los oficiales, sino también la *oportunidad o el acierto de la gestión*[1092].

J)Décimo. Facultades legislativas. La derogabilidad singular de los reglamentos **s**e produjo una lucha por el ejercicio de las facultades legislativas[1093]. Se consolidó la conexión entre los principios del derecho romano[1094] sobre el carácter absoluto de la potestad del príncipe y su intervención en la legislación[1095].

Aparece así, de modo expreso, el problema de la "*inderogabilidad singular de los reglamentos*" que se configuró como un agravio clásico[1096] y que, posteriormente, sería limitado por las Cortes de Bribiesca en 1379 bajo la siguiente premisa: "El rey no podrá derogar en ningún caso singularmente el derecho. Ni las leyes que él dio, ni las que hizo en Cortes, ni los Fueros y ordenamientos de los reinos. El rey queda así vinculado por sus propios actos y por las leyes del reino"[1097].

K) Onceavo. Cláusulas exorbitantes. En este contexto, las "*cláusulas exorbitantes*"[1098] constituían la pretensión o agravio contra las manifestaciones de los reyes que pretendían seguir derogando singularmente las leyes.

[1092] En efecto, no se trata ya de actos de mera ejecución del derecho o de actos normativos, sino de la gestión política y económica del bien público. "*Esta gestión será atacable siempre que lesione un interés o un derecho del particular. Y es ahora cuando se inician los tanteos en la forma de impugnar estas nuevas actuaciones de los gobernantes…*". VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *ob. Cit.*, ps. 76 - 77.

[1093] El núcleo de discusión se focalizaba en si el rey podía desconocer las leyes en casos singulares o, asimismo, si podía derogarlas o desoírlas.

[1094] Los Consejos y Audiencias como órganos de administración de justicia y gobierno en Castilla, se empiezan a organizar en el siglo XIII con arreglo a los moldes procesales suministrados por las dominantes concepciones romano-canónicas. Ver, ARRIETA ALBERDI, Jon, *Justicia, gracia y gobierno en la castilla bajomedieval y moderna: dos recientes aportaciones*, en Revista Pedralbes, 16, 225-235, 1996, p. 226. El autor aquí comenta las obras de DE DIOS, Salustiano, *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474-1530*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 y GARRIGA, Carlos, *La audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994. No debemos perder de vista que la forma del Estado en Roma, muy esquemática y sucintamente, transitaba por las tres bases en las que se fundamentaba la República: el poder, la autoridad y la libertad. En la edad media, esta forma continuó hasta que se impuso la figura del Monarca o del Pueblo soberano, desapareciendo así, la distinción entre el poder y la autoridad, la cual, reaparecería actualmente con la atribución a Autoridades independientes de un magisterio tecnocientífico sobre el poder. "*La razón del poder ya no se busca más entonces en una instancia soberana que trasciende la sociedad, sino en reglas de funcionamiento inherentes a ésta. A partir de allí, la cuestión del poder ya no se plantea en términos de gobierno soberano, sino de gobernación eficaz*" Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus, Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, ps. 211 - 212.

[1095] VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media*, p. 90.

[1096] Ibídem, p. 92. La significación y evolución de la indurabilidad singular de los reglamentos en España, es puesta de relieve con claridad meridiana por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo,*Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos*, en Revista de Administración Pública, nº 27, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 1958, p. 63 y ss.

[1097] GARCÍA-GALLO, A., *La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*, en Estudios de Historia del Derecho Indiano, Madrid, 1972, p. 185 y VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media*, p. 92.

[1098] Las *cláusulas exorbitantes o exorbitancias* de derecho son definidas como aquellas en las cuales "*se dice non*

L) Doceavo. Desviación de poder. Los actos de gobernación podrán ser impugnados, entre otras razones, por los "abusos o excesos de poder de los oficiales". También podían ser atacados por la "utilización maliciosa del mismo" (se encuentra en esta concepción, en forma prístina, el germen de la noción de "desviación de poder").

A su vez, se pondría de relieve la "…dificultad que en todos estos casos constituía la prueba de la intención…" ya que, en esta clase de actos "…no son clara y manifiestamente ilegales, sino que pueden revestir una apariencia de derecho"[1099]. En definitiva, tenían apariencia de legalidad y, no obstante, se orientaban hacia un fin distinto al pretendido por el derecho[1100].

M) Treceavo. Agotamiento de la vía. La vía de gobierno se instituiría como una instancia "*previa*" a la judicial. Antes de acudir al "proceso", se debía concurrir al superior de quien dictó el acto agraviado[1101]. Se instituyó en esta época, de tal modo, una auténtica vía de recursos independiente de la judicial[1102]. No obstante (cabe aclarar), ambas vías coincidan en su vértice en la figura del rey[1103]. El acudir a la vía de gobierno[1104] o a la judicial era opcional e incluso, alternativa[1105].A su vez,la jurisdicción, el territorio y jerarquía de "*iurisdicentes*", harían posible que los conflictos necesitados de solución pudiesen recorrer

---

obstante leyes e ordenamientos e otros derechos, que se cumpla e se faga lo que vuestra sennoría manda, e que lo manda de cierta ciencia e sabiduría e podería rreal absoluto, e que revoca e casa las dichas leyes que contra ello, fazen o fazer pudan". Ver, VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *ob. Cit.*, p. 93 y especialmente nota al pie nº 149.

[1099]Ibídem, ps. 100 - 111.

[1100] Ibídem, p. 111.

[1101] Ibídem p. 122. Sin embargo, el precitado autor pone de relieve que, por regla, la elección de la vía de gobierno sería opcional. Ver, ibídem, p. 125.

[1102] En Castilla, hacia el Siglo XIV, existía un ejercicio de la jurisdicción por distritos territoriales, gradación jerárquica de las instancias; disposición de una última instancia de apelación y suplicación junto al rey, consolidación de la función de órganos ejercientes de la jurisdicción real tanto por la "vía de justicia como de gobierno". ARRIETA ALBERDI, Jon, *Justicia, gracia y gobierno en la castilla bajomedieval y moderna: dos recientes aportaciones*, p. 226.

[1103] Las similitudes que se presentan entre los principios del procedimiento administrativo y el denominado "derecho procesal administrativo" actual nos enerva de mayores comentarios. Más aún, ambas vías en la edad media, se distinguían por a) la denominación (en un caso se llama *apellatio* y en otro *provocatio* o petición); b) El fundamento de la causa. En la vía judicial habrá de ser determinado y cierto, en la gubernativa bastará con la genérica e incierta; c) Puede suplirse por un agravio que se teme, mientras que sólo se apelará de actos –hechos o sentencias- pasados; d) En la petición es distinto el régimen de la prueba; e) Mientras que en la apelación se trata, por lo general, de impugnar una sentencia, en la petición se ataca el hecho; f) en la judicial existe un procedimiento rígido y minucioso que no se presenta en la vía gubernativa. VILLAPALOS SALAS, Gustavo, *ob. Cit.*, ps. 123 - 124.

[1104] El recurso de gobierno se encauzaba en un procedimiento específico y simplificado que se extendía a los casos en que: 1) se impugnara los actos contra derecho del rey, los señores y las corporaciones; 2) existieran conflictos de poder y jurisdicción y 3) la deducción de responsabilidad patrimonial. Ibídem, p. 125.

[1105] Se podía así, acudir a una u otra o ambas a la vez. Ver, ídem. En contra, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Poder y Derecho*, p. 72. Sin embargo desde otro sector se argumenta que el principio de ejecutividad de los acuerdos de los Ayuntamientos estaba ya asentado toda vez que el recurso al corregidor sólo tendría efecto devolutivo. Ver, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *ob. Cit.*, p. 72.

un camino que: "…en su caso, les pueda conducir a la máxima autoridad jurisdiccional, que ha de recibirlos, oírlos y resolverlos"[1106]

O)Quinceavo. **Poder soberano inmune.** La tendencia del príncipe en asumir mayores potestades (intensificar el poder *regio*), se dio a la par de la utilización de las técnicas del derecho Romano[1107]. En todo momento en la Edad media se evidencia que el derecho romano coadyuvó y otorgó un sustento histórico para que el monarca conservase "…un núcleo de poder soberano inmune"[1108].

Aquí detectamos la zona exenta de restricciones que aparece bajo el poder del "gobierno" a cargo el rey; en cambio, el poder de la jurisdicción, debía atenerse a las leyes[1109]. Pero, no puede pasarse por alto que, en definitiva, si bien la soberanía está en cabeza del monarca, éste se encuentra de "algún modo" sometido a un conjunto de reglas.

[1106] ARRIETA ALBERDI, Jon, *Justicia, gracia y gobierno en la castilla bajomedieval y moderna: dos recientes aportaciones*, p. 227.

[1107] Desde cierta concepción, la historia del Derecho en la baja edad media es "…la historia de una tensión política entre el monarca, que pretende imponer el Derecho romano, y los vasallos y los nobles, por el otro lado, que defienden encarnizadamente el viejo Derecho, que garantizaba sus libertades". Esta situación, respondía por cierto, a la influencia y utilización deliberada del derecho romano por parte del monarca, a los fines de acrecentar la plenitud del poder del príncipe. Lo que se denomina potestad regia. NIETO, Alejandro, *El Derecho como límite del poder en la edad media*, ps. 45 - 46. En forma sucinta, se puede ilustrar el foco de dicha tensión, en las palabras de GARCÍA PELAYO, para quien "la privación del Derecho nuevo sobre el viejo no sólo contradecía a un ideal jurídico, sino también a los derechos adquiridos dentro del orden hasta entonces indiscutiblemente vigente, y especialmente, aunque por motivos distintos, a la vida jurídica de los campesinos y de la nobleza. El antiguo orden jurídico permitía a los campesinos ciertos aprovechamientos en las propiedades de los señores, como, por ejemplo, el derecho de pesca, de cada o de leña en determinadas circunstancias; en cambio, el nuevo derecho de propiedad, de inspiración romanista, elimina, en principio, todo aprovechamiento de la propiedad ajena, ya que la configura como Derecho plano y excluyente. Las antiguas formas procesales eran, sin duda, inseguras, pero de decisión rápida; el nuevo proceso era, sin duda, más preciso y racional, pero, por ello mismo, más lento; lentitud de la que se culpa a la mala intención, desidia y bajo interés de los juristas; el antiguo proceso era simple, y cualquier aldeano sabía actuar en él; en cambio, el nuevo es complejo, usa fórmulas cultas más allá de la comprensión de un campesino". Ver, GARCÍA PELAYO, Manuel, *La idea medieval del Derecho*, en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, 1968, ps. 131 - 132, citado por NIETO, Alejandro, *ob. Cit.*, p. 47. En suma, en palabras de NIETO, "*Gracias al derecho romano, se magnifica, de hecho, el papel jurídico del príncipe dentro de la comunidad*". NIETO, Alejandro, *ob. Cit.*, p. 46. En similar sentido, Tomás Ramón FERNÁNDEZ, siguiendo a GARCÍA PELAYO, sostiene que la relación entre el derecho y los juristas implicados en el Poder, se caracterizó (con la aparición del Estado moderno, los Reinos nacionales y la Monarquía absoluta) por la puesta a disposición del Príncipe los materiales que el Derecho Romano del Bajo Imperio elaboró al servicio del emperador. Ver, FERNÁNDEZ, Tomás, Ramón, *De la Arbitrariedad de la Administración*, 4° Ed. (corregida), Civitas, Madrid, 2002, ps. 124 - 125 con cita de GARCÍA PELAYO Manuel, *La idea medieval del Derecho*, en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, 1968, p. 104 y ss.

[1108] Esto no puede conducirnos a interpretar que el monarca no estaba sometido a las leyes. En efecto, si bien podría acontecer que el monarca se sintiera políticamente por encima de las leyes, ello no implicaba que no esté vinculado a los Tribunales. De otro modo, como apunta NIETO, no tendría razón de ser el aparato jurisdiccional y el correspondiente sistema de recursos montado al efecto. Inclusive, tampoco tendría sentido un constante reconocimiento y declaración de derechos y libertades que se hacía en beneficio de individuos y colectividades. Esta circunstancia, también se corroboró en la medida en que no era el monarca, sino sus oficiales quienes ejercían materialmente el poder. Ellos, salvo excepciones, no gozaban de inmunidad en relación con los Tribunales. NIETO, Alejandro, *ob. Cit.*, p. 48.

[1109] VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 28.

§3. La transición hacia el Estado Moderno

La principales características reseñadas en el punto precedente, evidencian que en algún punto de la historia se configuró un quiebre que distorsionó la percepción de dicho período[1110]. Como consecuencia, en forma generalizada, existió una concepción de la Edad media como un modelo de neto corte absolutista[1111], "sin derecho". De este modo, se redujo drásticamente la visión de dicho período de modo exclusivo como un ejercicio arbitrario del poder[1112].

A nuestro entender, hay dos eventos que contribuyeron de modo decisivo a la tergiversación aludida.

El primero se desarrolló en España a través del reinado de Enrique IV en Castilla (1454 a 1475). Este rey ha sido reflejado, con razón, de modo negativo. De hecho, cuando asumió Fernando el Católico, éste superaría los males anteriores y resaltaría su imagen para anteponerla a la de su antecesor. Fernando fue conceptualizado como un príncipe virtuoso a los fines de restaurar la grandeza y reputación de la Monarquía hispánica[1113].

Este enfrentamiento marca un antes y un después: una época de decadencia y otra, de esplendor. Así, la razón de Estado o la preservación y acrecentamiento a través de medios legales, morales o religiosamente dudosos, dió lugar a un profundo debate político en el siglo XVII[1114].

[1110] SPOTA ha destacado que la expansión del comercio y los descubrimientos científicos y geográficos habidos en los siglos XV y XVI hicieron aflorar en el hombre renacentista un anhelo de cortar las ligazones que lo unían con la vida feudal y las corporaciones medievales. Según este autor "Sólo el convulsionado clima de dudas e incertidumbres propio de los siglos XV y XVI en los que sucumbe la cosmovisión medieval sin haber sido reemplazada por ninguna otra, alcanza verdadero significación y sentido la teoría cognoscitiva cartesiana. Atento a los cambios renacentistas la cosmovisión aristotélica-medieval del mundo se conmovió de cuajo". Ver, SPOTA, Alberto Antonio (h), *Método cartesiano iusnaturalismo y sistema republicano de Gobierno*, Boletín Informativo, Asociación Argentina de derecho constitucional, Año XVII, n° 181, Mayo, 2001, ps. 9 - 11.

[1111] Según FIORAVANTI, a partir del siglo XVI la constitución medieval se encontró cada vez más en declive porque "…su carácter compositivo y plural es destruido crecientemente, desde su raíz, por parte del cada vez más extenso poder de normación de los soberanos inspirados en lógicas más o menos férreamente absolutistas". Ver, FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, ps. 56 - 57 con cita de TENENTI, A., *L´etá moderna* (XVI-XVIII secolo), Bologna, 1990.

[1112] Para apreciar esta visión en España, resulta particularmente esclarecedor el estudio de FERNÁNDEZ APARICIO, Javier, *La imagen del rey Enrique IV de Castilla en la primera mitad del siglo XVII: Absolutismo y justicia en el diálogo entre dos épocas*, en Revista En la España medieval, Nº 27, ISSN: 0214-3038, 2004, ps. 339 - 381. Ver, asimismo, BARROS, Carlos, V*asallos y señores: Uso alternativo del poder de la justicia en la Galicia bajomedieval*, disponible en http://www.h-debate.com/cbarros/spanish/uso_alternativo.htm. En nuestro país, de modo sintético, Alberto SPOTA aludió a las causas de la creación intelectual de la forma republicana de Gobierno a los efectos de ilustrar los cambios que se produjeron a partir de los siglos XV y XVI. Ver, SPOTA, Alberto Antonio (h), *Método cartesiano iusnaturalismo y sistema republicano de Gobierno*, ps. 10 - 13.

[1113] FERNÁNDEZ APARICIO, Javier, *La imagen del rey Enrique IV de Castilla en la primera mitad del siglo XVII: Absolutismo y justicia en el diálogo entre dos épocas*, p. 343.

[1114] También en Francia comenzaba a operar un cambio de paradigma. La crítica del gobierno de Luis XIV

El segundo evento se dio en Francia con el gobierno de Luis XIV (1653-1715)[1115]. Para él "…todo poder, toda autoridad reside en manos del rey y sólo debe haber en el reino la autoridad que él establece"[1116]. De ahí la célebre frase que se le atribuye "…el Estado soy yo"[1117].

El reinado de Luis XIV constituyó el apogeo de lo que WILSON llamó "El gobierno personal". En efecto, a partir de Luis XIV toda la nobleza de Francia estaba "fundida en su persona en la corte del rey". Por tanto, "Atrajo hacia sí a todos los hombres nobles y ambiciosos, fundiéndolos en sí mismos, y no dejó entre la monarquía y las masas populares nada que amortiguase el terrible choque de la revolución"[1118].

De allí que a esta forma de gobierno se la haya denominado Estado Absoluto y designe una época caracterizada por procesos de centralización y concentración del poder en manos del Monarca, en la que el poder de los estamentos de la época anterior, sufrió un retroceso[1119].

En ese contexto, el Rey se consagró como único legislador y juez, si bien sus resoluciones sólo adquirirían fuerza legal con la conformidad del *parlement*. Y si bien, el absolutismo no vació de contenido los poderes estamentales intermedios, la nobleza, la Iglesia y las Ciudades, los dejó considerablemente debilitados[1120].

En otro orden de cosas, el absolutismo no se impuso, ni de igual manera, ni al mismo tiempo en todos los Estados de Europa. En Inglaterra, Suecia o Polonia, apenas puede

---

que se inició a fines del siglo XVII, fue producto de una "…mera reacción de hombres conscientes a los efectos lamentables del mal gobierno".

[1115] Afirma al respecto SPOTA: "No olvidemos que pese a la carencia de documentación que lo avale, se le ha atribuido a Luis XIV el haber pronunciado en reiteradas oportunidades <<el Estado soy yo>>. Ésta era la doctrina política de ese momento. El monarca concentraba en sus manos la facultad de hacer y aplicar la ley a su gusto y antojo". Ver, SPOTA, Alberto Antonio (h), *ob. Cit.,* p. 12. Una breve y detallada referencia acerca de Luis XIV puede verse en BIANCHI, Alberto, *Breve historia de la formación constitucional francesa*, en Revista de derecho administrativo, N° 75, Abeledo Perrot, Enero-Marzo 2011, ps. 33 - 34, nota 1.

[1116] Cfr.: BIANCHI, Alberto, *ob. Cit.*, p. 34, con cita de Luis XIV, *Memorias sobre el arte de gobernar*, versión española publicada por Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1947, p. 59.

[1117] Ver, VANOSSI, Jorge Reinaldo A. - DALLA VIA, Alberto Ricardo, *Régimen constitucional de los tratados*, 2° Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 416.

[1118] Ver, WILSON, Woodrow, *El Estado. Elementos de política histórica y práctica*, introducción de BROWNING, Oscar, traducción española y estudio preliminar de POSADA, Adolfo, Editorial Americana, Buenos Aires, 1943, p. 224, párrafo 382.

[1119] Cfr. BENZ, Arthur, *El Estado Moderno,* Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 38.

[1120] Ídem.

hablarse en el mejor de los casos, de una corta fase de Absolutismo, mientras que en Francia se mantuvo por más de dos siglos y consiguió un desarrollo total[1121].

Sobre esta base la imagen de la práctica bajomedieval, sería referenciada casi con exclusividad, como un período en el que el rey quería imponer su voluntad al margen de consenso o reglas establecidas[1122].

Quizás, hayan sido estas las razones que han contribuido a que, como bien ilustra BIANCHI se sostenga que: *"En 1789 los franceses quisieron reinventarse a sí mismos y pretendieron cambiar todo. No dejaron en pie ni siquiera el calendario. Quisieron hacer todo de nuevo, como si la historia fuera susceptible de ser olvidada"*[1123].

Parece razonable entonces que el último período de la Edad Media fuera objeto de una serie de embates[1124] que pretendían abandonar y cortar de cuajo una época oscura. En este escenario, estalló el *debate en torno a la discrecionaldiad del poder del príncipe* y su ámbito de actuación a raíz de las necesidades de la realidad política.

Entre muchas otras discusiones, la figura de Enrique IV coadyuvó a poner en crisis la justificación de la potestad discrecional para actuar en casos excepcionales. Se situó en el centro de escena, los márgenes de poder carentes de mecanismos de control jurídico o ético[1125].

En Francia, por ejemplo, a partir de 1.573, HOTMAN insistió en un modelo jurídico de gobierno contrapuesto al absolutismo romano que la monarquía francesa quería resucitar[1126].

A partir del siglo XVII el aparato administrativo que los reyes habían puesto a disposición de la monarquía[1127], se consolidó e impregnó a él a través de la voluntad

---

[1121] Ibídem, p. 42.

[1122] Desde cierto sector doctrinal, se atribuye dos caracteres típicos del monarca absoluto. Primero, la unidad de comando mediante la cual se destruyó el poder político de todos quienes pudieran invalidar con el rey, especialmente la nobleza, el clero y el pueblo. Inclusive, la conducción de las relaciones exteriores fue lo que permitió la consolidación del poder real. Segundo, la idea de que la persona del rey era sagrada por ser vicario de Dios en la tierra. Al ser absoluto el poder de Dios, era natural que lo fuera el de su representante. Ver, BIANCHI, Alberto, *Breve historia de la formación constitucional francesa*, p. 36 con cita de BRISSAUD, Jean, *A History of French Public Law*, versión inglesa de GERNER, James, Little Brown & Co., Boston, 1915.

[1123] Ver, BIANCHI, Alberto, *ob. Cit.*, p. 112. Aquí se advierte el fenómeno que KUHN enuncia bajo el postulado "Las revoluciones como cambios de la visión del mundo". Según KUHN, el historiador de la ciencia puede sentir la tentación de proclamar que cuando cambian los paradigmas, el propio mundo cambia con ellos. Ver, KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, p. 212.

[1124] FERNÁNDEZ APARICIO, Javier, *La imagen del rey Enrique IV de Castilla en la primera mitad del siglo XVII: Absolutismo y justicia en el diálogo entre dos épocas*, p. 344.

[1125] La figura del perdón o gracia real, sería objeto de debate. Ver, ibídem, p. 365 y ss.

[1126] FOUCAULT, Michel, *Genealogía del Racismo*, p. 101.

arbitraria a ilimitada que éste ejercería sobre una administración que se hallaba en su posición[1128]. Este mecanismo, desde la concepción de FOCAULT, "…ligó el aparato administrativo con el absolutismo del Estado"[1129].

Por tanto, como bien lo pone de relieve MAURER, las prerrogativas del monarca, las que eran concebidas en sus orígenes de modo excepcional, se expandieron hasta convertirse en el fundamento del amplio conjunto de prerrogativas reconocidas a monarcas y príncipes[1130].

§4. El surgimiento y la consolidación de la doctrina de la soberanía de la modernidad.

Ahora bien, este corte que se ha podido verificar y que pretendió desligar cualquier evidencia de los rasgos e instituciones de la Edad media, no pudo romper, como es lógico, con determinados pensamientos que habían sido desarrollados por los teóricos del Estado.

En efecto, creemos que el punto de inflexión hacia una transición que pretendió clasificar las partes del Estado[1131] operó con la obra de MARSILIO[1132] (1275-1342) y se mantuvo hasta la época de MONTESQUIEU[1133].

1127 El absolutismo presentaba ya las características esenciales que serían decisivas para el Estado Moderno, a saber: El monopolio del poder en manos del Estado; La burocracia; la creación de un ejército; El control de la economía, la discusión de las asociaciones personales medievales (es decir, la consolidación del territorio del estado) y finalmente, como producto de las guerras, la creación de un sistema internacional de Estados. Ver, BENZ, Arthur, *El Estado Moderno*, ps. 25 – 135.

1128MAURER también destaca que el Estado absoluto de los siglos XVII y XVIII, se caracterizó como un período en donde se amplió el poder del Estado y se concentraron las prerrogativas estatales en los monarcas y príncipes. Este Estado absoluto, afirma el autor alemán, también recibió la denominación de Estado de policía. Ver, MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, ps. 60 - 61.

1129 FOUCAULT, Michel, *Genealogía del Racismo*, p. 108.

1130 MAURER, Hartmut, *ob. Cit.*, ps. 60 - 61.

1131 En nuestro derecho, FAYT con claridad meridiana, expuso en un cuadro sinóptico la "ORGANIZACIÓN DEL PODER". Ver, FAYT, Carlos, S., *Derecho Político*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, ps. 422 – 428.

1132 La novedad teórica que MARSILIO introduce tiene que ver con el origen de la fuerza coactiva del gobernante. MARSILIO postula que dicha fuerza no es inherente a él ni existe de manera natural y necesaria. Por el contrario, debe provenir de la comunidad política en su conjunto, que atribuye esa fuerza al gobernante. Sostiene textualmente MARSILIO: "El legislador, o la causa primera y eficiente de la ley, es el pueblo o el conjunto del cuerpo de los ciudadanos o su parte preferente (*pars valentior*), mediante su elección o voluntad, expresada con las palabras en la asamblea general de los ciudadanos". Ver, FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, ps. 53 - 54.

1133La obra de MARSILIODEPADUA en el siglo XIV, evidencia el lazo existente entre la aparición del concepto de función legislativa y ejecutiva y el final de la visión medieval sobre la naturaleza de las leyes. Ver, GILBY, Thomas, *Principality and Polity*, Londres, 1958, p. 292 citado por VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 29. También es importante poner de relieve que durante el siglo XVII, las funciones estatales se dividían en dos categorías y la ejecutiva se consideraba como equivalente a la judicial. Ambas nociones, en numerosas oportunidades se utilizaron como sinónimos y, a lo largo de los siglos, las funciones que hoy conocemos (legislativa, ejecutiva y judicial), han significado diferentes y disímiles alcances. Para apreciar la visión de las funciones del estado predominante en el siglo XVII, Ver, MILTON, John, *Eikonoklastes*, Londres, 1649, p. 57, citado por VILE, M.J.C., *ob. Cit.*, p. 33.

Para MARSILIO, la división de funciones se atribuía a instancias diferentes y, sin embargo, el fundamento de tal división de tareas se debía a la eficacia y no como intento para limitar el poder del Estado [1134]. Pero además, ya en este período, comienzan a expresarse de manera plena y radical las "doctrinas de la soberanía".

En este sentido merecen destacarse las concepciones de HOBBES (1588-1679) y BODIN [1135] (1529-1596). Ambos, constituyen claros ejemplos de pensadores que expresaron de manera plena y radical, los rasgos de la moderna noción de soberanía[1136].

BODIN, produjo una verdadera ruptura del ordenamiento medieval de los modernos [1137] pues pretendió descubrir la naturaleza de los poderes que pertenecían al soberano[1138].

En esta interpretación, el rey no era soberano en razón de su titularidad de múltiples y vastos poderes (por ejemplo, los nueve principales "poderes de la soberanía"[1139], entre los

---

[1134]Por esta razón, VILE (siguiendo a GEWIRTH) considera que MARSILIO no se ocupó, al menos en forma directa, de la separación de poderes. GEWIRTH, Alan, *Marsilius of Padua: The Defender of Peace*, vol. I, Columbia University Press, Nueva York, 1951, p. 235. En nuestro país, LINARES QUINTANA sostuvo desde antaño que el principio de separación de los poderes surge como "un arma de guerra dirigida contra el poder absoluto". Ver, LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno y Administración de la República Argentina*, TEA, Buenos Aires, 1946, p. 72.

[1135] La doctrina moderna francesa, califica a Jean BODIN como el primer gran teórico del Estado Moderno. Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus, Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 210. Los Seis Libros de la República que publica Jean BODIN en París en 1576, constituye, según autorizada doctrina española, la indiscutible acta intelectual de nacimiento del concepto de soberanía que servirá para consolidar el Estado moderno. Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, 2° Ed., reimpresión, Iustel, Madrid, 2009, p. 107. En nuestro país, BIANCHI se ha referido a calificado a BODIN como un sostenedor teórico del absolutismo monárquico en Francia. Ver, BIANCHI, Alberto, *Breve historia de la formación constitucional francesa*, p. 41.

[1136] A BODIN se lo considera el teórico más relevante de la soberanía de la alta modernidad. Ver, DIPPEL Horst*, Constitucionalismo moderno,* traducción de ÁLVAREZ ALONSO, Clara y SALVADOR MARTÍNEZ, María, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 22. En consonancia, FERRAJOLI destaca la a BODIN y a HOBBES como los que atribuyeron un punto de apoyo sólido al atributo de la soberanía que sembró el germen de la futura historia del derecho público. Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y garantías, La ley del más débil*, 7° Ed., traducción de PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés y GREPPI, Andrea, Trotta, Madrid, 2010, p. 134. En similar sentido, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, ps. 454 - 455.

[1137] Ver, FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, p. 73.

[1138] En la tesis de BIANCHI, aun cuando BODIN no propició la existencia de un monarca absoluto, su teoría de la soberanía lo favoreció. Ver, BIANCHI, Alberto, *Breve historia de la formación constitucional francesa*, p. 42.

[1139] En la lectura de BODIN, es soberano quien decide sobre una situación excepcional al mismo tiempo que, el soberano, no está sujeto a ninguna ley y que "el orden jurídico, al igual que cualquier orden, se basa en una decisión y no en una norma". Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus, Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 210 con cita de SCHMITT, Carl, *Théologie politique*, Gallimard, París, 1988, p. 19 y BODIN, Jean, *Les Six Livres de la République*, ed. De 1583 presentada por MAIRET, Gérard, Libro I, cap. IX, LGF, 1993, p. 139. SUPIOT, no obstante, destaca que la manera en que BODIN había caracterizado la soberanía es incapaz de dar cuenta de las metamorfosis contemporáneas del Estado. Ver, SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus, Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 211. ROUSSEAU se opondría a la teoría de las partes de la soberanía que admitían todos los escritores políticos de la época. Para él, la soberanía era inalienable e indivisible. Ver, ARMIÑO, Mauro, en Prólogo a la obra de ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social,* T. I,

cuales estaba el poder de declarar la paz o la guerra y el de acuñar moneda, entre otros[1140]), sino porque esos poderes estaban dotados en él y sólo en él, de un carácter particular, el de la soberanía[1141].

En ese contexto, se le atribuye a la soberanía los siguientes rasgos: un poder absoluto[1142], perpetuo[1143], sobrehumano[1144], inalienable, y no sometido a las leyes (sólo a las leyes de Dios)[1145].Pero no puede pasarse por alto que las clasificaciones de la soberanía seguían respondiendo a la división básica entre poder legislativo y ejecutivo que ya había expuesto MARSILIO (1275-80 - 1342-43)[1146].

¿Qué significaba poder absoluto? En la tesis de BODIN implicaba que en una comunidad política bien ordenada, que realmente aspira a evitar el conflicto y sobre todo el peligro de su disolución, debían admitirse prerrogativas, poderes que no podían ser compartidos[1147]. Así, un poder originario, que no deriva de otros poderes, no tiene y no debe tener controles, anteriores a él, ni junto a él, con los que esté de algún modo obligado a pactar o a compartir. En otras palabras, el absolutismo del poder soberano coincide con su *indivisibilidad*[1148].

Además, BODIN[1149] llamó "poderes de la soberanía" a los que presentaban como las facultades propias del ejecutivo que importarían un *mayor grado de discrecionalidad* en su ejercicio[1150].

Aguilar, Buenos Aires, 2010, p. 32. La soberanía inalienable e indivisible, es tratada por ROUSSEAU en el libro segundo, capítulos I y II, de la célebre obra el contrato social. Ver, ROUSSEAU, Jean-Jacques, *ob. Cit.*, ps. 53 - 55.

1140VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 37.

1141Cfr.: FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, p. 73.

1142Cfr.: FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y garantías*, *La ley del más débil*, p. 134. Según FIORAVANTI, el poder soberano perpetuo y absoluto no implicaba que carezca de límites. Afirma en tal sentido el autor italiano: "El poder soberano no es por ello un poder ilimitado. Es más bien un poder que por su naturaleza escapa de la dimensión constitucional del control y del contrapeso por parte de otros poderes". Ver,FIORAVANTI, Maurizio, *ob. Cit.*, p. 75 con cita de MCILWAIN, Charles Howard, *Constituionalism and the Changing World*, New York, 1947, p. 23 y ss.

1143 Cfr.: FIORAVANTI, Maurizio, *ob. Cit.*, p. 73 y BIANCHI, Alberto, *Breve historia de la formación constitucional francesa*, p. 42.

1144 SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus, Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, p. 211.

1145 TARDIF, Eric, *Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo*, Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Año XVI, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, p. 309.

1146 MARSILIO de Padua fue un autor italiano que, entre otros objetivos, escribía para destruir todo el sistema de imperialismo papal que se había desarrollado con la práctica de Inocencia III y la teoría del derecho canónico. Ver, SABINE, George, H., *Historia de la teoría política*, p. 235.

1147FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días,* p. 74.

1148 Ibídem, p. 75.

1149 En nuestro país puede verse una breve descripción de la vida y pensamiento de BODIN en BIANCHI, Alberto, *Breve historia de la formación constitucional francesa*, p. 42.

1150 En este aspecto, TRISTÁN BOSCH al abordar los órganos y funciones en el Estado descripto por

El paso posterior lo da HOBBES en la justificación de la soberanía personificada en el Monarca.

HOBBES escribe en Inglaterra luego de los sucesos de 1649: La condena a muerte del Rey, la abolición de la Cámara de los Lores, la caída de la tradicional constitución mixta inglesa. En su visión, se había llegado a esa situación en que la cosa pública, la *Commonwealth*, el Estado, se dividía cada vez más en tres facciones, que aspiraban cada vez más abiertamente a la conquista del poder soberano con lo que la guerra civil era inevitable[1151].

En este contexto, la soberanía en Hobbes parte de la base de la asociación de los individuos para salir del Estado de Naturaleza. Así, configura un poder soberano que es generado por la voluntad de los individuos, pero a la vez que no se confunde con esa voluntad. A ese fin distingue entre: autonomía y representación.

La autonomía indica el momento en que los individuos absolutamente iguales en el estado de naturaleza -y por eso sometidos a peligros del ilimitado deseo de cada uno de adueñarse de todos los bienes del otro-, deciden salir de esa precaria situación e instituir un soberano en común para salvar del conflicto sus vidas y personas.

Pero los individuos en este Estado de naturaleza, no están unidos en un ser colectivo, no existe un pueblo o una sociedad civil. La autorización de los individuos implica la necesaria representación.

De esta manera, entiende que ese poder reside en el soberano y, además, implica la imposibilidad de oposición a él, porque de suceder se debilitaría su capacidad de

---

MONTESQUIEU, entiende que el autor francés, al enumerar las facultades propias del ejecutivo, se refiere a las que importan *un mayor grado de discrecionalidad en su ejercicio.* En este aspecto coincidiría con la enumeración dada por LOCKE al referirse al poder federativo. Así, se atribuyó a la función ejecutiva el hacer la paz o la guerra, enviar o recibir embajadores, establecer la seguridad, entre otros. Ver, TRISTÁN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, p. 64. También el autor argentino introduce (citando a FUZIER Herman), la noción de ejercicio de la función judicial como carente en absoluto de discrecionalidad, dado que "la función del juez es reglada en el sentido más absoluto del término". "El juez no es sino un signo matemático que expresa la relación entre la regla general y el caso particular". Ver, ídem. Como podremos evidenciar al profundizar la noción y ubicación de la discrecionalidad, el rol del intérprete no podría ser considerado bajo ningún punto de vista bajo un "signo matemático". No debemos olvidar que, como bien pone de relieve VILE, la modificación más importante que hizo LOCKE en la concepción de las funciones del Estado fue su intento de realizar una nueva división dentro del poder ejecutivo de forma que respondiera a las diferencias existentes entre las responsabilidades del Estado internas y las externas. VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 67. En ROUSSEAU, el acto de declarar la guerra o la paz, no pueden ser considerados como actos de soberanía. En efecto, ninguno de ellos es una ley sino una aplicación de la ley, un acto particular que determina la misma. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, T. I, p. 55.

[1151] Cfr..HOBBES,*El Leviatán*, Libertador, Buenos Aires, 2004, cap. 29, en que crítica a la constitución mixta de manera clara.

representar el orden civil y político de los que los individuos forman parte y, así, se condenarían a caer nuevamente en el Estado de Naturaleza[1152].

En HOBBES el deber del soberano es cuidar de la vida de los individuos y mantener las condiciones necesarias para su desenvolvimiento en un marco de orden y de respeto a ciertos derechos; el principal, el de propiedad. Derecho que no podría pensarse como posible en el estado de naturaleza.

Tanto HOBBES como BODIN contribuyeron, con sus teorías, a la justificación de la concentración del poder en manos del rey soberano, quien estaba poco dispuesto a aceptar controles y contrapesos por parte de otros poderes.

§5. La reacción frente a la Monarquía Absoluta.

En un contexto de concentración del poder en manos del monarca absoluto, surgen las concepciones teóricas que intentan poner algún límite a la actuación del monarca y, por tanto, al ejercicio de sus facultades discrecionales.

Dentro de ellas, merecen destacarse las obras de LOCKE y MONSTESQUIEU, sobre las que realizaremos un breve análisis dado su vinculación directa con el fenómeno objeto de estudio, esto es, la discrecionalidad administrativa y sus concepciones afines.

a) Las prerrogativas (o facultades discrecionales) en la obra de LOCKE[1153]. La vinculación concreta y efectiva con los actos de gobierno o institucionales y las cuestiones políticas no justiciables

Entre otros méritos que se le asignan a LOCKE, se le atribuye el hecho de haber sido el primero en formular, de manera clara y firme, la fundamental distinción entre poder absoluto y poder moderado[1154].

1152 Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días,* p. 75.

1153 Para advertir la influencia de la escuela neoescolástica en LOCKE y en las constituciones del siglo XVIII, ver, CASSAGNE, Juan Carlos*., El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, ps. 58 - 59. El precitado autor sostiene que la línea que adopta la filosofía política del Derecho constitucional norteamericano, encuentra su causa directa en el consentimiento del pueblo y se inicia a partir de las *Fundamental Orders* inspiradas en la neoescolástica. *"Al revés de la trama que tejieron algunos pensadores, estas ideas fueron adoptadas luego por John LOCKE, quien, a su vez, influenció a MONTESQUIEU y de alguna manera también (aunque en forma parcial) a la concepción francesa de la soberanía del pueblo".* Ibídem, p. 59.

1154FIORAVANTI, Maurizio, *ob. Cit.,* p. 93. El poder absoluto es aquel en que en un único sujeto, sea el rey o la asamblea, tiene el poder legislativo y el ejecutivo. El poder moderado es aquel en que los dos poderes son distintos y pertenecen a dos sujetos distintos. Ídem. En nuestro país BALBÍN ha destacado que LOCKE por primera vez expresó la teoría de la división de poderes como instrumento de limitación del poder del Estado. Ver, BALBÍN, Carlos, *Tratado de derecho administrativo,* T. I, La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 43 - 44.

A partir de LOCKE se enarbola la primera y fundamental máxima del constitucionalismo: quien tiene el formidable poder de hacer la ley no puede ni debe disponer de los recursos y de los medios de gobierno, incluido el también formidable poder de coacción sobre los individuos. Y, a su vez, quien dispone de todo esto no puede ser a su vez titular del poder legislativo[1155].

En su visión, existe el *poder federativo* referido al "…interés de los asuntos exteriores, con respecto a los beneficios o daños que la comunidad pueda recibir desde afuera". Otro poder es el relativo a la "…ejecución de las leyes municipales de la sociedad, dentro de ella y en referencia a todos los que la componen"[1156]. A este último poder el autor lo llama *poder ejecutivo*. Aquí cabe efectuar una aclaración. El autor le reconoce prerrogativa al poder ejecutivo circunstancia que puede llevar a confusión. En efecto, o bien se refiere al poder federativo pero habla del sujeto que lo ejerce "el monarca", o, en cambio, se podría interpretar que la prerrogativa se presenta en el ejercicio de los dos poderes que LOCKE se ocupó de diferenciar.

En nuestra lectura, la prerrogativa[1157] estaría presente tanto en el "poder ejecutivo" como en el "poder federativo"[1158]. Esto requiere una explicación.

En la tesis de LOCKE, resulta difícil que ambos poderes estén separados y se depositen en manos diferentes (se presentan unidos afirma el autor)[1159]. El poder que regula los asuntos "interiores", puede estar precedido de las leyes. En cambio, el poder federativo[1160] es "mucho menos susceptible" de ser dirigido por leyes positivas previas y en vigencia. Debe, en cambio, ser dejado al príncipe quien debe administrarlo para el bien común[1161], aun cuando paradójicamente se deba subordinar al legislativo[1162].

[1155]FIORAVANTI, Maurizio, *ob. Cit*, p. 93.

[1156]LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Losada, Buenos Aires, 2003, ps. 105 - 106.

[1157]MARIENHOFF, distingue el "poder" como un atributo estatal, de las "potestades" que, en lo que respecta a su ejercicio, pueden ser prerrogativas inherentes a una función: por ejemplo la reglamentaria, la imperativa, la sancionadora. Las potestades constituyen un reflejo cualificado del poder general del Estado, pero no pueden confundirse con él. Ver, MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, 4° Ed. actualizada, reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 43 - 44, con cita de VILLEGAS BASAVILBASO, T 2, ps. 220 - 221.

[1158] En contra, CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, p. 742. Para este autor, Locke consagraba cuatro potestades: el poder legislativo, el poder ejecutivo, el poder federativo y la prerrogativa que sería el conjunto de los poderes discrecionales conservados todavía en aquella época por el monarca inglés. Ídem.

[1159]LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, ps. 105 - 106.

[1160] Afirma textualmente LOCKE: "…*el poder de hacer la guerra y la paz, de establecer ligas y alianzas y todas las transacciones con todas las personas y comunidades fuera del Estado, y se lo puede llamar federativo, si resulta aceptable. Con tal de que se entienda la sustancia de lo que digo, me resulta indiferente el nombre que se le dé*". Ver, ibídem, p. 105.

[1161] Ibídem, p. 106.

[1162] Ibídem, p. 110. La paradoja es, a nuestro entender aparente como luego demostraremos, y viene dada en

Esta situación se justifica del siguiente modo: el poder legislativo es supremo y los demás poderes deben estar a él subordinados[1163]. Concluye LOCKE: "todos los poderes deben rendir cuentas a otro poder dentro del Estado"[1164]. Desde cierto sector doctrinario, se asimila la prerrogativa a la potestad discrecional[1165], en función de que la *facultad discrecional,* en la obra de LOCKE, se hallaba sujeta el control del cuerpo legislativo[1166].

No nos parece correcta esta afirmación y, coincidiendo con BIANCHI, dicha concepción de la prerrogativa[1167] daría pie a las *cuestiones políticas no justiciables*[1168]en la medida en que"no puede haber juez en la Tierra que decidiera si la prerrogativa había sido empleada correctamente"[1169]. Es decir, la prerrogativa de convocar al parlamento, constituía una facultad que no admitía un control político o jurídico[1170].

Para clarificar la cuestión y sustentar nuestra postura, podemos resumir esta problemática en los siguientes términos: en un pasaje de su obra, LOCKE previó el uso de la

esencia porque a posteriori LOCKE afirmaba en relación a la prerrogativa: "*¿Quién juzgará si se he hecho recto uso de este poder? A la que respondo: entre un poder ejecutivo en funciones, con tal prerrogativa, y un poder legislativo que depende de su voluntad para reunirse, no puede haber juez alguno en la tierra (…) el pueblo no tiene otro remedio que apelar al cielo (…) aunque el pueblo no puede ser juez (…) sí tiene derecho a reservarse esa decisión última*".Ibídem, ps. 121 - 122.

1163Ibídem, p. 108.

1164 Ibídem, p. 109.

1165 CARRÉ DE MALBERG, *Teoría general del Estado*, p. 742.

1166 En similar sentido, THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y División de poderes hoy*, Ciudad Argentina, Buenos Aires- Madrid, 2002, p. 33. No obstante, este último autor, también destaca que LOCKE entendía que el pueblo a través de la rebelión podía controlar la decisión del Ejecutivo en ese ámbito.

1167 En la interpretación de JELLINEK, la prerrogativa (concepto cuya paternidad atribuye a los ingleses) significaba lo que correspondía al rey una vez deducidas las limitaciones que le impone el Parlamento; es decir, el poder que ejercita de una manera libre en interés del bien común (JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, traducción de la segunda edición alemana y prólogo por DE LOS RIOS, Fernando, IBdef, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 735).

1168 Ver, BIANCHI, Alberto, *Control de Constitucionalidad,* T. II, 2° Ed. actualizada, reestructurada y aumentada, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 149 y ss. y más sintéticamente, SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos Ignacio*, Los controles institucionales en la Constitución Argentina*, *1853-1994*, La Ley, Buenos Aires, 1999, ps. 139 - 145.

1169 Ver, BIANCHI, Alberto, *Historia de la formación constitucional en el Reino Unido*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, p. 150. Cabe aclarar que el propio BIANCHI, trae a colación antecedentes en Inglaterra en 1460, que servirían de antecedente remoto de la abstención judicial. Ver, BIANCHI, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, T. 2, ps. 150 - 151. Según MARIENHOFF, el acto institucional es, por regla, irrevisable judicialmente. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 700.

1170En la obra de LOCKE, se advierte su tendencia (planteada en términos inconexos y a veces con aparente contradicción) hacia el control y adecuado uso de la prerrogativa. El propio LOCKE se ocupa de esta cuestión al sostener que el poder ejecutivo depositado en cualquier persona que no forme parte de la legislatura "…*está visiblemente subordinado a ésta y le debe rendir cuentas y puede ser cambiado y desplazado a gusto. De manera que el poder ejecutivo supremo no está exento de subordinación*…". LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, p. 109. El problema es que, a posteriori, no se ocupa de precisar cómo se ha de llevar a cabo este "control". A nuestro entender, estas manifestaciones se integran, con lo que el propio autor se encarga de aclarar para el supuesto en el que el poder ejecutivo impida la reunión y actuación del poder legislativo. En estos casos, LOCKE autoriza al pueblo a utilizar la fuerza. Ver, ibídem, p. 111. Este planteo, es similar al derecho de resistencia que muchos teólogos han creado. Ver, JÉZE, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, T. I, Depalma, Buenos Aires, 1949, ps. 361 - 362 y notas 1 a 6.

fuerza del pueblo para el caso en que el poder ejecutivo "*impida*" la reunión o actuación[1171]. Aquí no se trató, en la lectura de LOCKE, del uso de la prerrogativa.

Esta circunstancia, sin más, era el avasallamiento de otro poder que no encuadraba en la concepción de prerrogativa de LOCKE. Por ello, estableció que el pueblo en este caso podía oponerse por medio de la fuerza[1172]. En cambio, al referirse al poder de "convocar al parlamento", aquí se refirió a la prerrogativa que no puede ser juzgada por un juez, salvo el derecho del pueblo de acudir al cielo[1173].

Advertimos así, cómo LOCKE, muchos siglos antes, otorgaba análogo tratamiento a lo que nuestra destacada doctrina (MARIENHOFF) concibe bajo la denominación de los "actos institucionales"[1174]. Más aún, el precitado autor argentino expresamente califica como "discrecional", y dependiente del arbitrio del Poder Ejecutivo, dicha potestad que se encuadra bajo la categoría de los actos institucionales[1175].

Recalcamos que, como ejemplo del ejercicio de la *prerrogativa,*LOCKE mostró la facultad (entre otras) que tenía el poder ejecutivo para convocar o disolver las sesiones de la legislatura[1176] (aquí no se trataba de uno de los ejemplos del poder federativo) y, de ahí que la calificaba en los siguientes términos: "*La prerrogativa no es más que un poder en manos del príncipe para procurar el bien público en aquellos casos donde, a causa de sucesos imprevisibles e inciertos, las leyes inalterables no pueden ofrecer una orientación segura*"[1177].

[1171] LOCKE, John, *ob. Cit.,* p. 111.

[1172]BLACKSTONE en su obra se detuvo a criticar esta admisión del derecho de resistencia del pueblo ya que podían poner en crisis la centralidad y la soberanía del parlamento sobre la cual descansaba la forma mixta y equilibrada constitución inglesa. Ver, FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, ps. 98 - 99.

[1173] LOCKE, John, *ob. Cit.*, p. 121.

[1174] Expresamente MARIENHOFF encuadraba bajo la denominación de actos institucionales a los actos que concreten las relaciones del Ejecutivo con el Legislativo al referirse, entre otros, a la prórroga de las sesiones ordinarias y a la convocatoria a sesiones extraordinarias (regulada por la Constitución en su anterior artículo 86, inciso 12 y el actual 99 inciso 9 en concordancia con el artículo 100 inciso 8. Ver, MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 695. Para apreciar el tratamiento de las facultades del Poder Ejecutivo en torno a las sesiones de prórroga y a la convocatoria de las sesiones extraordinarias, ver, SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos Ignacio*, Los controles institucionales en la Constitución Argentina*, *1853-1994*, ps. 86 - 93.

[1175] Precisa el destacado administrativista que, en lo atinente a la emisión del acto institucional es discrecional y, respecto a los elementos del mismo como acto jurídico de derecho público, puede tener alguno o algunos de sus elementos reglados. Ver, MARIENHOFF, Miguel, *ob. Cit.,* T. II, p. 698.

[1176] LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, p. 112.

[1177]Ibídem, p. 114. Luego dirá que todo lo que se haga para el bien del pueblo, es y siempre será, una justa prerrogativa. Ídem. La cita que trae a colación THURY CORNEJO se asimila a la aquí transcripta. La prerrogativa entonces "…*no es más que un poder que el príncipe tiene para procura el bien del pueblo, en aquellos casos en los que, debido a sucesos imprevisibles, las leyes inalterables no pueden proporcionar una dirección segura. Por lo tanto, todo aquello que es hecho con claro beneficio para el pueblo y para afianzar al gobierno en sus verdaderos cimientos, es y será siempre una prerrogativa justa".* Ver, THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y División de poderes hoy*, p. 32 y ss., la cita corresponde a la p. 33.

En tales términos, como bien lo ha referenciado la VILE,LOCKE facultaba al ejecutivo para actuar de acuerdo con su criterio (en aras del bien público), sin ajustarse a las leyes y, en ocasiones, incluso aun contraviniéndolas[1178].

En el capítulo XIV de su obra, LOCKE describió expresamente a la prerrogativa[1179] e introdujo la locución a "discreción" para destacar el *poder del ejecutivo* cuando lo requiriera el bien de la sociedad[1180]. En esta lectura, no sólo podía actuar sin ley o contra ella, sino que resultaba adecuado que las propias leyes, en ciertos casos, *den paso al poder ejecutivo*[1181].

Como dato curioso, nos encontramos con el ejemplo en el que la estricta observancia de las leyes podría ser nociva en el *caso de no derribar la casa de un hombre inocente para detener el fuego* (aquí tampoco advertimos un ámbito de actuación del poder federativo). Esta circunstancia debía dar lugar a que el gobernante supremo tenga el poder de mitigar la severidad de la ley y perdonar a ciertos ofensores[1182].

La prerrogativa se concebía desde esta óptica, como una *herramienta para encontrar el bien público*, cuyo sustento venía dado por los términos de la ley natural (en ausencia de ley o cuando ésta no pueda procurar el bien del pueblo). Esta potestad no podía ser la regla[1183] y tampoco le pertenecía al principie por derecho de oficio[1184].

1178 VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 73, en similar sentido, BIANCHI, Alberto, *Historia de la formación constitucional en el Reino Unido,* p. 149.

1179 LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, ps. 116 - 122. Según la traductora de la obra, la prerrogativa se refiere al "…poder que personalmente poseía el monarca, al margen de la ley, para tomar decisiones de gobierno. Sería lo que en la actualidad llamamos 'privilegio ejecutivo'". Ver, ibídem, p. 116, la traducción de la obra se efectuó por PIÑA, Cristina.

1180 Ibídem, p. 116.

1181 Ídem.

1182 A nuestro juicio, LOCKE en este caso, antes que otorgar una facultad inmune de control, pretendía salvaguardar situaciones que, en dicho contexto, no podían ser solucionadas en la forma en las que actualmente se resuelven a través del moderno derecho penal[1182]. En otros términos, si LOCKE hubiese tenido al alcance de la mano la solución que la moderna teoría del delito le brinda, posiblemente no hubiese necesitado justificar la prerrogativa en casos como ese.

1183 Afirma LOCKE: "…un buen príncipe (…) en lo que atañe al bien del pueblo, no puede tener demasiada prerrogativa". Ver, LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, p. 119.

1184 "…tampoco un príncipe débil y malvado, que reclamara el mismo poder que ejercieron sus predecesores, sin la dirección de la ley, como una prerrogativa que le pertenece por derecho de oficio, y que puede ejercer a su gusto…". Ídem.

El autor inglés, se ocupó concienzudamente de que la prerrogativa fuera empelada para el beneficio de la comunidad[1185]. Cuando se planteaba una disputa entre el poder ejecutivo y el poder del pueblo sobre alguna cosa en la que se hallaba invocado el derecho de la prerrogativa, la cuestión "…quedará zanjada considerando si el ejercicio de tal prerrogativa redundó en un bien o en un daño para el pueblo"[1186].

La noción de prerrogativa de LOCKE nos acerca a la visión contemporánea de las prerrogativas de la administración pública[1187] que la doctrina moderna suele balancear a través de las garantías de los administrados[1188] (en LOCKE, la prerrogativa nunca debía ser contraria al bien y el beneficio del pueblo). Inclusive, el pensador inglés sustentaba la prerrogativa como un "permiso" del pueblo hacia los gobernantes para garantizar el del bien público (en caso de inexistencia de ley o en contra de ella)[1189].

En LOCKE, a su vez, se puede apreciar la distinción entre el poder "arbitrario" y la prerrogativa[1190]. En estos términos, como bien destaca TRISTÁN BOSCH, el concepto de prerrogativa de BLACKSTONE[1191] contiene al de LOCKE[1192]. Como ejemplo de facultad

---

1185 Entre otros pasajes, ver, ibídem, p. 117.

1186 Ibídem, ps. 117 - 118.

1187 Parafraseando a GORDILLO, podría decirse que en esta lectura permanece latente el "anquilosado paradigma de la prevalencia de un interés sobre otro". (Ver, GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, T. 3, 9° Ed., Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2007, p. Int-9, con cita de GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho administrativo español*, T. 3, El acto y el procedimiento administrativos, EUNSA, Pamplona, 1997, p. 1.263). En nuestro derecho, calificada doctrina ha caracterizado las siguientes prerrogativas sustanciales propias de la Administración pública: la presunción de legitimidad de los actos, ejecutoriedad de éstos, potestad de volver sobre ellos por razones de ilegitimidad o inoportunidad, régimen privilegiado de los contratos y bienes. Ver, COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho administrativo*, 2° Ed. actualizada y ampliada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 43. En el derecho norteamericano, se consagra la presunción de regularidad de la actuación administrativa en los precedentes *"Withrow v. Larkin"*, 421 US 35, 1975 y *"Schweiker v. McClure"*, 456 US 188, 1982. Para evidenciar la postura crítica de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, véase, GORDILLO, Agustín, *ob. Cit.*, T. 3, p. V-4 y ss.

1188 Como garantías sustanciales se destacan: la juridicidad, la propiedad, la igualdad, la razonabilidad en el actuar administrativo, el acceso a la justicia, entre otro (Ver, COMADIRA, Julio Rodolfo, *ob. Cit.*, p. 43).

1189 LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, p. 119.

1190 Afirma LOCKE que los príncipes que era como dioses "…*tenían cierto derecho al poder arbitrario, basándose en el argumento de que la monarquía absoluta había demostrado ser el mejor gobierno, en razón de que Dios mismo gobierna el universo de esa manera y tales reyes participan de Su sabiduría y Su bondad (…) cuando sus sucesores, manejando el gobierno con ideas diferentes, tomaron las acciones de esos buenos gobernantes como precedente y las convirtieron en patrones de su prerrogativa –como si lo que sólo se había hecho para el bien del pueblo les diera a ellos derecho a dañarlo si se les antojaba-, a menudo se produjeron disputas y a veces desórdenes públicos, antes de que el pueblo pudiera recuperar su derecho original y hacer que se declarara que no era prerrogativa lo que realmente nunca lo había sido (…) es muy posible y razonable que el pueblo no establezca ningún límite a la prerrogativa de los reyes o gobernantes que no transgredieron las fronteras del bien público. Pues la prerrogativa no es otra cosa que el poder de hacer bien público sin regla alguna*". Ibídem, ps. 120 - 121. La concepción de que la prerrogativa es hacer el poder de hacer el bien público sin regla alguna es referenciada por THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y División de poderes hoy,* p. 33. En consonancia, TRISTÁN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, p. 123 y BOQUERA OLIVER, José María, *Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa*, en Revista de Administración Pública española, nº 40, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Abril, 1963, ps. 43 - 45.

1191 Para apreciar la vida de BLACKSTONE, William, ver,BIANCHI, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, T. 1, p. 65 y nota nº 96.

discrecional del poder ejecutivo se aludió al poder de convocar a las Asambleas legislativas[1193].

De la prerrogativa o facultad discrecional de LOCKE, BIANCHI atribuye un fundamento para dos clases de reglamentos: los ejecutivos y los de necesidad y urgencia"[1194].

b) MONTESQUIEU y la exaltación de la doctrina de la separación de los poderes ¿La existencia de un cuarto poder discrecional?

La unión del principio de la separación de poderes con la idea de garantizar la libertad individual es considerada como obra de MONTESQUIEU[1195]. Su libro haría célebre la división de poderes sin que pueda afirmarse que el pensador francés[1196] haya inventado la doctrina[1197].

A nuestro juicio existen cuatro matices de interpretación [1198] sobre lo que MONTESQUIEU[1199] entendía respecto de la "separación de los poderes".

[1192]TRISTÁN BOSCH, Jorge, *ob. Cit.*, p. 123, nota nº 149.

[1193] BOQUERA OLIVER, José María, *ob. Cit.*, p. 43.

[1194]BIANCHI, Alberto, *Historia de la formación constitucional en el Reino Unido*, p. 150.

[1195] LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, p. 55.

[1196] El debate respecto a la división de poderes en MONTESQUIEU, está presente en varias partes de su obra "Del espíritu de las Leyes", aunque se observa de forma más consistente en el libro XI: «De las leyes que forman la libertad política en sus relaciones con la constitución». Ver, MONTESQUIEU, Charles Luis DE SECONDAT, *Del Espíritu de las Leyes*, 7° Ed., Heliasta, Buenos Aires, 2005, ps. 179 - 207. La discusión de los poderes está en un marco general que es el relativo a la libertad política. Para el autor francés, las leyes no son únicamente las normas escritas y establecidas, sino que en su significación más extensa, las leyes no son más que «las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas». Ver, ibídem, Libro I, capítulo I, p. 45. Al respecto, un sector de la doctrina mexicana entiende que MONTESQUIEU, distingue las leyes que forman la libertad política de los ciudadanos, de aquellas que se refieren a la constitución; éstas se refieren a la organización política, mientras que las primeras tienen que ver con los gobernados. Ver, MEDINA TORRES, Luis Eduardo, *Tratado de Ciencia Política*, Anthropos, México, 2007, p. 139. Tampoco puede perderse de vista que el principio de MONTESQUIEU se refiere a los hombres que "retienen el poder" contra las debilidades o abusos de los gobernantes. Ver,CARRÉDE MALBERG, *Teoría General del Estado*, p. 784.

[1197] Según VILE, la influencia de MONTESQUIEU se debe a la manera y momento en que se ocupó de la doctrina. VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 85. Para JELLINEK, MONTESQUIEU dio un paso decisivo respecto de la teoría habida cuenta que no sólo diferencia las funciones objetivas del Estado conforme las constituciones existentes sino que quiere atribuir aquéllas a órganos separados entre sí. JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, ps. 735 - 736. No obstante, LOWENSTEIN postula que MONTESQUIEU malinterpretó fundamentalmente el orden constitucional británico entonces existente, al resaltar una separación entre el legislativo y el ejecutivo. Ver, LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, p. 60.

[1198] Aun cuando puedan existir otras interpretaciones, hemos decidido evidenciar las más relevantes. Para apreciar las diversas corrientes interpretativas de la obra de MONTESQUIEU, ver, THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y División de poderes hoy*, ps. 38 - 41.

[1199]CASSAGNE destaca la influencia de las *Fundamental Orders* (inspiradas en la neoescolástica) en las ideas de LOCKE y MONTESQUIEU. Ver, CASSAGNE Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la actividad administrativa*, p. 59.

La *primera*, ve en su obra una defensa de la "doctrina pura de la separación de poderes"[1200], lo que significa una separación rigurosa de agencias, funciones y personas. No existiría una asociación, concurso o colaboración en el obrar de los poderes[1201].

La *segunda*[1202] entiende que MONTESQUIEU defendía la *separación parcial* de los poderes. En este sentido, la doctrina pura [1203] se veía influida por el sistema de frenos y contrapesos[1204].

La *tercera*, habla de evitar la confusión de los poderes[1205] y la expresión separación constituye una exageración o una tergiversación de la teoría[1206]. Se postula que, en realidad, MONTESQUIEU habría concebido una separación de poderes flexible[1207].

[1200] Por otra parte, podemos destacar aquí que, la Constitución de Cádiz de 1812, consagró el principio de división de poderes y un sistema judicialista "puro". El valor jurídico-político de la división de poderes, sólo tenía rango equiparable a los de la soberanía nacional y de representación política. Como bien lo destaca el estudio histórico de FERNÁNDEZ TORRES, inclusive, el propio valor normativo de la Constitución de 1812, se asocia no tanto a la doctrina de la soberanía cuanto a la teoría de la división de poderes. Sin embargo, tampoco podemos perder de vista que la Constitución de Cádiz de 1812, tuvo como fuente de inspiración inmediata y directa la Constitución francesa de 1791, al igual que el modelo inglés de monarquía parlamentaria y la revolución francesa, teniendo en consideración también, la amplia difusión de la obra de MONTESQUIEU. Para ampliar, ver, FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa*, ps. 92 - 96. Para comprobar el grado de influencia de MONTESQUIEU, se cita la Consulta al país español formulada por la Junta Central el 17 de agosto de 1809 –a instancias de JOVELLANOS-, en donde se pone de manifiesto en forma expresa la gran difusión de la obra de MONTESQUIEU y el concepto técnico de la división de poderes. Ibdem, p. 93. Por último, la doctrina Mexicana reconoce la influencia que recibió la Constitución de Cádiz de 1812 de los revolucionarios franceses y de MONTESQUIEU, circunstancia que determinó (entre otras cuestiones), la proclamación del principio en la Carta Constitucional para América Mexicana de octubre de 1814. Ver por todos, FIX ZAMUDIO, Héctor, *Valor actual del principio de la división de poderes*, Boletín del Instituto de Derecho comparado de México, Año XX, núms. 58-59, México, Enero-Agosto de 1967, p. 34 y MIRANDA, José, *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas*: *Primera Parte, 1521-1820*, Instituto de Derecho Comparado, México, 1952, ps. 330 y ss. En nuestro país, la influencia de MONTESQUIEU en el derecho español ha sido señalada por CASSAGNE, Juan Carlos, en *la Justicia Administrativa*, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I, p. 4 y nota nº 4, con cita del Discurso Preliminar de ARGUELLES, Agustín, escrito que fundamenta la sanción de la Constitución de Cádiz de 1812.

[1201] CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, p. 778. No obstante el autor era crítico a una separación de poderes sin relación entre las autoridades. Ibídem, p. 779.

[1202] Ambas corrientes se pueden apreciar en VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 96.

[1203] Desde hace más de 50 años, la doctrina italiana insistía en la modificación de la rigidez primitiva con que se formuló la separación de los poderes. Véase, BISCARETTI DI RUFFÍA, Paolo, *Diritto Constituzionale* (Lo Satato Democratico Moderno), Tomo I, 2° Ed., Napoli, 1949, p. 156 y ss., citado por FIX ZAMUDIO, Héctor, *Valor actual del principio de la división de poderes*, p. 30. En este aspecto, coincidimos con VILE en el sentido de que, MONTESQUIEU, abogaba por que cada agencia ejerciera únicamente sus funciones correspondientes. VILE, M.J.C., *ob. Cit.*, p. 101. Más tajantes resultan las palabras ESTRADA, para quien, en Francia "…*se presumió separar los poderes públicos e incomunicarles entre sí", como consecuencia de la revolución de 1789. "La consecuencia fue funesta. Se anarquizaron, y de la impotencia del gobierno siguió la exacerbación revolucionaria hasta llegar a la concentración de autoridad en asambleas tumultuarias (…) Bien estudiada, la revolución francesa es uno de los espectáculos más instructivos de la historia (…) porque reunió los excesos de ambos extremos y soportó todas sus consecuencias*". Ver, ESTRADA, Juan Manuel, *La Política Liberal bajo la tiranía de Rosas*, 2° Ed., Ediciones Estrada, Buenos Aires, 1948, ps. 203 - 204.

[1204] Es el caso de SABINE para quien MONTESQUIEU convirtió la separación de poderes en un sistema de frenos y contrapesos jurídicos entre las diversas partes de una constitución. Ver, SABINE, George, H., *Historia de la teoría política*, ps. 427 - 428.

[1205] Por eso es que se afirma que MONTESQUIEU pretendía evitar que la influencia que pueda ejercer un

Como *cuarta* podemos ubicar a quienes sostienen que el autor francés se refirió a la colaboración y control recíproco entre los órganos superiores de la Constitución[1208].

Si nos abstraemos de las diversas posturas doctrinarias referidas, no podemos negar que la nota distintiva de MONTESQUIEUrespecto de sus antecesores, radica en la coincidencia (será total o parcial según la postura que se adopte) entre el criterio subjetivo (formal u orgánico) y objetivo (material) que impera (con matices) actualmente en el derecho administrativo.

A diferencia de sus predecesores (con excepción de LOCKE) MONTESQUIEU pretendió que exista coincidencia entre ambos criterios mientras que, desde ARISTÓTELES, no había grandes obstáculos para que las mismas personas participen del ejercicio de varias o de todas las funciones[1209].

Para MONTESQUIEU el ejercicio del poder ejecutivo[1210] abarcaba la función de los "magistrados" de declarar la paz o la guerra, enviar o recibir embajadas, tomar medidas

---

órgano sobre otro permite dominarlo por completo y así desaparezca la independencia del segundo órgano. Ver, TRISTÁN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, p. 79. En la interpretación de KELSEN, el significado histórico del principio de la separación de poderes, radica en el hecho de que tal principio va contra la concentración de los poderes, más que contra la separación de los mismos. Ver, KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Imprenta Universitaria, México, 1949, p. 296.

[1206]M. BARCKHAUSEN, MONTESQUIEU, *Ses Idées et ses Oeuvres*, París, 1907, p. 95, citado por VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 96.

[1207]HAURIOU entendía que MONTESQUIEU no había consagrado una concepción rígida de la separación de los poderes. Así, para HAURIOU, MONTESQUIEU admitía la colaboración entre los poderes y por eso la separación en la obra del creador del Espíritu de las Leyes era flexible y no rígida. Ver, HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, traducción de la cuarta edición francesa por GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio, Ediciones Ariel, Barcelona, 1971, ps. 239 - 240.

[1208] Ver, AGAPITO SERRANO, Rafael, *Libertad y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 117 y citas en nota al pie nº 14. En similar inteligencia, GARCÍA MACHO entiende que MONTESQUIEU busca un equilibrio de los poderes de forma tal que se estableciera una distribución de los poderes equilibradamente (balance-idee) sin que ello implique una separación entre ellos. En suma, postula la interdependencia y cooperación entre los diversos poderes para tomar decisiones políticas. Véase, GARCÍA MACHO, Ricardo, *Problemática de la división de poderes en la actualidad*, en Revista de Estudios Políticos, N° 53, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Septiembre-Octubre 1986, ps. 176 - 177. En similar sentido, OTTO MAYER concibe a la separación de poderes sin que ello implique un obrar "brusco", en el sentido que se manifiesten separados drásticamente. Muy por el contrario –postula el autor alemán-, debe presuponerse cierta colaboración indispensable para que la unidad efectiva del poder del Estado quede intacta. Ver, MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, T. I, 2º Ed., Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 91. Tampoco podemos soslayar que para OTTO MAYER la voluntad del Estado se manifestaba bajo dos formas: la forma propia del poder legislativo y la forma propia del poder ejecutivo. (MAYER, Otto, o*b. Cit.*, p. 93).

[1209] Para apreciar el énfasis con el cual JELLINEK le atribuye a MONTESQUIEU esta nota diferencial, respecto de la interpretación sobre la separación de poderes, ver, JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, p. 737.

[1210] Aquí cabe aclarar que MONTESQUIEU reprodujo la división de las funciones del Estado de LOCKE no obstante no utilizó el término poder federativo para referirse al poder ejecutivo sobre los asuntos de política exterior. Si bien sigue usando el término "ejecutivo" para todos los asuntos de política nacional (tanto los de gestión de gobierno como los judiciales), luego redefine los términos y afirma que se propone utilizar la expresión poder ejecutivo únicamente para referirse a la "…función de los magistrados de declarar la paz o

para evitar las invasiones (lo que hoy se conoce desde cierta concepción como cuestión política no justiciable); esto es lo que LOCKE denominaba "Poder federativo"[1211].

Desde cierto sector doctrinal, también en MONTESQUIEU se configuró un: "…*ámbito propio de actividad ejecutiva, una zona de reserva impenetrable por parte del legislativo, que encuentra así sus límites en la generalidad de las normas que sanciona*". De esta plataforma interpretativa, el Ejecutivo poseía una independencia subjetiva que tendería a evitar los riesgos de caer en una tiranía asamblearia[1212].

En la concepción de VILE, si se cuentan las funciones que enumeran MONTESQUIEU y LOCKE, se advierten cuatro funciones: a las tres funciones clásicas, legislativa, ejecutiva y judicial se suma la "*discrecional*" o de prerrogativa, dando inicio a un porción de la actividad gubernamental en donde no se ejecutan las leyes sino que las aplica (o se llena un vacío legal) según su criterio o *de manera discrecional*[1213].

Existían grandes dificultades para establecer los aspectos que integraban la *función del gobernante o discrecional* referida. Se asignaba principalmente, a asuntos de política exterior,

---

la guerra, enviar o recibir embajadas, establecer la seguridad pública y tomar medidas para evitar las invasiones". Estas manifestaciones llevan a VILE a sostener que "…*cuando MONTESQUIEU pasa a utilizar estos términos, se olvida de sus definiciones y los usa con una acepción mucho más cercana a la actual; ahora, los tres poderes son "el de promulgar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de dirimir las diferencias entre los ciudadanos*", lo que claramente incluye tanto los asuntos interiores como los exteriores en el ámbito del poder ejecutivo. VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 97. En consonancia, JELLINEK afirma los poderes de declarar la guerra y la paz y el de enviar embajadores así como mantener la seguridad y evitar las invasiones, se derivaban de lo que LOCKE llamaba la "*puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des genes*". JELLINEK, Georg, *ob. Cit.*, p. 736 y nota al pie nº 18. De la obra de MONTESQUIEU, al analizar la constitución de Inglaterra, el célebre pensador francés nos habla de un Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En el primer caso, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. En el segundo, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. "Se llama a este último Poder Judicial y al otro Poder Ejecutivo del Estado". Ver, MONTESQUIEU, Charles Luis DE SECONDAT, *Del Espíritu de las Leyes*, p. 181.

[1211] El ejercicio de los poderes de guerra por el presidente, ha sido consagrado por el derecho estadounidense como la denominada "cuestión política" o "acto político" exento de control judicial. Véase el célebre fallo United "*Status v. Mitchell*", 369 F. 2d 323 (1966). Para apreciar el acto no justiciable, remitimos a MAIRAL, Héctor., *Control Judicial de la Administración Pública*, Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 469 y ss. Según este autor, por cuestión política se entiende aquella que los tribunales consideran inapropiada para ser resuelta judicialmente ya sea por entender que tal decisión ha sido conferida por la constitución a otro poder o cuando no existan pautas legales para decidir. Aquí es donde se reconoce en forma expresa que la doctrina es una consecuencia del principio de separación de los poderes. MAIRAL, Héctor, *ob. Cit.,* p. 462 y jurisprudencia allí citada en nota al pie nº 3 y 4. Desde una óptica diversa, MARIENHOFF, postula la escisión conceptual entre acto político o de gobierno y el acto institucional. En efecto, para este autor, la declaración de guerra (al igual que la celebración de ciertos tipos de tratados, la declaración del estado de sitio, entre otros) constituye un acto institucional y esta clase de actos, tienen "mayor trascendencia" porque refieren a la organización y subsistencia del Estado. Ver, MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 689 y ss., en lo que refiere a la cita aquí efectuada, ps. 691 - 692.

[1212] THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y División de poderes hoy*, p. 43. con cita de SILVESTRI, Gaetano, La *separazione dei poteri*, Giuffré, Milán, 1979, p. 291, nota al pie nº 29.

[1213] Ver, VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 98.

toda vez que debía actuar en ámbitos para los que no podían establecerse leyes detalladas y en los que debía ejercer su "prerrogativa" casi de forma plena[1214].

Casi todos los asuntos exteriores se incluían en la función discrecional[1215]. Por ello es que se afirmaba, respecto del poder federativo (que implicaba los asuntos de política exterior como regla), "…resulta mucho más difícil condicionar su ejercicio a las leyes positivas, existentes y establecidas…"[1216].

Lo precedentemente expuesto, no soslaya el hecho de que LOCKE concibió un sistema de control de la prerrogativa del poder ejecutivo a través de la legislación del parlamento y mediante la "rebelión". Es decir, como no se podían solucionar los conflictos derivados del ejercicio de la prerrogativa, los límites venían impuestos, en ciertos casos, por el "consentimiento del ciudadano" último juez del referido ejercicio[1217].

[1214] Nótese que, aún sin hablar de un área discrecional, OTTO MAYER subordina la actuación del "poder ejecutivo" al derecho de forma tal que cuando éste actúe en un terreno que haya permanecido libre (se refiere a la inexistencia de vinculación legislativa específica) sus calidades no desaparecen "Mas, aun en este caso, conserva siempre su calidad general de ser el poder público, cuya voluntad es superior y obligatoria…". Ver, MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, T. I, p. 105.

[1215] En la época de LOCKE, se estaba estableciendo la supremacía del cuerpo legislativo sobre el gobierno en la política interior del país. No obstante, el autor inglés detectó tempranamente que el control respecto de la política interior presentaba problemas muy diferentes a los de la política exterior. VILE, M.J.C., *ob. Cit.*, p. 67.

[1216] Ibídem, ps. 67 - 68. Desde cierta interpretación, LOCKE entendía que hay que proteger tanto a la sociedad como a sus miembros y, al mismo tiempo, estipulaba que la finalidad es disfrutar de los bienes, incluyendo entre ellos a la seguridad. Así, el poder legislativo (primer poder en ser constituido) tenía por misión establecer leyes que cumplan con la finalidad y los objetivos anteriores. Ver, MEDINA TORRES, Luis Eduardo, *Tratado de Ciencia Política*, p. 137. Para LOCKE el poder legislativo sería el principal poder de una comunidad política y estaría sometido a las restricciones siguientes: "…*en primer lugar no es ni puede ser un poder absolutamente arbitrario sobre las vidas y los bienes de las personas...En segundo lugar, la autoridad suprema o poder legislativo no pude atribuirse la facultad de gobernar por decretos improvisados y arbitrarios; está, por el contrario, obligada a dispensar la justicia y a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas, aplicadas por jueces señalados y conocidos... En tercer lugar, el poder supremo no puede arrebatar ninguna parte de sus propiedades a un hombre sin el consentimiento de éste...".* En este contexto, el poder legislativo –en la tesis de LOCKE- no quedaba exento de la legalidad por ser el productor de las normas sino que estaba sujeto al imperio de la ley. El propio LOCKE consideraba oportuno señalar tres recomendaciones acerca de las actividades del poder legislativo y, en lo que a este estudio interesa, manifestó que no se podía «*...confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas. Ello daría lugar a que eludiesen la obediencia a esas mismas leyes hechas por ellos, o que las redactasen y aplicasen de acuerdo son sus intereses particulares...*». Ver, ibídem, p. 138. Aquí es donde entra en escena el punto neurálgico: evitar que el mismo que hace las leyes las ejecute y de tal modo evitar el poder arbitrario para salvaguardar los derechos y libertades de los individuos. Según VILE, la teoría de LOCKE sustentó la prohibición que se convertiría en la doctrina estadounidense que tacha de inconstitucional la delegación de poder legislativo a entidades no legislativas. VILE, M.J.C., *ob. Cit.*, p. 71. En suma, la desconfianza de LOCKE hacia los reyes y hacia los cuerpos legislativos, sumado a razones de eficacia y agilidad en los trámites, sustentaron que postule atribuir los poderes legislativo y ejecutivo a instancias diferentes. Ver, VILE, M.J.C., *ob. Cit.*, p. 69.

[1217] THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y División de poderes hoy*, p. 33, con cita de DUNN, John, *The political thought of John Locke*, Cambridge University Press, 1982, p. 154, nota el pie nº 50. Ahora bien, aun cuando la función discrecional no pasó a integrar las triada clásica, en Inglaterra se debían definir cuáles eran los *poderes discrecionales* –o de prerrogativa- de la Corona[1217]. Como cuestión anexa, respecto del rol del "poder judicial", MONTESQUIEU sostuvo que los jueces debían atenerse a la literalidad de las leyes y que no debía permitirse que los jueces actuaran con discrecionalidad.

§6. El desenlace del período.

Como vimos, el objetivo de los autores ilustrados (LOCKE, entre otros) consistió en superar la autoridad irrestricta y derivar la soberanía de la voluntad del pueblo y reflejan el avenimiento de la sociedad burguesa surgida en la Ciudades de la Baja Edad Media. Los monarcas absolutos dependientes de los ingresos de la economía, promovieron el desarrollo de ese potencial económico[1218]. La monarquía estaba económicamente acabada debido a la ineficiencia de la economía del Estado[1219].

La Revolución – y la posrevolución – contendrá el poder, básicamente, a través de tres instrumentos: la división del poder, el cambio del soberano – el que de ahora en más dejará de estar en cabeza del Monarca[1220] – y el principio de legalidad. Lo novedoso es el rol preponderante que comienza a cumplir el derecho desplazando a lo político.

En este sentido, el principal legado de la Revolución es la transformación del Poder del Estado hacia un poder jurídico[1221]. Esto implica una reformulación del sistema: a ciertos hechos (de poder) se los redefinió y se les asignó carácter normativo. WEIL definiría a esto como la conquista del Estado por el Derecho y le encontraría un sentido milagroso dado que sería casi una manifestación divina que el Poder quiera someterse al Derecho[1222].

Por ello es que la Revolución Francesa y la Revolución Americana representaron un momento decisivo en la historia hacia el Constitucionalismo, porque situaron en primer plano el concepto de legalidad. Lo que se completó con la noción de soberanía, que hasta antes de la revolución recaía en la persona del Monarca y existía todo un aparato conceptual que fundamentaba esa cosmovisión.

En suma, fue la Revolución Francesa que inició el concepto de Derecho Administrativo actual como una reacción contra las técnicas de gobierno del Absolutismo[1223]. Se concreta de este modo un cambio de paradigma en la concepción del

---

[1218] BENZ, Arthur, *El Estado Moderno*, ps. 48- 49.

[1219] Ibídem,p. 49.

[1220] La noción de soberanía se traspasa de la Persona del Rey a la comunidad y de ahí que quien ejerce el poder (en esta concepción de la soberanía) no puede estar sobre el derecho).

[1221] JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, p. 441.

[1222] WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1989, p. 36 y ss.

[1223] En efecto, los revolucionarios rechazaron que la fuente del Derecho estuviera en una instancia trascendental a la comunidad, sino que esta se encuentra en la comunidad misma, en su voluntad general y a la vez, sólo hay una forma legítima de expresión de esta voluntad, la Ley General, ley que ha de determinar todos y cada uno de los actos singulares del poder. Así, el sistema absolutista era visto como la expresión más pura de la arbitrariedad. La idea subyacente a esta concepción, era el aseguramiento de la libertad de la persona quien - hasta ese momento- era considerada un simple sujeto pasivo de un poder ajeno y

sistema jurídico: la administración es una creación abstracta del derecho que actúa sometida necesariamente a la legalidad[1224], y no una emanación personal de un soberano. El *derecho se sobrepone a la Administración* y da paso al estado liberal.

De este modo, la Constitución cumple la función de contener las reglas del ejercicio del poder y garantizar los derechos fundamentales del ciudadano. En su condición de norma organizativa de los Estados, la constitución debía impedir, de un lado, la arbitrariedad de los gobernantes y de otro, limitar su poder mediante su subordinación a las normas aprobadas por el pueblo[1225].

Por último, el Camino hacia el "normativismo" continuaría con el surgimiento del constitucionalismo. Esto implica transitar una vía que propuso como norte la total reducción de esa actividad libre y, por tanto, una mayor fiscalización jurisdiccional de los actos de la Administración. Esto luego evolucionará hasta adoptar la formulación Estado de Derecho – originaria del derecho Alemán. Más tarde, se desarrollarán los nuevos marcos constitucionales que surgieron en Europa al concluir la Segunda Guerra Mundial[1226].

Con este breve derrotero histórico, hemos evidenciado que el nacimiento del derecho administrativo obedeció a la necesidad de poner freno y establecer controles sobre el poder discrecional de la Administración. Se pretendió vincular su actuación muy estrechamente a tres grandes principios que aún hoy informan el Estado constitucional: división de poderes, legalidad y soberanía popular.

§7. Conclusiones preliminares en torno a la discrecionalidad.

Con relación a los períodos históricos y las teorías hasta aquí analizadas podemos concluir que:

1) Las instituciones que se formaron luego de 1789 no derrumbaron de un plumazo la formación histórica medieval que las precedieron. La discrecionalidad o el poder discrecional es una categoría que ha subsistido (con diversos matices) y que, por cierto,

trascendente. Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo-FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, 12° Ed., Civitas, Navarra, 2011*,* p. 456.

[1224] Ibídem, p. 458.

[1225] BENZ, Arthur, *El Estado Moderno*, p. 51.

[1226] Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa,* p. 8.

también ha sufrido modificaciones tanto en su formulación como en su esfera de actuación y posterior control.

2) La búsqueda de los límites del poder discrecional es una constante que se mantiene, cuando menos, desde la edad media hasta la actualidad. Antes había que limitar la discrecionalidad o las prerrogativas del rey. Ahora hay que verificar que ciertos aspectos de las decisiones de los tres máximos órganos del Estado cumplan con ciertos estándares del Estado constitucional.

3) No debemos confundir el lugar que ocupó históricamente el poder discrecional y/o las prerrogativas del rey. Ellas se concebían para el beneficio del pueblo y para garantizar del bien público. De allí que no se asociara lo arbitrario con la discrecional.

4) El poder discrecional que se materializa en ciertos actos "constitucionales" (de gobierno o políticos) o en las funciones de "gobierno"[1227] se presenta como un catalizador entre las funciones asignadas al poder ejecutivo, legislativo y judicial. El veto y el indulto, entre otros actos, constituyen interferencias admitidas cuyo aspecto teleológico se vincula con aspectos extra-jurídicos. En realidad, constituyen límites políticos que el diseño constitucional configura en aras de equilibrar el sistema general.

5) La "libre discrecionalidad" se asoció históricamente a un ámbito concreto: las decisiones o los actos de la máxima autoridad en el ámbito del "Gobierno". Esta "libre discrecionalidad" o "pura discrecionalidad" se refirió a lo exclusivo, a lo privativo, a lo que quedaba exento de toda interferencia o acción de otro órgano o sujeto público o privado.

6)Históricamente se han concebido materias o clases de actos cuya naturaleza presentan un *mayor grado de discrecionalidad* en su ejercicio. Es decir, también la discrecionalidad se concibe desde un punto de vista cuantitativo.

8) La prerrogativa desde una perspectiva histórica, ha tenido un correlato análogo o similar (dependiendo el caso) con el poder discrecional. En ciertos supuestos (convocar al parlamento) el rasgo distintivo tuvo que ver con la ausencia de un control político y/o jurídico [1228]. Lo discrecional y el ejercicio de una prerrogativa, históricamente han mantenido una vinculación indisoluble con el grado de vinculación normativa. A menor intensidad de programación, mayor era el ejercicio del poder discrecional y viceversa.

[1227] Ver, FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, *Teoría del derecho y de la democracia*, T. 1, Trotta, Madrid, 2011, p. 826.

[1228]Aunque ello no implicaba que sean ilimitadas. Por eso LOCKE previó la rebelión del pueblo cuando era usada en forma arbitraria.

10) En sus orígenes y en su evolución, se ratifica la tendencia que determina la imposibilidad de prever o regular las diversas actividades o las conductas con antelación para todo el universo de casos posibles. Por ello es que se afirma que lo discrecional y lo reglado o vinculado son dos fenómenos indispensables e indisolubles.

NOTAS AL CAPÍTULO II, III, IV Y VII

CUESTIONES NO JUSTICIABLES EN EL DERECHO COMPARADO

§1. Francia

En Francia se originó [1229] y consagró la teoría del acto político [1230] o de gobierno [1231] (con diversos matices) en forma mayoritaria doctrinaria y jurisprudencial[1232].

[1229] Ver por todos, BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 37.

[1230] Esta categoría y sus concepciones afines arroja, actualmente, numerosas discusiones. En el prólogo a la cuarta edición de la célebre obra "Democracia, Jueces y Control de la Administración", GARCÍA DE ENTERRÍA se ocupa de responder al prólogo de Luis ORTEGA (respecto del libro de CUENCA Nuria Garrido, El acto de Gobierno, Barcelona, Cedesc, 1998). Según GARCÍA DE ENTERRÍA, la concepción de ORTEGA en el prólogo, no sólo incardinaría con solidez la técnica del Reglamento independiente de la Ley sino que, incluso, consagraría la existencia de decisiones singulares sin necesidad de norma previa o aún en contra de ella (aquí –agregamos-, se retornaría a la vieja concepción). Más aún, la discusión entre ambos autores, discurre por el alcance del control jurídico. Para ORTEGA (muy sintéticamente) que no exista un "poder político" exento de control "jurídico", implica situar al Poder Legislativo y al Poder Judicial por sobre el Poder Ejecutivo. En efecto, sostiene que un Estado de derecho entendido como un control jurídico general de la actuación de todos los poderes por el judicial "implica de hecho la ruptura del principio de división de poderes". Ver, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, Democracia, Jueces y Control de la Administración, Thomson-Civitas, Sexta edición, 2009, p. 28 a 35. Sin embargo, GARCÍA DE ENTERRÍA en el prólogo a la quinta edición, se refería a la categoría de modo tajante: "La definitiva erradicación de los actos de gobierno en nuestro derecho". Ver, Democracia, Jueces y Control de la Administración, Sexta edición, p. 21 a 25. En consonancia, BACA ONETO pregona la eliminación de la categoría. Ver, BACA ONETO Víctor Sebastián, Los actos de Gobierno, Universidad de Piura, Perú, 2003, p. 116 y 117. En nuestro país, nuestro máximo tribunal desde antaño siguió con diversos matices la doctrina norteamericana de las "cuestiones políticas". En lo que refiere el control de constitucionalidad, la Corte Suprema, como señala VITURRO, ha hecho una "generosa" interpretación del concepto de acto político. Ver VITURRO Paula, Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad, Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Honrad-Adenauer-Stiftung-AD-HOC, Buenos Aires, 2002, p. 52. En consonancia, FAYT sostiene que nuestra Corte Suprema, en correspondencia con su par norteamericano, trazó una frontera respecto de las cuestiones políticas y las consideró fuera de su jurisdicción (señala aquí el actual juez de nuestra corte federal al célebre precedente "Cullen c. Llerena" –Fallos: 53:420-). Ver FAYT Carlos S., La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia Leading Cases y Holdings Casos trascendentes, La Ley, Reimpresión, Buenos Aires, 2005, p. 139.

[1231] Por lo general, los actos políticos y los actos de gobierno representaron y representan un mismo fenómeno. A juicio de BACA ONETO, la categoría de los actos de gobierno también se denomina actos políticos del Gobierno. Ver, BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 37.

[1232] Ver, por todos, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 480 a 502. En nuestro país, BIANCHI, como es usual, abordó exhaustivamente la noción de acto de gobierno en la jurisprudencia francesa. Ver, BIANCHI, Alberto, Control de constitucionalidad, T. 2, p. 254 a 263.

En el preámbulo de la Constitución de 1791[1233], se justificó el nacimiento de la teoría del acto de gobierno. Se reconoció al rey: "…como jefe de gobierno, el carácter de representante nacional, teniendo por esa cualidad la facultad indudable de querer, de una manera libre e inicial, por cuenta de la nación"[1234].

La conclusión de los tratados por parte del rey (en ejercicio de su calidad de representante de la nación) era considerada como "uno de los ejemplo más importantes que puedan darse de los actos de gobierno[1235].

En similar sentido, se sustentó la teoría de los actos de gobierno en la legislación. Así, al interpretar el artículo 47 de la ley 3 de mayo de 1849 desde cierto sector doctrinal se argumentaba:

> "Existen derechos cuya violación no da lugar a un recurso por la vía contenciosa. En un gobierno representativo…existen circunstancias en que, ante una gran necesidad pública, los ministros adoptan medidas que lesionan los derechos de los particulares. De ellas responden ante el poder político. Hacerlas justiciables por el tribunal administrativo, *equivaldría a paralizar una acción que se ejerce en vista del interés común*. Las medidas de seguridad general, la aplicación de los actos diplomáticos, no entran tampoco en lo contenciosoadministrativo (…) No sería posible someterles, sin riesgo, a la apreciación de una jurisdicción cualquiera"[1236].

Posteriormente, la ley 25 de mayo de 1872 (artículo 26) dispuso:

> "Los ministros tienen el derecho de reivindicar ante el Tribunal de Conflictos los asuntos llevados ante la sección de lo contencioso (del

[1233] Ver, artículo 3º, Título 3.

[1234]CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, Fondo de Cultura Económica, 1948, México, p. 481 y 482. Por ello es que, el autor francés, destacaba que los oradores de la Constituyente, especificaban que dependía esencialmente del rey, la facultad de representar a la nación y la negociación y conclusión de los tratados con Estados extranjeros. Ídem, p. 482.

[1235]CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 482.

[1236] Ver, JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 415, nota 101.

Cons. de Estado) y que no pertenecieren a lo contencioso administrativo"[1237].

Esta última disposición legislativa, según CARRE de MALBERG, constituyó uno de los fundamentos que determinaron una de las diferencias capitales que escindían al acto gubernamental del acto administrativo[1238]. En este esquema se insertó la divergencia en la jurisdicción aplicable en uno y otro supuesto. Los actos administrativos, aún los discrecionales, podían ser sometidos a la jurisdicción por violación de forma o desviación de atribuciones. El acto de gobierno, por su parte, escapaba a todo control jurídico, se hallaba fuera de lo contencioso[1239] y sólo estaba sometido a control político[1240].

En tales términos, mientras se excluyó de la competencia de los tribunales determinados actos de gobierno (entre muchos otros, a los actos diplomáticos)[1241], la jurisprudencia y principalmente la doctrina comenzaron a reclamar la revisión judicial de los actos de gobierno.

En esta línea JEZÉ se ocupó concienzudamente en argumentar a favor del control jurisdiccional de todos los actos emitidos por el Gobierno y los agentes públicos[1242]. "Ningún acto jurídico repugna, por naturaleza, al control jurisdiccional"[1243] afirmaba de modo tajante.

[1237] JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 415, nota 101 y CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 485. Aunque cabe aclarar que este último autor le asigna a la ley como fecha el día 24 de mayo. En nuestro país, MARIENHOFF y CASSAGNE (siguiendo a RIVERO y a WALINE –MARIENHOFF sólo al primero de estos autores-) sostienen que dicha norma "jamás fue aplicada y sus alcances tampoco se aclararon, sin que sea seguro que se refiere a los actos de gobierno". Ver MARIENHOFF, Miguel, S., Tratado de derecho administrativo, T. II, p. 634, nota 976, con cita de RIVERO Jean, n° 155, Paris, 1962, p. 140 y CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo, T. II, p. 153, con cita de RIVERO, Jean, Droit Administratif, Dalloz, París, 1977, p. 141 y WALINE, Marcel, Droit Administratif, 9ª ed., Sirey, París, 1963, p. 121. En Uruguay, SAYAGUES LASO entiende que la ley es de 24 de mayo (y no 25) de 1972 aunque ha sido criticada, no ha permitido el abandono de la distinción aunque restringió cada vez más el concepto de acto de gobierno. Ver, SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de derecho administrativo, T. I, 8ª ed., Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 397 y 398.

[1238] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 485.

[1239] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 501.

[1240] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 485 nota 6.

[1241] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 485.

[1242] Ver, JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 359 y ss.

[1243] Sin embargo, argumentaba que según la naturaleza de los actos, los recursos tendrían un régimen jurídico diferente. Ver, JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 368.

El autor francés, no obstante, reconoció la inmunidad jurisdiccional de tres clases de *actos no jurídicos*: i) los actos legislativos; ii) los actos parlamentarios y iii) los actos de gobierno[1244]. En cuanto a estos últimos, la inmunidad jurisdiccional no provenía de su naturaleza jurídica[1245], sino que se sustentaba en razones de *oportunidad política*[1246].

a) Actos políticos y actos administrativos. El *objetivo político* y el *móvil político*

"Los actos políticos no son actos administrativos" afirmaba DUGUIT en su célebre Tratado de derecho constitucional[1247]. El acto político no era tal por su naturaleza intrínseca, sino que "…su forma, o más bien la calidad de la autoridad pública de quien emanan" lo tornaba político[1248].

En efecto, en la tesis de DUGUIT los actos políticos podían ser actos legislativos o administrativos. Eran los que realizaba el Gobierno como órgano político[1249].

El jurista francés entendió que se debía indagar en cada país cuál era el carácter atribuido por el derecho positivo al Gobierno. "Si actúa en calidad de órgano político, su acto es, desde el punto de vista formal, un acto político, porque emana de un órgano político, y esto, cualquiera sea su carácter material"[1250].

[1244] JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 369. DUGUIT era tajante a la hora de rechazar la noción de acto de gobierno. Afirmaba textualmente que "Rechazo con todas mis fuerzas la concepción de los actos de gobierno. Es preciso suprimir la palabra y la cosa, del derecho público de todo país civilizado". Ver, JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 415, nota 100. Sin embargo, JEZÉ, entendía que, aún cuando fueran "excelentes" las razones para hacer desaparecer la teoría, "El hecho incontestable es que los tribunales franceses aplican la teoría de los actos de gobierno. Existen, pues, en derecho público francés actual, los actos de gobierno. Comprobémoslo para mostrar sus malos efectos, combatir esta teoría y hacerla desaparecer. Pero, ante todo, comprobémoslo". Ibídem.

[1245] JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 412.

[1246] JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 413.

[1247] DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911. Este prestigioso publicista francés desarrolló la tesis en cuanto a que "Los actos políticos no son actos administrativos" en la primera parte, capítulo II, punto 45, Ídem, p. 210 y ss.

[1248] Ver, JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 413, nota 97.

[1249] JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 413 nota 97.

[1250] JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 413, nota 97.

Por ejemplo, calificó como actos políticos a los que emanaban del Presidente de la República cuando ejercía sus poderes constitucionales en lo que concernía a sus relaciones con las Cámaras; el acto de indulto; la declaración de estado de sitio y los actos diplomáticos[1251].

A nuestro entender, el abordaje de la distinción entre actos políticos y actos "administrativos" [1252] presupone la existencia de una concepción del pensamiento político liberal que se cristaliza en la idea de una separación entre "administración" y "política"[1253].

La administración como aparato de gestión especializado, profesionalizado y jerarquizado, pretende desvincularse del poder político.

b) La necesaria habilitación constitucional y la innecesaria habilitación legislativa para dictar actos de gobierno.

La discusión en Francia comenzó a discurrir acerca del fundamento constitucional o legal de los actos de gobierno, cuyo correlato venía dado por la existencia de dos planos de actuación: ejecución de la Constitución y ejecución de las leyes.

CARRÉ de MALBERG y DUCROCQ se ocuparon de otorgar fundamento constitucional a los actos de gobierno. Éstos derivaban de una disposición constitucional expresa y tendían a ejecutar el mandato constitucional. En cambio, los actos administrativos tenían como fin la ejecución de las leyes[1254].

[1251] JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 413, nota 97 segundo párrafo.

[1252] SAYAGUES LASO consideró una falsa oposición contraponer el acto de gobierno al acto administrativo. En tal sentido afirmaba el autor uruguayo: "…ello supone introducir en las clasificaciones de los actos estatales basadas en la forma y efectos de dichos actos, una distinción que toma en cuenta otro elemento distinto: su finalidad u objeto (…) entre los actos administrativos pueden existir algunos que merezcan el calificativo de actos de gobierno [pero] (…) esa circunstancia no excluye su calidad de actos administrativos con todas las consecuencias que derivan en cuanto a la posibilidad de impugnarlos…". Ver, SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de derecho administrativo, T. I, p. 403 y 404.

[1253] Ver asimismo, CHEVALLIER, Jacques-LOSCHAK, Daniele, La Ciencia Administrativa, INAP-EFE, México, 1983, p. 33.

[1254] MARIENHOFF trae a colación la tesis de DUCROCQ en este aspecto. Ver MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, T. II, p. 626 y 627 y CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 486 y 487.

Al respecto, el primero de los autores nombrados afirmaba tajante: "…no se puede realizar ningún acto, aún a título de medida de gobierno, sin haber recibido para ello poder de la Constitución (…) la potestad gubernamental sólo existe bajo la condición y dentro de los límites de las habilitaciones constitucionales"[1255]. Con sustento en esta plataforma concluyó: "…el acto de gobierno sólo puede realizarse en virtud de un permiso de la Constitución"[1256]

La atribución constitucional exclusiva para realizar determinadas funciones se relacionaba con ciertos actos; por ejemplo, la ratificación de los tratados. Sólo al Presidente correspondía esta atribución[1257]. De tal modo, "…el Jefe del Ejecutivo, para una categoría de atribuciones que se considera formando parte del gobierno, está colocado en pie de igualdad con el legislador y de independencia respecto de éste"[1258].

Se vuelve a ratificar la subyacente distinción entre gobierno y administración[1259]. El poder del gobierno provenía de la Constitución misma. El acto de gobierno se refería directamente a la distinción entre la ley constitucional y las leyes ordinarias"[1260].

En suma, la ejecución directa de una disposición formal de la Constitución, representaba la única base firme para distinguir entre gobierno y administración[1261]. Sobre esta plataforma afirmaba CARRE de MALBERG:

> "Asimismo, en presencia de la disposición constitucional que pone en manos del Presidente el ejercicio discrecional del derecho de gracia no es posible admitir que una ley pueda limitar ese derecho fijando los casos en los cuales su titular podrá o deberá usar de él. En todos estos

[1255] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 486.
[1256] Ídem, p. 497.
[1257] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 484.
[1258] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 484.
[1259] Por el contrario, DUEZ entendía que la existencia de una función gubernamental distinta de la administrativa, no conduciría racionalmente al acto de gobierno entendido como acto injusticiable. Ver, DUEZ, P. *Les actes de gouvernement*, Dalloz, París, 1935, p. 188, citado en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 97.
[1260] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 483.
[1261] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 484 en nota 4.

> aspectos, pues, la función gubernamental aparece libre de la subordinación de las leyes"[1262].

En esta inteligencia, la inmunidad jurisdiccional de los actos era una consecuencia de la imposibilidad del juez para resolver litigios entre los poderes constitucionales[1263].

El fundamento (cuando menos parcial) de los actos de gobierno se encontraba en la distinción entre gobierno y administración que ciertos autores franceses le atribuían a los doctrinarios alemanes[1264]. Sin embargo, CARRE de MALBERG le adjudicaba un equívoco al punto de partida de los alemanes. Para el autor francés, el principio de vinculación positiva resultaba capital en la interpretación de lo que podía o no realizar la autoridad gubernamental. Expresamente la Constitución le debía atribuir las potestades. De lo contrario, no podía realizar ningún acto a título de gobierno[1265].

Es decir, el acto de gobierno se presentaba como un acto vinculado. Debía ser dictado con sustento en una atribución constitucional expresa y no se admitía un obrar libre o su dictado en el caso de su ausencia.

Por ello el autor concluía:

> "…es precisamente la Constitución, en la que se apoya el acto gubernamental, uno de los factores esenciales, mejor dicho, la fuente fundamental de dicho orden jurídico. En el derecho público francés, que distingue entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, se puede diferenciar debidamente el acto administrativo ordinario del acto gubernamental, por cuanto aquél se funda en un poder simplemente legal, y éste en un poder constitucional. Pero, en definitiva, tanto el uno como el otro quedan comprendidos dentro del concepto general de

[1262]CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 484 y 485.

[1263] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 112, con cita de BATAILLER, F., *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, LGDJ, París, 1966, p. 238.

[1264] Ver por todos, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 486. Si los actos de gobierno, a diferencia de los actos de administración, se encontraban exentos de la necesidad de habilitaciones legislativas, entonces es clara la influencia de JELLINEK en la concepción dogmática de CARRE de MALBERG. Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 483.

[1265]CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 486, con cita de OTTO MAYER, ed. Francesa, Vol I, p. 10.

> administración lato sensu, o sea de actividad que se ejerce de conformidad con el orden jurídico establecido en el Estado (…) ambas clases de actos tienen como cualidad común que, tanto el uno como el otro, derivan su derecho a la existencia de una ley superior…"[1266]

c) El "objetivo" político.

Desde cierta concepción, el acto político era concebido como todo acto de la autoridad pública en miras de un *"objetivo político"*. Se argumentaba que un acto de carácter "administrativo" podía transformarse en "político" cuando se dictase en miras de un "*objetivo político*".

Cuando un acto administrativo se convertía en político, no podía ser impugnado mediante los recursos jurisdiccionales, aún cuando emanara de una autoridad cuyos actos eran susceptibles de ser impugnados por dichos recursos[1267]. DUGUIT definió al "*objetivo político*" (en sentido "propio y elevado") como lo que concierne a la política concebida como el arte de gobernar los pueblos. Un acto estaría determinado por un objetivo político, cuando tuviese por objeto el gobierno del pueblo siguiendo las reglas del *arte político*[1268].

Ello no obstante, DUGUIT rechazaba esta concepción al sostener que los actos poseen una cierta naturaleza independientemente de su objetivo. La idea de objetivo, concluía el publicista francés, debía permanecer completamente extraña a la determinación jurídica de las funciones del Estado y sus actos[1269].

La consecuencia de la concepción de acto político determinó que la doctrina francesa hasta 1870 entendiera que los recursos previstos para los actos administrativos

[1266]CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 487.

[1267] DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 210.

[1268] DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 210.

[1269] DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 211.

no serían admisibles contra el acto político[1270]. Inclusive, la doctrina francesa comenzó a postular que el acto de gobierno se determinaba en función de la enumeración de actos políticos presentada por la jurisprudencia administrativa bajo la autoridad del Tribunal de Conflictos[1271].

Desde el punto de vista de la inmunidad judicial de esta clase de actos, es importante señalar que los recursos por exceso de poder hasta principios de siglo XX no serían admisibles contra los actos relativos a: i) las relaciones del Jefe de Estado y las cámaras; ii) las relaciones exteriores; iii) los decretos estableciendo el estado de sitio y iv) contra los decretos de gracia[1272].

No obstante, según DUGUIT, aún cuando la inmunidad jurisdiccional de ciertos actos[1273] se presentaba como un "sacrificio"[1274], ello no implicaba la admisión de

---

[1270] Con antelación a 1870 -señalaba DUGUIT-, los autores franceses, en su gran mayoría, entendían que los actos y hechos en miras a un "objetivo político" escapaban a todo recurso. DUGUIT trae a colación las palabras de un relator de la ley orgánica del Consejo de Estado de 1849 (M. *Vivien*) quien afirmaba que, ante una gran necesidad pública, si se lesionan derechos privados, el Estado responde ante el poder político. "Volverlos justiciables por el Tribunal Administrativo, sería paralizar una acción que se ejerce en vista del interés común". Ver DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 211.

[1271] Ver CARRE de MALBERG, Teoría general del Estado, p. 502. Según HAURIOU, la lista de actos admitidos como actos de gobierno por la jurisprudencia comprendería: los actos relativos a las relaciones del gobierno con las cámaras, los decretos estableciendo el Estado de sitio, los decretos emitidos en materia de policía sanitaria, los actos relativos a las relaciones diplomáticas, los hechos de guerra, los decretos de gracia. HAURIOU, M., Droit administratif, 6° édit, 1907, p. 437 a 439 et 7° edit., 1911, p. 75 a 78 citado por DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 213. DUGUIT rechazaba la ida de la "lista". Desde la óptica de este autor, la jurisprudencia no podía determinar el carácter intrínseco de un acto. En similar sentido, en nuestro país calificada doctrina entendía que el criterio de la enumeración se hallaba vacuo de contenido científico. Ver, MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, T. II, p. 629. En Alemania, FORSTHOFF también aludió al hecho de que en Francia, la competencia de los tribunales administrativos se determinaba según el principio de enumeración. Por tanto, los actos marcadamente políticos se excluían de antemano del control judicial administrativo. Ver FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 683.

[1272] Ver, DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 213.

[1273] Para sostener que hay ciertos actos que escapaban al recurso contencioso administrativo (por tener calidad de actos de gobierno), se solía invocar, al artículo 26 de la ley del 24 de mayo de 1872 sobre el Consejo de Estado que disponía: "*Los ministros tienen el derecho de reivindicar ante el Tribunal de Conflictos, los asuntos llevado a la seccional del contencioso y no pertenecerían al contencioso administrativo*". DUGUIT sostuvo que desde 1872 hasta 1911, no se había aplicado el artículo 26 precitado. Probablemente, afirmaba DUGUIT, se debía a un error legislativo y, por ello, no podía ser invocado. Es la reproducción del artículo 47 del 3 de marzo de 1849, en la cual se había sustituido los "ministros" a "ministros de justicia". Por último, afirmaba tajante: "Finalmente, no podemos aceptar las proposiciones de HARIOU, diciendo que la teoría de los actos de gobierno es una suerte de compromiso entre el Gobierno y la jurisdicción del Consejo de Estado". Ver

actos fuera de la legalidad[1275]. En efecto, la existencia de la sanción de la legalidad por el recurso por exceso de poder estaba prevista para los actos que emanaban de una autoridad administrativa; los que no eran de "gobierno". Estos últimos, tenían por objeto el funcionamiento y las relaciones de los órganos políticos y las acciones que ejercían entre sí[1276] sin que repercutan en el exterior.

En suma, DUGUIT negaba la categoría de los actos de gobierno pero admitía la existencia de ciertos actos políticos ajenos al control jurisdiccional.

Veamas las propias palabras de DUGUIT:

> "No pueden ser atacados por un Tribunal ante la vía contenciosa. No emanan bajo ningún título de una autoridad administrativa, no se encuentran para nada ubicados fuera de la legalidad. Pero como no provienen de una autoridad administrativa, la sanción de la legalidad no puede encontrarse en las vías del derecho organizadas para los actos hechos por las autoridades administrativas. Esta es la razón por la que escapan al recurso contencioso por exceso de poder sin que haya que acudir a los actos de gobierno como categoría"[1277].

Como ejemplo de actos políticos que no tienen carácter administrativo, DUGUIT señalaba (entre otros) todos los actos por los cuales el parlamento ejerce su control por el gobierno: votación de la orden del día de confianza, nombramiento de

---

DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 213.

[1274] HAURIOU, M., Droit administratif, 6° édit, 1907, p. 440 et 7° edit., 1911, p. 81, citado por DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 213 y 214.

[1275] DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 213 y 214. Más tajante se pronuncia DUGUIT, según lo atestigua la doctrina colombiana, en relación con la función de gobierno que escapa al control jurisdiccional. Así, DUGUIT repudiaba esta interpretación "con todas sus fuerzas", porque resulta una violación "injustificable del principio de legalidad material". Ver, BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, Universidad de Piura, Perú, 2003, p. 87.

[1276] Para DUGUIT, el gobierno tenía una estructura compleja y se componía de dos órganos: el parlamento y el Gobierno propiamente dicho. Deben limitarse –afirmaba- y ponderarse recíprocamente. Para ello, debían ejercer acciones recíprocas y "…*es incluso sobre esta limitación que reposa toda la protección de las libertades públicas*". Ver DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, p. 214.

[1277] DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, p. 214.

comisiones de encuesta, invitación a comunicar tal o cual documento, elección del presidente de la República por las dos cámaras del parlamento[1278].

Asimismo el autor francés destacaba los numerosos actos por los cuales el presidente ejerce la influencia sobre el parlamento: el decreto de convocatoria de los colegios electorales, el decreto de citar y clausurar el parlamento, y el decreto por el cual el presidente, con el consentimiento del senado, disolvía la cámara de diputados[1279].

Los actos precitados, más los decretos que conceden gracia, los que declaran el estado de sitio, al igual que los actos diplomáticos, representaban, en la tesis de DUGUIT, actos que no eran administrativos ni emanaban de una autoridad "administrativa"[1280].

En suma, tal como ilustraba BENOIT, todos los actos de gobierno eran concebidos, desde todos los puntos de vista, como "materias no administrativas"[1281].

d) El móvil político.

La teoría del móvil político inspiró al Consejo de Estado hasta el final del segundo imperio[1282]. El *móvil político* era definido como "Aquél acto que tiene por fin la defensa de la sociedad en sí misma, o personificada en el Gobierno, contras sus enemigos interiores exteriores, conocidos u ocultos, presentes o futuros"[1283].

Las decisiones inspiradas por un "*móvil político*" eran consideradas como un acto de gobierno[1284]. Desde cierto sector se sostiene que la teoría fue abandonada por la jurisprudencia a partir del fallo "*Duc d´Aumale et Michel Levy*"[1285]. Sin que corresponda

[1278] DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, p. 214 y 215.
[1279] DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, p. 215.
[1280] DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, p. 215. Según BENOIT, la tendencia moderna también se orientó hacia la exclusión jurisdiccional respecto de los actos de "carácter realmente gubernamental" BENOIT Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 515.
[1281] BENOIT Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 516.
[1282]Ver, JEZÉ Gastón, Principios generales del derecho administrativo, T. I, p. 416 y nota 102 y BENOIT Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 514 y ss.
[1283] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 156 con cita de DUFOUR, *Droit administratif*, IV, p. 600 y BRÉMOND, "*Des actes de gouvernement*", RDP (1896), p. 27.
[1284] BENOIT Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 514.
[1285] CE 9 de mayo de 1867.

ahondar en la autenticidad de tal afirmación, lo cierto es que a principios de siglo XX el "móvil político" ya no resultaba suficiente para autorizar la inmunidad jurisdiccional[1286].

d) Los diferentes criterios para distinguir los actos de gobierno[1287].

La doctrina en Francia otorgó disímiles y múltiples fundamentos para sostener la existencia y justificación de los actos de gobierno y su inmunidad jurisdiccional.

Desde un sector se hablaba de la*especial relevancia de los asuntos vinculados a la función de gobierno.* Así, LAFERRIÉRE, DUCROCQ y CHAPUS con ciertos matices, afirmaban que dentro de lo que se denominaba Poder Ejecutivo, existían dos funciones que podían escindirse: administrar y gobernar.

Mientras que administrar era asegurar la aplicación de las leyes, gobernar consistía en ocuparse de la sociedad política, del funcionamiento de los poderes públicos, de las relaciones del Estado con las potencias extranjeras y de la seguridad interior y exterior. El control sobre estos actos debía ser político (a través del Parlamento)[1288].

En otro ángulo se alude a la*injusticiabilidad de los llamados actos de gobierno como consecuencia de la organización judicial francesa*[1289].

FAVOREU, PUISOYE y CAYLA desarrollaron una línea argumental (con diversas tonalidades) que predicaba que la injusticibilidad del acto de gobierno, no se debía a su naturaleza. Se trataba, en cambio, de una cuestión competencial entre la justicia constitucional y la justicia contenciosa[1290]. MARIENHOFF apunta que este

---

[1286] JEZÉ Gastón, Principios generales del derecho administrativo, T. I, p. 416.

[1287] Sobre este punto, hemos sintetizado la exposición de BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 100 a 116.

[1288] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 100 y 101, con citas de DUCROCQ, *The., Cours de Droit administratif et de législation fracaise des finances*, I, 7ª edición, *Fontemoing*, Paris, 1897, p. 28 y 29; LAFERRIÉRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, T. II, *Berger-Levrault et Cie*, 1888, París, reimpresión de LGDJ, París, 1989, p. 31 y CHAPUS, R., "*L´acte de gouvernement*: *monstre ou victime*?", Dalloz (1958) Chron, p. 8.

[1289] Ver el desarrollo de este postulado en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 113 a 115.

[1290] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 114, con citas de FAVOREU, L., "*L´acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable",* RFDA (1987), p. 544 a 547; PUISOYE, J., "*Pour une conception plus restrictive de la notion de acte de gouvernement*", AJDA (1965), p. 218 y CAYLA, O., "*Le controle des mesures d´exécution des traités*", RFDA 10 (1994), p. 14 a 17.

criterio, en realidad, representaba las eventuales consecuencias de los actos calificados como de gobierno y no la sustancia de ellos[1291].

Si bien desde un sector se afirmaba la imposibilidad de articular un recurso contencioso contra los actos administrativos, CARRE de MALBERG entendía que ello no podía determinar que se encontrasen fuera del régimen de la legalidad. A falta de medios jurisdiccionales propios de los administrados, existían ciertos medios constitucionales que permitían influenciar a la autoridad gubernamental y contenerla hasta cierto punto dentro del respeto a la legalidad[1292]

En otra dimensión, se pretendió recalcar *el carácter discrecional como criterio de distinción del acto político.*

MARIENHOFF de modo crítico[1293] se ocupó de exponer la tesis de quienes afirman que la distinción entre el acto político o de gobierno y el acto administrativo, respondía al carácter discrecional del primero[1294]. Sin embargo, la doctrina francesa no asimilaba ambas categorías ya que admitía la presencia del carácter de discrecional en los actos de administración[1295]

Por último, desde cierto sector se aludió al *fundamento extrajurídico de los actos de gobierno.* Razones políticas[1296], empirismo político, política jurisprudencial[1297], son

[1291] Ver, MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, T. II, p. 629.

[1292] Ver CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 501. Sin embargo el autor no aclara a qué tipo de "medios constitucionales" se refiere. En nuestro país, la influencia francesa determinó que BIELSA entendió que los actos de gobierno no eran susceptibles de ser impugnados por recursos jurisdiccionales sino que sólo generaban responsabilidad política y moral. Ver BIELSA, Rafael, Derecho constitucional, p. 512.

[1293] La crítica se fundamenta en lo expuesto por RANELLETTI. Para este último autor, los actos de gobierno no se podían confundir con los discrecionales ya que la actividad administrativa podía ser vinculada o discrecional. Ver RANELLETTI: "*Teoria degli atti amministrativi speciali*", n° 39, p. 41 y 42, según cita de MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, T. II, p. 627, nota 964. Más adelante, MARIENHOFF, afirmaba que la discrecionalidad no era un rasgo típico o esencial del acto político o de gobierno. Podía ser reglado en un aspecto y discrecional en otro. Exponía como ejemplo, entre otros, al indulto. Ver, MARIENHOFF, Miguel, S., Tratado de derecho administrativo, T. II, p. 642.

[1294]MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, T. II, p. 627.

[1295] Ver CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 499 y 500.

[1296] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 115 con cita de DE LAUBADÉRE, A., *Traité de Droit Administratif*, 6ª ed., LGDJ, París, 1973, p. 208; DUEZ, P. et DEBEYRE, G., *Traité de Droit administratif*, Dalloz, París, 1952, p. 486.

[1297] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 115 y 116, con cita de LOSCHAK, D., Le róle politique du juge administratif francais, LGDJ, París, 1972, p. 32 y 37 a 40.

algunas de las denominaciones que la doctrina francesa esgrimió para fundamentar la declinación de los jueces para intervenir sobre la juridicidad de ciertos actos[1298].

Valga como muestra de lo expuesto la siguiente argumentación:

> "Los jueces decidirían no revisar ciertos actos, ya sea para poder controlar lo demás actos del Poder ejecutivo, o ya sea como consecuencia del temor a obstaculizar la acción del Gobierno en determinados ámbitos considerados sensibles, en los que se correría el riesgo de que éste desconozca el valor de la cosa juzgada, con el desprestigio que ello implicaría para el Poder judicial"[1299].

f) Breves referencias a la delimitación jurisprudencial del acto político o de gobierno.

Hacia el último cuarto del siglo XIX la jurisprudencia en numerosos precedentes consagró la irrevisibilidad de ciertos actos. En algunos fallos los tribunales se declararon incompetentes, tal como aconteció en una sentencia de la Cámara de apelaciones de París[1300] que invocó la teoría de los actos de gobierno para declararse incompetente y así confirmar una sentencia del "*Tribunalde la seine"*.

A fines de siglo XIX el Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado desarrollaron la doctrina del acto político o de gobierno implícitamente (por ejemplo) en las sentencias del 4, 5, 13, 17 y 20 de noviembre de 1880, pronunciadas en relación a los decretos del 29 de marzo de 1880 contra las congregaciones religiosas.

El Consejo de Estado retomó la teoría de los actos de Gobierno a propósito del recurso formado por el príncipe de Orleans y el príncipe Morat, contra la decisión del

---

[1298] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 115 y 116.

[1299] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 116, con cita de AUVERT-FINCK, J., "*Les actes de gouvernement, irreductible peau de chagrín*?", RDP (1995), p. 148 y 149; BONARD, R., Précis *élémentaire de Droit administratif, Sirey,* París, 1926, p. 47, 131 y 132.

[1300] Cámara de París, 29 de enero de 1876, S., 1876, II, p. 297, citado en DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 212.

Ministro de guerra que, invocando la ley del 22 de junio de 1886 (relativa a los miembros de las familias que habían reinado en Francia), los había expulsado del marco del control de la armada.

En este caso, se evidenció de forma expresa la distinción que el Consejo de Estado concebía cuando el Ejecutivo obraba en ejercicio de "poderes de administración" y no de gobierno. En efecto, el ministro de guerra opuso a los recursos una excepción de inadmisibilidad basada en que las decisiones atacadas, constituían actos de gobierno que no tendrían naturaleza al Consejo de Estado por vía de recurso por exceso de poder. Al rechazar la excepción el Consejo de Estado textualmente argumentó:

> "Considerando que resulta del texto mismo de las decisiones atacadas, que el Ministro de guerra las ha tomado con miras a aplicar el artículo 4 de la ley del 22 de junio de 1886, que de esta manera ha actuado en el ejercicio de los poderes de administración…"

Estas decisiones, sostuvo el Consejo, constituyen actos administrativos susceptibles de ser atribuidos al Consejo de Estado por aplicación de las leyes 7 y 14 de octubre de 1790 y 24 de mayo de 1872"[1301].

Ahora bien, sin detenernos con profundidad en la evolución jurisprudencial francesa, lo cierto es que la teoría de los actos de gobierno encuentra sustento en esencia, en una preocupación por parte del Consejo de Estado por no inmiscuirse ni en las relaciones entre el poder legislativo y el ejecutivo, ni en las acciones diplomáticas.

En este escenario, a fines del siglo XX se encontraban bajo una forma nueva y en límites más estrechos las consideraciones de carácter político que históricamente se englobaron bajo la noción de acto de gobierno[1302].

[1301] Ver DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 212.

[1302] CE 19 févr. 1875, *PRINCE NAPOLEÓN*, Rec. 155, concl. David, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14 édition, Dalloz, París, 2003, p. 26.

Desde esta plataforma, la lista de actos de gobierno hoy se asienta en dos grupos de actos: por un lado los referentes a las relaciones del Gobierno con el Parlamento; por otro los ligados directamente a las relaciones de Francia con otras potencias extranjeras o con los organismos internacionales[1303].

El Consejo de Estado francés, actualmente se abstiene de conocer en decisiones por el ejecutivo en el marco de su participación en la función legislativa; así acontece con las siguientes decisiones: el rechazo de presentar al parlamento un proyecto de ley[1304]; la decisión de proponer o retirar un proyecto de ley[1305]; el rechazo de hacer las diligencias necesarias para su rápida adopción[1306]; la negativa del primer ministro de tomar la iniciativa de la revisión constitucional[1307]; el decreto de promulgación de una ley [1308]; y la negativa del primer ministro de invocar la urgencia, en ocasión del sometimiento del Consejo constitucional de una ley orgánica[1309].

La jurisprudencia francesa señala diferentes tipos de actos (que escapan a la jurisdicción contencioso-administrativa), según se trate de decisiones del presidente de la república que afecten las relaciones entre los poderes constitucionales y el ejercicio de la función legislativa.

Entre otros, se destacan: el Decreto que somete un proyecto de ley *ad referéndum*[1310], el decreto que disuelve la asamblea nacional[1311]; el nombramiento de un

---

[1303] Ver, LONG, Marcea, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B., Los Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa, p. 12, en observaciones al fallo del Consejo de Estado "Príncipe Napoleón", CE 19-febrero-1875, Rec. 155, concl. David.

[1304] CE sección. 18 de julio de 1930, *ROUCHE,* rec. 771; -29 de noviembre de 1968, tallagrand, rec. 607; d. 1969.386 nota Silvera; RDP 1969.686, nota de M. Waline; JDI, 1969.382, nota Ruzié citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 19.

[1305] CE AS. 19 de enero de 1934, *COMPAGNIE,MARSIELLAISE, DE NAVIGATION*, à vapeur Fraissinet, Rec. 98; S. 1937.3.41, note Alibert, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 19.

[1306] CE sect. 25 juill. 1947, *SOCIÉTÉ ALFA*, Rec. 344, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 14 édition, Dalloz, París, 2003, p. 19.

[1307] CE 26 févr. 1992, Allain, Rec. 659, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 19.

[1308] CE Sect. 3 nov. 1933, Desreumeaux, Rec. 993; S. 1934.3.9, note Alibert; D. 1933.3.36, note Gros; RDP 1934.649, note Jèze, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 19.

[1309] CE 9 oct. 2002 Meyet et bouget, JCP A 2002 n° 1143, note Moreau, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 19.

[1310] CE Ass. 19 de oct. 1962, Brocas, Rec. 553; S. 1962.307, D. 1962.701 et RDP1962.1181, conl. M. Bernard; AJ 1962.612, Chr. De Laubadère, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 19.

[1311] CE 20 févr.1989, Allain, Rec. 60; RFDA 1989.868, concl. Frydman, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 19.

miembro del consejo constitucional[1312] y la negativa de remitir una ley votada y aún no promulgada al consejo constitucional[1313].

Ciertos autores se preguntan si la teoría del acto de gobierno corresponde al derecho positivo[1314]. Las sentencias, salvos raras excepciones, no emplean la noción de "acto de gobierno"[1315].

Una parte de la doctrina aún estima que la negativa de un juez administrativo de entender o de conocer en los actos llamados de "gobierno", se explica por el normal juego de las reglas de competencia: se trataría de actos mixtos que no emanan exclusivamente de las autoridades francesas. Son actos relativos a la función gubernamental como opuesta a la función administrativa; es decir, actos correspondientes al derecho internacional o actos que participan de la función legislativa[1316].

Ahora bien, no debemos perder de vista que, conforme la misma doctrina francesa lo advierte, "…*la inmunidad jurisdiccional de los actos, contrasta con el desarrollo general del Estado de derecho*"[1317]. En efecto, ante la negativa del Consejo de Estado para decidir sobre la legalidad del decreto de convocatoria del cuerpo electoral para la elección de

---

[1312] CE Ass. 9 avril 1999, Mmme Ba, Rec. 124; RFDA 1999.566, concl. SalatBaroux; AJ 1999.409, chr. Raynaud et Fombeur; RDP 1999.1573, note Camby; cah. CC n° 7.109, note Robert; D. 2000.335, note Serand, , citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 19.

[1313] CE ord. 7 nov 2001, Tabaka, RDP 2001.1645, note Jan; LPA 22 mars 2002, note Curtil, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 19.

[1314] En Uruguay, por ejemplo, el acto de gobierno tiene recepción constitucional (artículos 147 y 160) y legal. A nivel legal por primera vez el artículo 26, numeral 1) del Decreto-Ley N° 15.524 de 9 de enero de 1984 dispuso que los actos político y de gobierno no podían ser objeto de la acción anulatoria. Sin embargo, a través de la ley N° 15.869 de 22 de junio de 1987 (modificatoria del precitado Decreto-Ley) se estableció en su artículo 1° que los actos políticos podrán ser objeto de la acción de nulidad. En suma, a nivel normativo se pueden extraer dos conclusiones del derecho uruguayo: a) el reconocimiento de la existencia de actos de gobierno, diferentes de los actos administrativos mencionados en el artículo 309 de la Constitución de la República y; b) la imposibilidad de apreciar su regularidad jurídica ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Ver, RICHINO, Álvaro, El acto de Gobierno: categoría no operativa en derecho uruguayo, en Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito, Delpiazzo Carlos E. (Coordinador), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 516, 517 y 519.

[1315] Ver fallo del Tribunal de Conflictos de 24 de junio de 1954, Barbaran, Rec. 712 y CE Ass. 2 mars 1962, Rubin de Servens, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 25.

[1316] LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 14 édition, Dalloz, París, 2003, p. 25

[1317] JEZÉ al respecto afirmaba: "…parece un escándalo intolerable y uno se asombra de que haya subsistido hasta nuestros días. En verdad, es injustificable: es la *razón de Estado*, es decir, la arbitrariedad, bajo pretexto de *oportunidad política*". Ver, JEZÉ, Gastón, Principios generales del derecho administrativo, T. I, p. 416. En similar sentido, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 501.

diputados, el Consejo Constitucional reconoció su competencia para apreciar la legalidad de dicho acto[1318].

En otro caso, el juez constitucional se adentró a juzgar la regularidad del decreto por el cual el presidente de la República solicita una nueva deliberación de una ley[1319].

Esta tendencia también se ratifica, con matices, en lo que se refiere a las cuestiones de competencia. Mientras que, por un lado el Consejo constitucional aceptó la competencia[1320] que el Consejo de Estado había rechazado en relación al Decreto por el cual el presidente de la república decidía someter el proyecto de ley ad referéndum [1321] ; por otro, se declaraba incompetente en relación al decreto de disolución de la asamblea nacional[1322].

Tampoco es un dato menor,que desde cierto sector de la doctrina francesa, se acuda al derecho norteamericano para señalar la declinación a intervenir ante las decisiones que se refieren a las relaciones internacionales en razón de su carácter político por naturaleza[1323]. Ciertos autores franceses traen a colación el fallo en el que la Corte Suprema norteamericana se negó a conocer en 1979 (*Carter v. Goldwater*[1324]) en la decisión del presidente Carter, de denunciar el tratado de defensa vinculando a los Estados Unidos con Taiwán[1325].

[1318] Ver CC, 11 juin 1981, Delmas, Rec. 97; AJ 1981.357, note Goyard et 481, note Feffer; RDP 1981.1347, note Favoreu; JCP 1982.II.1975, note Franck; D. 1981.589, note F. Luchaire; RA note Turpin, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 25.

[1319] CC 85-197 DC, 23 aaût 1985, Rec. 70; AJ 1985.607, note L. Hamon; D. 1986.45, note F. Luchaire; RA 1986.395, note Etien, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 25.

[1320] CC 25 juill. 2000, Hauchemaille, Rec. 117; LPA 2 août 2000 obs. Schoettl; RDP 2001.3 obs. Camby, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 25 y 26.

[1321] CE Ass, 19 oct. 1962, Brocas, préc, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 25.

[1322] CC 10 juill. 1997, Abraham, Rec. 157; AJ 1997.684, note Schoett, citado en LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, p. 25 y 26.

[1323] LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 14 édition, Dalloz, París, 2003, p. 26.

[1324] El fallo puede verse en 44 US 996, 1979, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 209 y nota 38.

[1325] Ver LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14 édition, Dalloz, París, 2003, p. 26.

Es decir, se postula la ausencia de control jurisdiccional respecto de todos los actos relativos a la elaboración, firma, ratificación, interpretación y a la ejecución de esos acuerdos[1326].

g) La concepción doctrinaria actual del acto de gobierno.

BRAIBANT y STIRN consideran a los actos de gobierno como actos intermediarios entre los actos legislativos y los actos administrativos. Según los autores, tienen una característica común con los actos legislativos: no pueden ser atacados ante el juez administrativo. Sin embargo, tienen en común con los actos administrativos que emanan del Poder Ejecutivo[1327].

Entienden que hoy en día si el acto fue dictado por un "*móvil político*", ello no determina la ausencia de recurso; antes bien, cabe determinar si está viciado de ilegalidad. Tal fue el caso de la sentencia "Barel". BRAIBANT y STIRN consideran que se abandonó la teoría del móvil político pero no se suprimió la categoría de los actos de gobierno cuya lista es establecida por el juez administrativo [1328] y comprende dos elementos[1329] .

Se trata por un lado, de los actos de derecho interno que se vinculan con las relaciones de los poderes públicos constitucionales. Por otro lado, los actos del derecho internacional del Estado francés con los estados extranjeros u organizaciones internacionales[1330]. Por ejemplo, califican como acto de gobierno al acto por el cual se presenta o retira un proyecto de ley ante el parlamento y al decreto de promulgación.

Estos actos son ajenos a un control jurídico y, en cambio, según los autores, deben ser sometidos a un control político[1331].

[1326] Ver, LONG, Marcea, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B., Los Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa, p. 13.

[1327]BRAIBANT, Guy, STIRN, Bernard, *Le droit administratif francais*, 5ª edition, Dalloz, París, 1999, p. 274.

[1328] También en nuestro país se afirma que la cuestión política no puede ser definida sino que debe ser determinada por un Tribunal judicial. Ver LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de Interpretación Constitucional, T. I, p. 583.

[1329] BRAIBANT, Guy, STIRN, Bernard, *Le droit administratif francais,* p. 275

[1330] BRAIBANT, Guy, STIRN, Bernard, *Le droit administratif francais,* p. 275.

[1331] BRAIBANT, Guy, STIRN, Bernard, *Le droit administratif francais,* p. 275.

§2. Alemania.

En Alemania la doctrina del acto de gobierno no encontró un campo fértil de desarrollo teórico y jurisprudencial[1332]/[1333]. A inicios del siglo XX, advertimos en la obra de JELLINEK una preocupación constante respecto de la relación entre política y derecho[1334]. La política se concebía como una "ciencia práctica del Estado". Se la definía como:

> "…aquella que estudia el modo como el Estado puede alcanzar determinados fines, y que considera los fenómenos de la vida del Estado desde el punto de vista teleológico, que es como un punto de referencia, un criterio, para juzgar los hechos y las relaciones"[1335]

Aparecen aquí dos cuestiones trascendentes que trasuntan una faceta de la problemática actual, en lo que se refiere a la discrecionalidad administrativa y a los conceptos jurídicos indeterminados: los juicios de mero conocimiento (*Erkenntnisurteile*)

[1332] De hecho OTTO MAYER expresamente reconoció la ausencia de un término técnico para la "cuarta categoría de actividades del Estado". Este autor escindió, no obstante, los actos estatales de administración de otros que estaban fuera de la esfera del orden jurídico. El autor alemán dio como ejemplo a las relaciones internacionales, a las gestiones ante gobiernos extranjeros y al derecho de gentes. Ver OTTO MAYER, Derecho administrativo alemán, T. I, p. 11 y 12 y especialmente nota 15.

[1333] Según FORSTHOFF, en Alemania, no se desarrolló con la misma claridad y franqueza la problemática de los actos de gobierno. Básicamente, ello se debió a que la competencia de los tribunales administrativos se determinaba según el principio de enumeración. Los actos marcadamente políticos se excluían de antemano del control judicial administrativo. En efecto, existía un límite del Derecho de revisión judicial para nociones tales como "peligro para la economía total", o "peligro para el bien público". Sin embargo, como bien señala el precitado autor, lo político acompaña en mayor o menor intensidad a cualquier acto del Estado. Ver, Tratado de derecho administrativo, p. 683 y 684. Ahora bien, según FORSTHOFF, la razón para excluir el control de determinados actos, viene dada por el siguiente argumento: si la justicia obstaculiza un acto marcadamente político, se puede causar un mayor daño que la ejecución misma. Ídem, p. 685. El tratadista alemán se refería a los fallos del Consejo de Estado francés ("Laffitte" de 1822 y el precedente "Príncipe de Orleáns" de 1852), y justificaba la ausencia de control para ciertos actos políticos del siguiente modo: "…el acto soberano no controlable no encuentra su justificación en la tendencia a la independencia de ciertos actos soberanos del control judicial, sino en los naturales límites materiales trazados a la justicia". Ídem, p. 686, nota nº 12.

[1334] Ver por ejemplo, JELLINEK Georg, Teoría General del Estado, 72 a 79 y p. 942 a 944.

[1335] JELLINEK Georg, Teoría General del Estado, p. 72 y nota 12, con citas, entre otros, de HOLTZENDORF: Die Prinzipien der Politik, 2ª ed., 1899, p. 2; SCHÄFFLE: *Über den Wissenschaftlichen Begrif der Politik, Zeitsch. f. d. gesamte Saatswisenschaft*, LIII, 1897, p. 579 y ss.

y los juicios de valoración (*Werturteile*). Estos últimos representaban el contenido de la política[1336].

En este período comenzó a desarrollarse un discurso jurídico cuyo carácter científico pretendía independizarse de la política. Se alejaba de su aspecto teleológico y se acercaba a la naturaleza del proceso intelectual llevado a cabo[1337].

Como fruto de esta concepción, se plantearían principios en relación al derecho político. El primero se formuló del siguiente modo: "lo que es imposible políticamente, no puede ser seriamente objeto de investigación jurídica"[1338]. El segundo es harto conocido para las disciplinas del derecho constitucional y administrativo: "la presunción de legalidad en las acciones de los órganos supremos del Estado"[1339].

A través del & 6 cifra 2 de la Ley de 22 de mayo de 1910 (RGBl, p. 798)[1340] se estableció que los principios de la responsabilidad estatal no tenían aplicación "en cuanto se trate de la conducta de un funcionario ocupado de asuntos exteriores, o cuando esta conducta respondía, según una declaración oficial del Canciller del *Reich*, a consideraciones políticas o internacionales"[1341].

En este escenario emergió una cuestión análoga a lo que desde cierto sector de nuestra doctrina actual se concibe: "…*hasta qué punto debían convertir en objeto de indagación las medidas soberanas que se basaban en decisiones políticas*". Esta problemática se presentó con Ley prusiana de estado de sitio de 4 de junio de 1851[1342].

Las pocas referencias de la época al acto de gobierno se aprecian en la obra de FORSTHOFF. Este autor alemán asumió la imposibilidad de definir la "naturaleza" del acto de Gobierno como acto estatal específicamente político[1343]. Para él lo político es

---

[1336] JELLINEK Georg, Teoría General del Estado, p. 72.

[1337] JELLINEK Georg, Teoría General del Estado, p. 73.

[1338] JELLINEK Georg, Teoría General del Estado, p. 77. Por ello es que MERKL afirmaba que la teoría del acto de gobierno nace como aspecto de la teoría que concebía la existencia de ciertas actividades *ajurídicas* del Estado. Ver, MERKL, Adolfo, Teoría general del derecho administrativo, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935, p. 64 y LINARES, Juan Francisco, Derecho administrativo, p. 186.

[1339] Este segundo principio que proclama JELLINEK, enseñaba la ciencia del Derecho al conocimiento político. Ver, JELLINEK Georg, Teoría General del Estado, p. 77 y 78. Según el autor, "Mientras no se levante contra los actos de estos órganos protestas legítimas de personas autorizadas para hacerlo, y se las declare nulas, es preciso considerarlas conforme a Derecho…". Ibídem.

[1340] Referente a la responsabilidad del *Reich* por sus funcionarios.

[1341] FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 683.

[1342] RGZ, t. 91, p. 185; t. 92, p. 240; t. 92, p. 304; t. 99, p. 254, citado en FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 683 y nota 8.

[1343] Textualmente afirmaba el autor alemán:"La justificación de la exclusión de determinados actos soberanos

un atributo que puede acompañar con mayor o menor intensidad a cualquier acto del Estado[1344].

En esta inteligencia, la inmunidad judicial de ciertos actos se hallaba en la "naturaleza" del poder judicial. Por tanto, FORSTHOFF concluyó que obstaculizar la ejecución de algunos actos marcadamente políticos podría causar mayor daño que la ejecución misma[1345].

El carácter "altamente político" de ciertos casos[1346] ameritaba la no intervención judicial. De lo contrario, se podrían generar consecuencias políticas incalculables "…por hallarse más bien en la esfera de lo político que de lo jurídico"[1347].

FORSTHOFF siguiendo a SCHMITT- ASSMANN concluía: "No puede ser la función del poder judicial tomar resoluciones que ponen en peligro el orden total del Estado. Al fin y al cabo, se expondría él mismo, ya que forma parte de este orden"[1348].

A su vez, se planteaba como contradictorio que un tribunal independiente no responsable políticamente dictase sentencias manifiestamente políticas[1349].

En definitiva, FORSTHOFF consideró que la invocación del acto de Gobierno representaba un instrumento necesario que hacía posible que el poder judicial conserve su independencia "negando su resolución"[1350].

Ahora bien, desde un plano normativo y en contraposición con el derecho francés, Alemania no previó expresamente mediante ley una excepción legislativa a la justiciabilidad de los actos de gobierno[1351].

Sobre esta plataforma, el acto de gobierno evidenció una faceta judicial y una político-estatal.Así se afirmaba: "…en las intrusiones del poder judicial en la política

---

de la revisión judicial no puede encontrarse en la naturaleza de estos actos, sino únicamente en la del poder judicial". FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 685.

[1344] FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 684.

[1345] FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 685.

[1346] Cita como ejemplo los casos "*Laffitte*, 1822, y el caso del Príncipe de Orleans, 1852). FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 685.

[1347] FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 685.

[1348] FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 685, con cita de SCHMITT, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, especialmente p. 22 y ss.

[1349] FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 685.

[1350] FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 686.

[1351] FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 686.

(según formulación de Carl Schmitt) "ésta no tiene nada que ganar, pero aquél las tiene todas de perder"[1352].

a) Los perfiles constitucionales de la separación de los poderes en el Tribunal Constitucional Alemán: el binomino "Gobierno"/ "Administración", la "reserva de Administración" y los ámbitos "esenciales o nucleares". Las cuestiones políticas no justiciables (*justizfreien Hoheitsakte*)[1353]

A principios del siglo XX, OTTO MAYER se ocupó de conceptualizar a la administración en forma residual[1354]. Al Gobierno se asignaba la alta dirección, el impulso de los asuntos de la "buena política y del interés general". El Gobierno, en esta interpretación, no se hallaba en el terreno del derecho[1355].

Las reglas de derecho constitucional no eran suficientes. Se requería, además, los actos de gestión para poner en movimiento a la constitución. Nacía así la actividad "auxiliar del derecho constitucional"[1356]. Las decisiones que se adoptaban en el marco del "*derecho de gentes*", eran conceptualizadas como la "cuarta categoría de actos del Estado" que representaban, en palabras del propio OTTO MAYER, el acto de gobierno de los franceses[1357].

Relaciones diplomáticas, tratados internacionales, gestiones ante gobiernos extranjeros, negociaciones, entre otros, estaban regulados por el derecho de gentes y constituían la cuarta categoría de actividades del Estado (actos de gobierno)[1358].

[1352] FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 686 y 687. Para apreciar, sintéticamente una descripción de la relación entre los jueces y la Constitución, ver BACHOF, Otto, Jueces y Constitución, Civitas, Madrid, 1985. La edición alemana se publicó bajo el título de "*Grundgesetz und Richtermacht*" en 1959.

[1353] LOWENSTEIN destaca que el concepto americano de *political questions* es considerablemente más reducido que el concepto *justizfreien Hoheitsakte* de la teoría constitucional alemana. Ver, LOWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, p. 313.

[1354] OTTO MAYER, Derecho administrativo alemán, T. I, p. 4 y 10.

[1355] OTTO MAYER, Derecho administrativo alemán, T. I, p. 5.

[1356] OTTO MAYER, Derecho administrativo alemán, T. I, p. 11.

[1357] OTTO MAYER, Derecho administrativo alemán, T. I, p. 12 y nota 15. Textualmente afirmaba el autor "Nosotros no tenemos un término técnico para esta cuarta categoría de actividades del Estado. Los autores franceses se sirven aquí de las palabras "acto de gobierno", que según lo que hemos expuesto sobre la evolución histórica de las nociones de gobierno y administración, parecería muy lógico". OTTO MAYER, Derecho administrativo alemán, T. I, p. 12 nota 15.

[1358] OTTO MAYER, Derecho administrativo alemán, T. I, p. 12.

Contemporáneamente al surgimiento del Tribunal Constitucional alemán[1359], LOEWENSTEIN se refería a la "ejecución de la decisión política fundamental"[1360].

Esta categoría pretendía explicitar cómo se llevaba a la práctica una decisión política y, muy sucintamente, podríamos enunciar los rasgos esenciales del siguiente modo:

i. La ejecución de la legislación;

ii. La administración que englobaba las decisiones políticas y la legislación;

iii. La función judicial para la realización de las decisiones fundamentales[1361]

Ahora bien, con el surgimiento del Tribunal Constitucional alemán, se desarrolló un *primer período* (a través de las sentencias de 18 de diciembre de 1953[1362] y del 28 de noviembre de 1957[1363]) que ratificó, con matices, el rumbo histórico en relación a la división de poderes. La interpretación de la doctrina transitó por dos facetas: *i)* la limitación del poder, como fin y objeto del principio[1364] y *ii)* la atenuación que hizo del mismo Ley Fundamental; es decir, no lo recogió con la pureza y la rigidez propia que lo caracterizaba.

[1359] En Alemania existe un Tribunal Constitucional específico recién desde 1951, no obstante desde 1848 la Asamblea de la Iglesia de San Pablo, exigiera que se instalara un tribunal constitucional. Ver, HOFFMAN-RIEM, Wolfgang, La división de poderes como principio de ordenamiento, Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Tomo I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007, p. 221 y 222. La doctrina argentina, ha señalado diversas disposiciones en la República de Weimar, en donde existió un procedimiento de control abstracto de constitucionalidad aunque no exactamente igual al que impera actualmente a través del art. 93, 1, 2, de la Ley Fundamental. Ver, CÓRDOBA, Gabriela E., El control abstracto de constitucionalidad en Alemania, Ad-Hoc, Estudios de derecho Procesal Constitucional II, Buenos Aires, 2003, p. 25.

[1360] Ver LOWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, p. 66 a 68.

[1361] Como bien destaca el agudo autor alemán, como el juez aplica la norma general al correspondiente caso concreto, entonces el juez ejecuta la ley en una forma parecida, aunque con diferentes técnicas a como lo hace la administración. Por tanto, "…no realiza una función independiente en el proceso del poder". LOWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, p. 67.

[1362] BVerGE, 3, 225, de 18 de diciembre de 1953, citado por GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, Dykinson, Madrid, 2004, p. 28.

[1363] BVerGE 7, 183 de 28 de noviembre de 1957, citado por GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 29 y nota nº 16.

[1364] Asimismo, desde un sector de la doctrina alemana, se considera que la división de poderes, se fundamenta en la desconfianza por un posible abuso de poder, además de que constituye un recurso para optimizar la capacidad de rendimiento de las organizaciones estatales y no estatales. Ver, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, La división de poderes como principio de ordenamiento, Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 2007, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007, p. 212.

Por el contrario, se admitió la distribución funcional del ejercicio del poder entre distintos órganos. Es decir, se sustituyó la idea básica de la separación por la de coordinación y/o colaboración en tres los órganos[1365].

En este escenario apareció la teoría de la esencialidad[1366] como fundamento para la organización racional del poder y el control e interacción del mismo[1367]. Se iniciaba, de este modo, la consolidación de un contrapeso y equilibrio de forma tal que sólo la combinación de ambos aspectos, permitiría obtener la limitación del poder estatal de la que se derivaba, en última instancia, la protección de la libertad individual[1368].

A partir de esta concepción, se generalizó la prohibición de predominio de unos poderes sobre otros y, a cada poder, la Constitución le reconoció un ámbito esencial o nuclear (*Kernbereich*)[1369] reservado, en el que los restantes órganos estatales tenían vedada cualquier actuación.

El ámbito esencial o nuclear ha sido caracterizado como el concepto más importante que ha elaborado el Tribunal Constitucional Federal alemán[1370]. La noción de *esencialidad* cumpliría un papel trascendente en las relaciones entre los poderes. En concreto, contribuyó a un proceso de reorientación del tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa, principalmente a partir de la década de 1980[1371]. Sin

---

[1365] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 29.

[1366] Actualmente, si bien la teoría de la esencialidad (o también llamada teoría de contenido esencial) ha sido objeto de críticas e incluso de rechazo por un sector de la doctrina alemana, MAURER afirma que las objeciones pierden peso cuando se observa el significado y los límites de dicha teoría. A saber, entre otros argumentos que: 1) La teoría de la esencialidad sólo entra en juego más allá de la tradicional reserva de ley existente en materia de actividad administrativa de intervención; 2) la parte ampliada de la reserva de ley tiene su basamento en la dimensión de los derechos fundamentales y, en consecuencia, no resulta constituida sino concrecitzada por la teoría de la esencialidad. Ver MAURER, Hartmut, Derecho administrativo, Parte General, p. 154.

[1367] BVerGE 5, 85 de 17 de agosto de 1956. En similar sentido, HOFFMAN-RIEM, Wolfgang, La división de poderes como principio de ordenamiento, Anuario de derecho constitucional latinoamericano, p. 212.

[1368] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 30.

[1369] El concepto se menciona en BVerGE 22, 106 de 20 de junio de 1967, citado por GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 30 y nota nº 22.

[1370] No advertimos definiciones de esta categoría. Sin embargo, se la vincula con la actividad típica que remite directamente a las definiciones de las funciones. Ver GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 41.

[1371] Ver BVerfGE, 34, 165 (192 y 193); 40, 237 (245); 49, 89 (126), citados en SCHMIDT-ASSMANN, E., La teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 202. En la interpretación de BULLINGER, la teoría de la esencialidad es desarrollada en la decisión "Kalkar" de 8 de agosto de 1978, por el Tribunal Constitucional Federal, la cual contribuyó al proceso referido. Ver, BULLINGER, M., La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial, La Ley, 30 de octubre de 1987, núm. 1.931, p. 7, citado por CHINCHILLA MARIN, Carmen, La

embargo, como bien ha sido destacado por SCHMIDT-ASSMANN, la teoría de la esencialidad "constituye un mero redescubrimiento, que no hace sino poner de relieve la cohesión interna de la doctrina de la reserva de ley"[1372].

Desde un plano jurídico-dogmático, se ha sostenido que el criterio de la esencialidad carece de una función propia por ser "indeterminado" y "ambiguo"[1373]. Un ejemplo es necesario para detectar la problemática. SCHMIDT-ASSMANN sostiene que si bien hay argumentos razonables para que el legislador fije valores o niveles máximos de contaminación, el carácter estático de la determinación de dichos valores o niveles, no se compadecería con la naturaleza dinámica del proceso técnico y científico[1374].

En definitiva, según este autor, el reconocimiento de un ámbito nuclear de cada poder constituye una herramienta imprescindible que proporciona una ayuda interpretativa en el esquema de la separación de poderes[1375]. Sin embargo, el propio autor entiende que la reserva de administración no puede ser elevada (como regla, agregamos) a la categoría de una reserva constitucionalmente amparada o reconocida"[1376].

Esta conclusión, a nuestro criterio, es en cierto modo contradictoria, con las manifestaciones vertidas por el propio autor, algunas páginas antes, cuando sostiene que la autonomía de la Administración se presenta como una premisa constitucional con sustento en el artículo 20 GG[1377].

---

desviación de poder, p. 223 y nota 12.

[1372] SCHMIDT-ASSMANN, E., La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 202.

[1373] SCHMIDT-ASSMANN, E., La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 202.

[1374] SCHMIDT-ASSMANN, E., La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 203, con cita de OSSENBÜL, en Handbuch des Staatsrechts, vol, 3, &62, núm. marg. 46.

[1375] SCHMIDT-ASSMANN, E., La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 217 y 218, con cita de STERN, Staatsrecht, vol. 2, &36 IV 5, p. 541 y 542.

[1376] SCHMIDT-ASSMANN, E., La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 219. Para SCHMIDT la reserva de administración requiere de una especial justificación y, desde un punto de vista constitucional, no es imposible. Ídem, p. 218 y 219.

[1377] SCHMIDT-ASSMANN, E., La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 211. También MAURER entiende que la Administración como poder del Estado legitimado democráticamente goza de autonomía en el sistema constitucional de la Ley fundamental con fundamento en el artículo 20 II GG. Ver MAURER, Hartmut, Derecho administrativo, Parte General, p. 66

b) La "Judicialización de la política"[1378].

Hacia finales de 1950, la doctrina alemana postuló la diferencia entre el control de constitucionalidad por parte de todos los jueces y el que se luego se desarrolló con el surgimiento del Tribunal de Constitucional alemán. Se reconoció la existencia de conflictos que no podían ser resueltos prescindiendo de su naturaleza política. La competencia del tribunal alemán se extendía a materias que en otros países eran consideradas como actos de gobierno (*actes de gouvernement*) o cuestiones políticas no justiciables[1379].

Bajo la Constitución de Weimar (art. 19) se creó un tribunal constitucional (el *staatsgerichtshof* del Reich) que estuvo encargado de resolver los conflictos constitucionales dentro de un *Land*. En general, limitó su competencia a las relaciones federales, y desarrolló una amplia actividad que contribuyó esencialmente a ajustar conflictos que, pese a su naturaleza política, estaban "revestidos" jurídicamente[1380].

Como Corte Suprema, este Tribunal decidió que se consideraba competente para revisar la constitucionalidad de las leyes (ver, RGZ 111, 320), poder que utilizó en 1929 a través del fallo RGZ 124, 173[1381].

Desde un plano dogmático, se comenzaba a vislumbrar con claridad meridiana la dicotomía existente en aquella época. Por un lado, se hallaban quienes pretendían judicializar todas las acciones políticas. El Tribunal Constitucional Supremo debía determinar la extensión de las normas constitucionales e interpretar su contenido.

En la tesis opuesta, se argumentaba que la intervención de los tribunales podía "…conducir a borrar las fronteras entre la administración de justicia y la política"[1382]. Nos permitimos evocar textualmente las palabras de LOWENSTEIN:

[1378] Bajo este título LOEWENSTEIN trata el control sobre la compatibilidad de la legislación con la constitución. Ver, Teoría de la Constitución, p. 321 a 325.
[1379] LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, p. 321 y 322.
[1380] LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, p. 322.
[1381] Ambos precedentes citados en HOFFMAN-RIEM, Wolfgang, La división de poderes como principio de ordenamiento, Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 2007, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007, p. 221.
[1382] LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, p. 325.

"Los detentadores del poder, políticamente responsables –gobierno y parlamento-, están expuestos a la tentación de llevar ante el tribunal un conflicto político. Los jueces, por su parte, están obligados a sustituir las decisiones de los responsables detentadores del poder por sus juicios políticos, camuflados en forma de sentencia judicial. Instalar un tribunal como árbitro supremo del proceso del poder –y éste es el núcleo de la judicialización de la política-, transformaría, en último término, el sistema gubernamental en un dominio de los jueces o en una judiocracia. La enseñanza que se puede sacar de los intentos hechos bajo Weimar y Bonn de judicializar la política es que este proceso solamente puede tener éxito cuando el conflicto no afecte a un interés vital de los detentadores políticos del poder. Si se otorga el derecho a los tribunales de frustrar una decisión política del gobierno y del parlamento, amenaza el peligro de que, bien la decisión no se respetada –con perjuicio para el Estado de derecho-, o bien que la decisión política del gobierno no sea sustituida por un acto judicial que, aunque revestido jurídico-constitucionalmente, no es, en el fondo, sino un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esta función"[1383].

c) El segundo período en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán.

En un *segundo período*, que transcurre desde fines de la década de 1960, hasta los años ochenta, el Tribunal constitucional alemán consolidó los postulados fijados con antelación, aún cuando puedan advertirse casos que eran calificados como de "retrocesos"[1384].

Sin detenernos de modo profuso en esta etapa, corresponde destacar brevemente algunos aspectos trascendentes:

[1383] Y concluye que: "En el conflicto entre la idea del Estado de derecho y el derecho y el deber del gobierno a gobernar, ambas partes tendrán que salir perjudicadas. Además, ¿qué ocurriría cuando el conflicto a decidir judicialmente afecte al mismo tribunal? Las consecuencias serían serias crisis constitucionales, tal como ha quedado patente en el conflicto entre el gobierno de Roosevelt y los "nueve hombre viejos" de la Supreme Court…". Ver, LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, p. 325.

[1384] Ver, GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 31.

Primero: en este período se destacó el carácter funcional y la idea de equilibro de la división de poderes. Los límites en la interrelación de los poderes, venían dados por el ámbito esencial funcional que resultaba reconocible por la actividad que normalmente corresponde a cada órgano y que se expresaba en la función principal asignada a éstos[1385].

Segundo: se distinguió los dos fines "materiales" que componían el principio de división de poderes: el objetivo y el subjetivo. El primero, estaba determinado por el control recíproco entre los poderes. El segundo se refería a la protección y a la defensa de la libertad y los derechos individuales[1386].

Aquí, claramente comenzaba a perfilarse un avance concreto y extenso en cuanto a la extensión del control. El cambio de conceptos discrecionales a conceptos jurídicos indeterminados, favoreció el control de modo tal que, desde cierto sector doctrinal, se postulaba que debía ser interrumpido dicho pasaje para asegurar la "independencia" de la Administración[1387].

Con anterioridad a lo que podríamos denominar como "el tercer período", FORSTHOFF [1388] postulaba que la Administración, en virtud de las estrechas vinculaciones con el poder legislativo y, a causa del control obsesivo de los jueces, era quien había llegado a ser el más débil[1389].

En este contexto, las reuniones de la Asociación de Profesores de Derecho Público, trataron la problemática descripta sucintamente, en los años 1965, 1975 y

---

[1385] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 35 con cita de la sentencia BVerGE 34, 52 de 10 de octubre de 1972. Se planteaba en este fallo, los límites de la regulación reglamentaria. Ya con antelación el Tribunal Constitucional Federal alemán había determinado que el legislador debe adoptar él mismo todas las decisiones esenciales en los ámbitos normativos fundamentales. Ver MAURER, Hartmut, Derecho administrativo, Parte General, p. 153.

[1386] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 35 con cita de BURKHARD *Sinemus, Der Grundsatz der Gewaltenteilung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Europäische Hochschulschriften* 11/291, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1982, p. 156.

[1387] Ver EMBID IRUJO, Antonio, La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana, p. 410, con cita de PETERS, H., *Die Verwaltung als eigenstandige Gewalt, Im Scherpe Verlag*, Krefeld, 1965, p. 32.

[1388] Luego de la segunda guerra mundial, la obra de FORSTHOFF ha sido considerada como la de mayor influencia en el derecho administrativo. Ver MAURER Hartmut, Derecho Administrativo, Parte General, p. 65.

[1389] EMBID IRUJO, Antonio, La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana, p. 410 con cita de FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, 10ª ed., 1973, p. 79 y ss.

1984[1390]. Se intentaba establecer la posición constitucional de la Administración, sus límites de actuación y las relaciones con los otros poderes del Estado[1391]

d) La sentencia de 18 de diciembre de 1984[1392] y el inicio del *tercer período*. De una administración subordinada a la ley hacia una administración "dirigida" por la ley.

En este fallo se cristalizaron dos vertientes: la primera se refiere a la *positiva o decisional* que incluye, la asignación genérica de funciones y específica de competencias a los órganos del Estado. La segunda, se vincula con la vertiente negativa, referida a la asignación de controles a órganos distintos de los que han tomado la decisión[1393].

En esta etapa, y algunos años antes, comenzó a consolidarse desde un sector importante, un cambio de concepción: de una administración subordinada a la ley, operó una transición hacia una administración "dirigida" por la ley[1394]. Como consecuencia de este cambio, la ley debía asegurar un determinado ámbito propio de actuación[1395] que el legislador estaría obligado a asegurar, al abstenerse de ingresar. El

---

[1390] En este año, se congregaron para tratar el tema de la monografía sobre reserva de la administración (*Verwaltungsvorbehalt*) presentada por MAURER y SCHNAPP. Ver EMBID IRUJO, Antonio, La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana, p. 415 y nota n° 51, con cita de la publicaciones de los informes bajo el título de *Der Verwaltungsvordehalt*, VVDStRL, 43, 1985 y los resúmenes de los informantes en DöV, 22, 1984.

[1391] EMBID IRUJO, Antonio, La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana, p. 410 y 411. Este autor destaca la sentencia del 8 de agosto de 1978 (BVerfGE 49, 89 y ss) por la cual se realzaría la posición constitucional de la Administración. Así, entre otras cuestiones, este fallo realzará la base democrática de la administración otorgando legitimidad a la realización de sus fines. Ídem, p. 414. También SAINZ MORENO, pone de relieve la intensa discusión en el derecho administrativo alemán para determinar la medida en que los Tribunales pueden controlar la actuación de las autoridades y funcionarios de la Administración. Ver, SAINZ MORENO, Fernando, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, Civitas, Madrid, 1976, p. 224.

[1392] La sentencia resuelve un conflicto entre órganos planteado por el grupo parlamentario de los verdes contra el Gobierno, por la decisión de instalar los misiles de crucero norteamericanos, sin haber solicitado y obtenido la pertinente autorización parlamentaria. Ver, BVerGE, 68,1, citado por GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 36 y nota n° 40.

[1393] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 36 y 37.

[1394] Sobre la noción de administración dirigida por la ley (*gesetzesdirigierte Verwaltung*), ver SCHMIDT-ASSMANN, E., La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 212 a 217.

[1395] Desde un sector de la doctrina española, se afirma que el Tribunal Constitucional alemán se ha mostrado como un "…celoso guardián de la figura de la reserva de ley". Ver, GALAN VIOQUE, Roberto, La discrecionalidad del legislador en la República Federal de Alemania, en Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas de estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, p. 261.

fundamento para conceder una zona de "reserva", se fundamentaba en los propios fines que la Administración debía cumplir[1396].

En la sentencia de 17 de julio de 1996[1397], se discutió si la decisión sobre el trazado de la circunvalación de una población de Sachsen-Anhalt por la vía del ferrocarril de alta velocidad entre Hamburgo y Berlín, debía ser adoptada por el Parlamento o por el Gobierno. En el caso, la decisión emanaba de la ley.

Los recurrentes, entendían que la noción de "*adecuación del órgano a la función*", obligaba a que la decisión sea emitida por el Gobierno. El problema, entonces, quedaba circunscripto a determinar qué órgano resultaba más idóneo de acuerdo a su estructura[1398]. En otros términos, cuál reunía los "mejores" requisitos desde una perspectiva organizativa y funcional.

El Tribunal Constitucional Federal, esbozó los siguientes argumentos:

i) Entre el legislativo y el ejecutivo opera una distinción funcional (normación para el primero y ejecución de normas para el segundo);

ii) La confección de un planes (en el caso se trataba de un plan de infraestructura) no encuadra en ninguna de esas dos funciones principales. No pertenece al ámbito nuclear funcional de ninguno de los dos poderes y, por tanto, podría ser adoptado por uno u otro en función de las circunstancias;

iii) El ámbito funcional de los órganos es sinónimo de actividad típica y de función objetiva propia de cada órgano[1399].

Desde esta perspectiva, el Tribunal constitucional estableció la siguiente regla: la aprobación de un plan, debe corresponder a los órganos ejecutivos porque ellos tienen mejores medios y conocimientos. Sin embargo, esa regla cede –lo que ocurrió en este

[1396] Ver EMBID IRUJO, Antonio, La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana, p. 409.
[1397] BVerGE 95, 1, citada por GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 37.
[1398] Concepción que se reafirma en el fallo BVerGE 98, 218 (252), citado por GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 38 y nota 44.
[1399] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 38.

caso- cuando el órgano "menos idóneo", en abstracto, puede conseguir mejor el interés general[1400].

Además, la decisión planificadora por la ley se justificó en un doble orden argumental: i) procedimental, pues el procedimiento legislativo concreto ha cumplido con las garantías básicas que al ciudadano otorga cualquier procedimiento administrativo de planificación y ii) finalista: en la actuación se han conseguido los objetivos predeterminados por el legislador: el cumplimiento de los plazos de ejecución previstos para la línea de alta velocidad entre Hamburgo y Berlín.

En suma, como bien advierte SCHMIDT-ASSMANN, el reparto de las competencias decisorias en el marco del sistema de la separación de poderes no se puede llevar a cabo atendiendo a un solo criterio abstracto[1401]. Por tanto, la noción de esencialidad debe ser complementada con un análisis del impacto que las medidas o decisiones tengan para los derechos fundamentales[1402].

§3. Estados Unidos de Norteamérica.

a) Liminar

La doctrina de las cuestiones políticas (*the political Question Doctrine*) [1403] o la categoría los actos políticos en los Estados Unidos puede ser apreciada desde dos ángulos. Por un lado, la vinculación de la categoría con la separación de poderes[1404]. Por otro, las razones pragmáticas y oportunistas[1405] que suelen sustentar su justificación.

[1400] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 38.

[1401] El autor alemán se refiere aquí, en concreto, a la noción abstracta de "esencialidad". Ver, SCHMIDT-ASSMANN, E., La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 203.

[1402] SCHMIDT-ASSMANN, E., La teoría general del derecho administrativo como sistema, p. 203.

[1403] Para ello remitimos a CHEMERINSKY, Erwin, Federal Jurisdiction, Fourth Edition, Aspen, New York, 2003, p. 143 a 167.

[1404] LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de interpretación constitucional, T. I, p. 565. MAIRAL considera que la doctrina es una consecuencia del principio de separación de los poderes. Ver MAIRAL, Héctor, Control judicial de la administración pública, T. I, p. 462 con cita de "*Baker v. Carr*", 369 U.S. 186 (1962). De modo crítico, GARCÍA PELAYO afirma que: Si el Tribunal encuentra mejor limitar su jurisdicción, restringir su poder de revisión, no es a causa de la doctrina de la separación de Poderes o a causa de falta de reglas, sino a causa de la oportunidad". Ver GARCÍA PELAYO, M., Derecho Constitucional Comparado, 4ª ed., Alianza, Madrid, 1984, p. 340 y 341, citado en LINARES

En este último sentido, algo similar acontece con otras categorías del derecho administrativo en el derecho norteamericano; valga como ejemplo, la justificación que se brinda para sostener el controvertido instituto del "agotamiento de la vía administrativa"[1406].

En *Marbury v. Madison*"[1407] la discrecionalidad y los actos políticos se asimilaron de modo tal que se consagró, expresamente, la imposibilidad de revisión judicial sobre los mismos en términos genéricos. No podía controlarse el poder político mediante el cual se autorizaba a nombrar determinados funcionarios. Se habló aquí de materias políticas.

En una acepción amplia, la expresión cuestiones políticas comprende todos los casos del ejercicio de la discreción gubernativa[1408]. Se argumenta que el término cuestión política se emplea para designar ciertos tipos de funciones encargadas a los órganos políticos de gobierno (Poder Legislativo y/o Ejecutivo) no sujetas a investigación judicial. Sin embargo, en realidad no se pretende excluir el control judicial, sino que se trata de reconocer "…decisiones tan distintivamente políticas en su carácter que los Tribunales consideran impropio procurar ejercitar contralor…"[1409].

QUINTANA, Segundo V., Tratado de Interpretación Constitucional, T. I, p. 584. Disentimos con esta afirmación.

[1405] Ver LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de Interpretación Constitucional, T. I, p. 584. La cuestión política es concebida por Gordon POST como una categoría práctica y oportunista fundada bien en la necesidad de fortalecer el poder de la Federación frente al exterior o al interior, bien en el deseo del Tribunal de no situarse en oposición con el Presidente o el Congreso. "Este objetivo práctico –dice García Pelayo- es el que condiciona el juicio, por más que el Tribunal lo sustento luego en la división de Poderes…". GARCÍA PELAYO, M., Derecho Constitucional Comparado, 4ª ed., Alianza, Madrid, 1984, p. 340 y 341, citado en LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de Interpretación Constitucional, T. I, p. 584.

[1406] La aplicación de la doctrina del agotamiento de la vía administrativa es: "…eminentemente pragmática". En efecto, es importante analizar la "…severidad del daño causado por la exigencia de agotamiento de la vía administrativa [que] condicionará la interpretación amplia o restrictiva que el Tribunal efectué de los requisitos establecidos por la ley". Ver, "*Mathews v. Eldridge*", 424 US 319, 331, 331, 1976 y "*Bowen v. City of Nex York*", 476 US 467, 469, 483, 1986, ambas citas en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano, p. 232.

[1407] Ver GARCÍA de ENTERRÍA, E., Democracia, Jueces y Control de la Administración, Sexta Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2009, p. 181 y BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América,* Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 93.

[1408] Ver CORWIN, Edward S., "Judicial review in action", Selected Essays on Constitucional Law, T. I, Association of American Law Schools, p. 456, citado en LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de interpretación constitucional, T. I, p. 572.

[1409] Ver DODD, Walter F., "Judicially nonenforceable provisions of Constitution, Selected Essays on Constitutional Law, Association of American Law Schools, Chicago, 1938, T. I, p. 356 a 357, citado en LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de interpretación constitucional, T. I, p. 587.

Desde cierto sector, se sostiene que la teoría de los actos políticos implica un reconocimiento de la existencia de un núcleo "irreductible de discrecionalidad" que no puede ser valorado y reconsiderado por los tribunales[1410].

Los actos políticos expresarían dicho "núcleo irreductible" que determinaría, al igual que la concepción clásica de la discrecionalidad, la capacidad de optar entre diversas posibilidades válidas y "jurídicamente neutras" reconocidas al poder ejecutivo (también al legislativo) en el ejercicio de sus funciones[1411].

Sobre esta base argumental, se enuncian dos perspectivas para determinar el carácter político de una cuestión.

- *Primero*: se debe identificar si el objeto litigioso, versa sobre una *materia* respecto de la cual el ordenamiento reconoce un núcleo último de "discrecionalidad al poder" que la tiene atribuida;
- *Segundo:* resulta apropiado verificar si en la decisión o actuación atacada, se ha obrado en exceso o al margen de la discrecionalidad otorgada por el ordenamiento[1412].

Como consecuencia de este análisis, si se determina una materia en donde se ha reconocido un núcleo y no se ha obrado en exceso, entonces el único control que puede ejercerse es el político[1413].

Ahora bien, aún cuando esta categoría ha sido discutida en el derecho norteamericano[1414], la doctrina sugiere un "esfuerzo de clarificación y depuración" que se relaciona con la discrecionalidad.

Se postula una doble premisa: a) por un lado sin "recelos" la admisión de un núcleo irreductible de discrecionalidad a los poderes legislativo y ejecutivo cuyo

---

[1410] Ver CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 206. Cabe aclarar que la autora reconoce que los tribunales no han fundamentado de manera expresa la exclusión de control jurisdiccional de las denominadas cuestiones políticas en la existencia de un núcleo irreductible de discrecionalidad. Ídem, p. 208.

[1411] CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 206 y 207.

[1412] Ambas perspectivas descriptas en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 207.

[1413] CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 207.

[1414] Ver por todos, CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 213 a 214.

enjuiciamiento no corresponde a los tribunales; b) por otro, la "convicción" por parte de los jueces para esforzarse en identificar los límites y contornos de ese núcleo de discrecionalidad inmune a la revisión judicial[1415].

Ambas premisas, para CUCHILLO FOIX, tendrían por objeto garantizar que los poderes gubernamentales no se han excedido y que actúan de acuerdo con la legalidad y, además, que los derechos individuales y colectivos están jurisdiccionalmente protegidos de cualquier actuación gubernamental en exceso de los poderes reconocidos por el ordenamiento[1416].

No obstante, no debe perderse de vista el hecho de que si se niega el carácter administrativo de los actos políticos [1417] y se admite su exclusión jurisdiccional, entonces, desde nuestra perspectiva, claramente se consagra (cuando menos de modo implícito) la distinción entre política (gobierno) y administración[1418].

b) La doctrina de las cuestiones políticas en la jurisprudencia norteamericana[1419]. A propósito del caso "Baker vs. Carr".

La Corte suprema norteamericana no ha definido o explicado el contenido diferente que se le dio a la expresión "cuestiones políticas"; de hecho, el máximo tribunal invoca a "*Marbury"* en sus modernos y distintos casos[1420].

Ahora bien, el tribunal supremo norteamericano ha sostenido que ciertas acusaciones por conductas gubernamentales anticonstitucionales no deberían ser dictaminadas por los tribunales federales a pesar de reunir todos los requisitos de competencia y justiciabilidad. En efecto, se ratifica que la interpretación constitucional

---

[1415] CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 215.

[1416] CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 215.

[1417] Así lo sostuvo la jurisprudencia prevaleciente hacia 1984. Ver MAIRAL, Héctor, Control judicial de la administración pública, T. I, p. 500.

[1418] En la concepción norteamericana a partir de "*Marbury*" se distinguió entre actos gubernamentales que implicaban cuestiones políticas y otros actos dirigidos contra los derechos de los particulares Ver, LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de Interpretación Constitucional, T. I, p. 568.

[1419] Un relevamiento exhaustivo de la evolución jurisprudencial norteamericana puede verse en LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de Interpretación Constitucional, T. I, p. 568 y ss.

[1420] Ver, CHEMERINSKY, Erwin, Federal Jurisdiction, p. 145.

en ciertas áreas debería estar a cargo de los poderes del Estado que son responsables políticamente: el Presidente y el Congreso[1421].

En suma, se atribuye a ciertos actos (políticos) *naturaleza política.* Se brindan numerosos ejemplos tales como: las cuestiones sobre lo que constituye una forma republicana de gobierno, el proceso de sanción de leyes, el proceso de enmienda constitucional, el juicio político, el ejercicio de los poderes de guerra del presidente[1422], el reconocimiento de la existencia de una tribu india, la determinación del plazo en que deberá ser necesaria la ocupación militar del territorio, y el carácter público de una persona que pretende ser ministro extranjero, entre muchos otros[1423].

Sin detenernos en una análisis exhaustivo de la jurisprudencia, nos parece necesario hacer hincapié en el caso "*Baker v. Carr*" (1962)[1424] para apreciar la cuestión.

El fallo ("*Baker*") constituye uno de los más relevantes en la materia. En este caso la Corte estadounidense modificó sustancialmente su criterio acerca del control judicial sobre lo que se había definido como "cuestiones electorales", lo que se había llamado especialmente "*gerrymandering*"[1425].

A partir de esta sentencia, se amplió el espectro de justiciabilidad que el tribunal ejercía hasta ese momento. Ahora el tribunal no sólo protegía los derechos individuales

---

[1421] Ver, CHEMERINSKY, Erwin, Federal Jurisdiction, p. 143.

[1422] Estos cuatro ejemplos son enunciados por MAIRAL, Héctor, Control judicial de la administración pública, T. I, p. 462 y ss.

[1423] Ver, LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de Interpretación Constitucional, T. I, p. 582 y BAEZA, Carlos, R., Cuestiones políticas, p. 119. VANOSI y DALLA VIA han detallado los supuestos de cuestiones no justiciables en el derecho norteamericano relativas a la relación entre el Estado y el derecho internacional (reconocimiento de estados y gobernantes extranjeros, reconocimiento de agentes diplomáticos acreditados por gobiernos extranjeros, 3) determinación de las fronteras del país, 4) existencia o inexistencia de un estado de guerra o beligerancia, determinar si un tratado ha sido debidamente ratificado por el otro país, determinar si un tratado todavía tiene efecto, entre otros). Ver, VANOSSI, Jorge Reinaldo-DALLA VIA, Alberto Ricardo, Régimen constitucional de los tratados, p. 218.

[1424] Desde cierto sector doctrinal, se considera este fallo como de histórico. Así, LOEWENSTEIN destaca que este precedente constituye uno de los acontecimientos más importantes de la moderna historia constitucional americana" Ver, LOEWENSTEIN, Karl, La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: comentario en torno al caso *Baker v. Carr,* Revista de Estudios Políticos, Madrid, I-II-1964, nro. 133, p. 5, citado en LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de interpretación constitucional, T. I, p. 577. Un desarrollo breve del caso "Baker" puede verse en CHEMERINSKY, Erwin, Federal Jurisdiction, p. 145 y 146; BIANCHI, Alberto, Control de constitucionalidad, T. 1, p. 233 a 236 y en T. 2, p. 230 a 232; CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 205 y ss.; asimismo, ver MAIRAL, Héctor, Control judicial de la administración pública, T. I, p. 469 a 470; HORVATH, Pablo A-VANOSSI, Jorge R., "El fallo Baker v. Carr y la justiciabilidad de las cuestiones políticas", LL, 114:984 y BAEZA, Carlos R. Cuestiones políticas, p. 122 a 124.

[1425] Se denomina gerrymandering a la práctica electoral viciosa, cuya creación se atribuye a Elbridge Gerry, gobernador de Massachusetts hacia 1812. Consiste en diseñar arbitrariamente los circuitos electorales para poder triunfar en las elecciones. Ver BIANCHI, Alberto, Control de constitucionalidad, T. 1, p. 233 y nota 295.

sino que estaba verificando la transparencia del sistema político electoral llevado a cabo en Tennessee[1426].

En "*Baker*", se trató la cuestión relativa a la distribución de circunscripciones en el Estado de Tennessee. Puntualmente se demandaba la declaración de inconstitucionalidad de una ley del Estado de Tennesse sobre prorrateo distrital[1427].

Con el voto mayoritario del juez Brennan, el Tribunal revocó la decisión del Tribunal inferior y estimó que la decisión acerca de si una materia ha sido en cualquier medida, delegada o asignada por la Constitución a otra rama gubernamental, o, si la acción de esta rama (gubernamental) excede del poder concedido, ambos constituyen materias justiciables. No pueden ser excluidas *per se* del análisis de los tribunales.

Es decir, el hecho de que en el juicio se buscara protección para un derecho político, ello no implicaba que el mismo entrañara una cuestión política[1428].

En segundo plano, se reformuló la doctrina de la cuestión política, proponiendo una prueba de seis partes para determinar los casos que son de naturaleza política. Así, el juez W. Brennan en el fallo sostuvo que las cuestiones de naturaleza política se caracterizan por:

1) La existencia de una atribución constitucional, literalmente demostrable, a un organismo político. Como un ejemplo, BRENNAN señala las cuestiones de relaciones exteriores y los poderes ejecutivos de guerra;
2) La ausencia de criterios judicialmente identificables y gestionables para resolver el conflicto;
3) La imposibilidad de decidir el caso sin una posición política inicialmente predeterminada, de un tipo o clase claramente no asignable a la discrecionalidad judicial;
4) La imposibilidad de que un tribunal adopte una resolución independiente sin

[1426] BIANCHI afirma que si tuviésemos que traducir el lenguaje nacional, se podría decir que existían en la cuestión analizada en "Baker", un asunto de "gravedad institucional" que excedía el mero interés de las partes en conflicto. Ver BIANCHI, Alberto, Control de constitucionalidad, T. 1, p. 235.

[1427] Se afirmaba que en ambas cámaras legislativas del Estado la distribución distrital se había tornado arbitraria como consecuencia del mantenimiento de la ley de distribución sancionada en 1901. Por tanto, había lugares en los que los habitantes tenían hasta treinta veces más representación que en otros. Así, había condados que tenían el 60% de la población y solo elegían el 35% de los representantes. Ver BIANCHI, Alberto, Control de constitucionalidad, T. 1, p. 234.

[1428] LINARES QUINTANA, Segundo V., Tratado de interpretación constitucional, T. I, p. 575.

expresar una falta del respecto debido a otras ramas o poderes gubernamentales;

5) La presencia de una necesidad inusual de adhesión incuestionable a una decisión política ya adoptada;
6) La potencialidad del desconcierto derivado de la existencia de múltiples pronunciamientos por parte de varios departamentos o instancias gubernamentales sobre una misma cuestión;
7) La posibilidad de que la intervención judicial sitúe al Gobierno en situaciones embarazosas en el extranjero, o cause graves perturbaciones en el país[1429].

Como bien se ha señalado, uno o varios de los argumentos expuestos, por lo general se han esbozado en otros casos jurisprudenciales para justificar la inmunidad jurisdiccional[1430]. Entre otros, en el caso "*Goldwater v. Carter*"[1431] se trató la suspensión por el presidente de un Tratado de defensa con Taiwan. Este fallo, es citado por la doctrina francesa, cuando se hace alusión a la declinación norteamericana para intervenir en cuestiones de carácter político por naturaleza[1432].

También cabe destacar los casos "*Atlee v. Richardson*" [1433] y "*Mora v. McNamara*"[1434] que versaron acerca de la legalidad de la declaración de guerra y del mantenimiento de la situación de conflicto bélico con Vietnam. En "*Japan Whaling Ass'n v. American*"[1435] también se trató el criterio 7[1436] precitado en "Baker".

[1429] Ver la enunciación de estos criterios, en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 209 y BAEZA, Carlos R., Cuestiones políticas, p. 123 y 124.
[1430] MAIRAL, Héctor, Control judicial de la administración pública, T. I, p. 470 y nota 28.
[1431] 44 US 996, 1979, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 209 y nota 38.
[1432] Ver LONG M., Weil P., Braibant G., Delvelvé P. Genevois B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 14 édition, Dalloz, París, 2003, p. 26.
[1433] 411 US 911, 1973, citado por CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 209 y nota 38.
[1434] 389 US 934, 1967, CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 209 y nota 38.
[1435] 106 S. Ct. 2860, 1986, 2866, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 211, nota 46.
[1436] El criterio 7 se refiere a la posibilidad de que la intervención judicial sitúe al Gobierno en situaciones embarazosas en el extranjero, o cause graves perturbaciones en el país.

En "*Powell v. MacCormack*"(1969)[1437] se trató el primer criterio esbozado en "Baker". Es decir, si existía una atribución constitucional, literalmente demostrable, a un organismo político.

Se cuestionaba en el fallo la decisión de la Cámara de Representantes que impedía el acceso de Powell a ese cuerpo porque se le imputaba el uso indebido de fondos.

La Corte, defendió una visión expansiva del rol del poder judicial[1438] y revisó los criterios 3 [1439] y 4[1440] del caso "Baker" enunciados con antelación.

Por último, no debe perderse de vista que en la sentencia "*Franklin v. Massachusett*s" (1992)[1441], la Corte suprema negó la posibilidad de recurrir a las normas de la APA[1442] para fundamentar la sujeción de los actos del Presidente al control judicial. Es decir que, según este precedente, el Presiente no estaba expresamente incluido en la noción de autoridad o instancia administrativa formulada por la ley procedimental[1443].

En este caso, se sostuvo que el control judicial de las decisiones del Presiente sólo podían ser sometidas a control si planteaban cuestiones de relevancia constitucional.

[1437] 395 US 486, 549, citado CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 211 y en BAEZA, Carlos R. Cuestiones políticas, p. 124 y 125. Nuestra Corte Suprema ha referenciado este precedente norteamericano en "Bussi, Antonio Domingo c. Estado nacional", Fallos 324:358 (2001), consid. 6°.

[1438] "Nuestro sistema de gobierno requiere que, en ocasiones, los tribunales federales interpreten la Constitución de forma diversa o en contradicción con la interpretación que del documento hace otra rama gubernamental. El supuesto conflicto que tal decisión podría causar no puede justificar que los tribunales eviten o desconozcan su responsabilidad constitucional". Ver, 395 US 486, 549, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 211 y nota 43.

[1439] La imposibilidad de decidir el caso sin una posición política inicialmente predeterminada, de un tipo o clase claramente no asignable a la discrecionalidad judicial.

[1440] La imposibilidad de que un tribunal adopte una resolución independiente sin expresar una falta del respecto debido a otras ramas o poderes gubernamentales.

[1441] 112 S.Ct. 2767, 1992, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 212.

[1442] El artículo 701.2.b) de la APA, excluye expresamente de la noción de agencia o autoridad administrativa "el Congreso, los tribunales de los Estados Unidos, los gobiernos de los territorios o posesiones de los Estados Unidos, el gobierno del Distrito de Columbia, las instancias administrativas integradas por representantes de las partes o por representantes de las organizaciones de las partes en los conflictos resueltos por las mismas, los tribunales militares y los organismos militares y las actividades de las autoridades militares en el campo de batalla en tiempo de guerra o en territorios ocupados". Ver, CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 212, nota 48.

[1443] Ver, CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 212

Subyace aquí, en forma nítida, cómo se consagra el binomio Gobierno/Administración. Las decisiones que se toman en el ámbito del primero, quedan excluidas de las normas procedimentales y del control judicial, salvo que se trate de una confrontación con la Constitución.

c) Crítica a los criterios establecidos en "Baker vs. Carr".

Desde de la óptica de CHEMERINSKY, prácticamente en todos los fallos de la Corte estadounidense que tratan sobre la doctrina de las cuestiones políticas se hace uso de la doctrina que emana de "Baker"[1444].

Sin embargo, según el precitado autor, los criterios establecidos en "Baker" parecen inútiles para identificar lo que constituye una cuestión política. En efecto, sostiene que en ningún lugar de la Constitución se establece que el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo, deben decidir respecto de si una acción particular constituye una violación constitucional. Por otra parte, destaca que la Constitución no menciona el control de constitucionalidad, y tampoco lo limita mediante la creación de "claras atribuciones constitucionales" a los otros poderes del Estado. Asimismo, puntualiza, las disposiciones constitucionales más importantes están escritas en un lenguaje amplio y abierto y, sin lugar a dudas –afirma tajante-, no incluyen "estándares susceptibles de ser determinados e interpretados judicialmente".

Por último CHEMERINSKY resalta que la Corte también habla de determinar los tipos "claramente excluidos de la decisión judicial", pero eso apenas es un criterio que puede utilizarse para separar las cuestiones políticas de los casos justiciables.

En otras palabras, concluye CHEMERINSKY, es imposible para un tribunal o comentarista aplicar los criterios de *Baker v. Carr* para identificar qué casos son cuestiones políticas[1445].

Por tanto, este autor entiende que la doctrina de las cuestiones políticas presupone examinar las áreas específicas en donde la Corte Suprema la ha invocado. Se

[1444] CHEMERINSKY, Erwin, Federal Jurisdiction, p. 145.
[1445] Ver, CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 146.

refiere a las siguientes parcelas: cláusula de la forma republicana de gobierno y el proceso electoral; las relaciones exteriores; la facultad del Congreso para regular su funcionamiento interno; el proceso de ratificación de enmiendas constitucionales; las instancias en las que los tribunales federales no pueden otorgar reparaciones justas efectivas; y el procedimiento de juicio político[1446].

d) Justificación de la doctrina de las cuestiones políticas[1447]

Los autores que sostienen la validez y vigencia de la doctrina de las cuestiones políticas[1448] acuden a diversos fundamentos que a continuación reproducimos de modo sintético.

En *primer lugar,* y siendo este el argumento más común, se afirma que la doctrina de las cuestiones políticas le otorga al Poder Judicial Federal la capacidad de evitar cuestiones constitucionales controvertidas y limita la función de los tribunales en una sociedad democrática. BICKEL es el principal defensor de esta postura[1449] y la fundamenta en los siguientes postulados que califica de "intelectuales e instintivos":

a) la sensación de falta de capacidad por parte de la Corte debido a **(i)** la rareza del asunto y **(ii)** su dificultad para llegar a una solución basada en principios;

b) la ansiedad, no tanto respecto de que se ignore la sentencia judicial, sino de qué debería ignorarse y no se hará;

c) finalmente ("en una democracia madura"), la vulnerabilidad interior, la duda de una institución que es electoralmente irresponsable y no tiene de dónde sacar fuerzas[1450].

[1446] Ver, CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 146.

[1447] Seguimos en este aspecto a CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 146 y ss.

[1448] Una descripción relativamente reciente que defiende la doctrina de las cuestiones políticas y críticas a su falta de uso por parte de la Corte Suprema, puede verse en BARKOW, Rachel E. *"More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy"*, 102 Colum. L. Rev. 237 (2002), citado en CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 148, nota 19.

[1449] VerAlexander BICKEL, *"The Supreme Court, 1960 Term: Foreword: The Passive Virtues"*, 75 Harv. L. Rev. 40, 46 (1961) y el mismo autor en *"The Least Dangerous Branch"* 184 (1962), citado en CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 147.

[1450] VerAlexander BICKEL,*"The Least Dangerous Branch"* 184 (1962), citado en CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 147. Según CHEMERINSKY, basándose en estos criterios se puede cuestionar si la Corte debería haber desestimado el caso *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2001) por considerarlo una cuestión política. VerErwin CHEMERINSKY, *"Bush v. Gore Loss Not Justiciable"*, 76 Notre Dame L. Rev. 1073

En suma, BICKEL postula preservar lo que él percibe como "la frágil legitimidad política del Poder Judicial"[1451] y de ahí que en muchos casos se argumenta que los tribunales no deberían revisar los procedimientos de juicio político llevados a cabo por el Congreso (o si la mala distribución de bancas viola la Constitución[1452]) ya que cualquier decisión podría comprometer la credibilidad y el prestigio de la Corte[1453].

En *segundo plano*, se sostiene que la doctrina de las cuestiones políticas asigna algunas decisiones a aquellos poderes del Estado que tienen mayor experiencia en ciertas áreas. Por ejemplo, algunos sostienen que la Corte ha tratado, correctamente, muchas cuestiones constitucionales sobre política exterior como si fueran cuestiones políticas debido a la mayor información y experiencia de los otros poderes del Estado[1454].

En *tercer término*, se defiende a la doctrina de las cuestiones políticas sobre la base de que el propio interés de los tribunales federales, los inhabilita para entender en ciertos temas[1455]. El juez Powell, por caso, se refirió a los peligros que presenta el hecho de que la Corte "controle el proceso constitucional utilizado para revocar sus decisiones"[1456].

Por último, se justifica a la doctrina de las cuestiones políticas sobre la base de la división de poderes ya que reduce al mínimo la intromisión del Poder Judicial en el funcionamiento de los otros poderes del Estado[1457].

(2001); *ver también* Louise Weinberg, *"When Courts Decide Elections: The Constitutionality of Bush v. Gore"*, 82 B.U. L. Rev. 609 (2002), todas citas en CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 147

[1451] CHEMERINSKY señala que CHOPER utiliza y expande la opinión de BICKEL en Jesse CHOPER, *"Judicial Review and the National Political Process"* (1980). Este último autor alega que la división de poderes y el federalismo deberían ser consideradas cuestiones políticas y dejadas en manos del proceso político a fin de que los tribunales federales puedan reservar su legitimidad institucional para casos sobre derechos individuales. Ver CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 147 y nota 13.

[1452] Ver, *Baker v. Carr*, 369 U.S. en 267 (Frankfurter, J., voto disidente), citado CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 147.

[1453] Ver, *a modo de ejemplo,* BLACK Charles, *"Impeachment: A Handbook"* (1974) (en donde se trata al juicio político como una cuestión política), citado en CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 147.

[1454] Ver, Fritz SCHARPF, *"Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis"*, 75 Yale L.J. 517, 567 (1966), citado en CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 147.

[1455] Ver,a modo de ejemplo, TRIBE, Laurence, *"Constitutional Choices"* 22-23 (1985) (en donde se argumenta que las objeciones al proceso de reforma constitucional deberían ser consideradas cuestiones políticas), citado en CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 147 y 148.

[1456] Ver, CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 148.

[1457] Según CHEMERINSKY, el argumento es que en ciertos casos una reparación judicial efectiva podría requerir un control judicial de la conducta diaria del Poder Ejecutivo o Legislativo. Por ejemplo, se consideró que una acción que sostenía que había deficiencias constitucionales en la formación de la Guardia Nacional de Ohio era una cuestión política ya que un recurso implicaría control y supervisión

e) Crítica a la doctrina de las cuestiones políticas.

Desde otra óptica, diversos autores han criticado la doctrina al punto tal que, sostienen que "la doctrina de las cuestiones políticas no debería desempeñar papel alguno en la facultad del Poder Judicial de llevar a cabo el control de constitucionalidad"[1458].

De los múltiples argumentos, sintéticamente podemos enunciar los siguientes:

En *primer lugar*, se alega que la función del Poder Judicial es hacer cumplir la Constitución; que es inapropiado dejar las cuestiones constitucionales en manos de los poderes políticos del Estado. En efecto, se sostiene que el control de constitucionalidad sirve para hacer cumplir y defender la Constitución y por ello es inapropiado relegar asuntos constitucionales en los poderes políticos del Estado[1459].

En *segundo plano*, los críticos de la doctrina de las cuestiones políticas sostienen que la credibilidad de los tribunales federales es bastante sólida, que no existen pruebas de que ciertas decisiones tienen efecto alguno en la legitimidad del Poder Judicial y que, en todo caso, la misión del tribunal debería ser la de defender la Constitución sin preocuparse por el capital político[1460].

En *tercer término*, los críticos de la doctrina de las cuestiones políticas argumentan que se confunden los términos deferencia y abdicación. Sostienen que, en aquellas áreas en donde los tribunales federales no tienen experiencia, deberían ser más deferentes hacia los otros poderes del Estado. Asimismo, los tribunales deberían ser particularmente deferentes al controlar el proceso de ratificación de las enmiendas constitucionales que buscan hacer caso omiso de las sentencias de la Corte Suprema.

---

judicial por sobre las actividades de la Guardia. Ver, *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1 (1973), citado en CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 148.

[1458] Ver, entre otros, SANDSTROM SINARD, Linda, *"Standing Alone: Do We Still Need the Political Question Doctrine?"*, 100 Dickinson L. Rev. 303 (1996), citado en CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 148.

[1459] Ver, CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 148.

[1460] Ver, TRIBE, Laurence, *"American Constitutional Law viii"* (2da edición 1988), citado en CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 148 y 149.

Sin embargo, deferencia no necesariamente significa abdicación (lo que se podría llamar no justiciable *prima facie*)[1461].

§4. Derecho Español

a) Liminar

"*La definitiva erradicación de los actos de gobierno en nuestro derecho*"[1462]. Bajo este título comenzaba GARCÍA de ENTERRÍA el prólogo a la quinta edición de su célebre obra "Democracia, jueces y control de la Administración"[1463]. Invocando "la técnica del derecho universal del juez" que consagra la Justicia de las Comunidades Europeas, este autor sostiene el abandono de la categoría del acto de gobierno[1464].

Dos plexos normativos sustentan la tajante afirmación del agudo autor español. El primero viene dado por el artículo 26 de la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1997[1465] que regula el control de los actos del Gobierno[1466].

[1461] Ver, *HENKIN,* Louis, *"Is there a Political Question Doctrine?"*, 85 Yale L.J. 597 (1976), citado en CHEMERINSKY Erwin, Federal Jurisdiction, p. 149.

[1462] GARCÍA de ENTERRÍA, E., Democracia, jueces y control de la Administración, Sexta edición, Civitas, Madrid, 2009, p. 21.

[1463] Ver, Sexta edición, Civitas, Madrid, 2009, p. 21 a 25.

[1464] Afirman en tal sentido GARCÍA de ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: "Nuestro sistema ha abandonado (…) la vieja categoría de los actos de gobierno, de origen francés, para situarse en la técnica del derecho universal del juez, que proclama expresamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que sitúa a nuestro sistema en el mismo nivel que el que rige en el Derecho alemán, donde el derecho universal se justifica en la famosa cláusula del artículo 194 de la *Grundgesetz*, a la que resulta perfectamente equiparable la del artículo 24 de nuestra Constitución. La vieja exención ha quedado así definitivamente liquidada". GARCÍA de ENTERRÍA-FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, T. I, p. 584.

[1465] Desde cierto sector se afirma que esta norma trata de concretar el marco del Gobierno en consonancia con el artículo 97 de la Constitución española. Asimismo, establece la dirección política interior y exterior, de la Administración Civil y Militar y la defensa del Estado junto con el ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria. Ver, GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, Tratado de derecho administrativo, Vol. I, p. 61.

[1466] El inciso 1 del precitado texto dispone: "El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación". El inciso 2 establece "Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales". El inciso 3 destaca: "Los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa…". Por último, el inciso 4 prescribe: "La actuación del Gobierno es impugnable ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo". Ver, REBOLLO, Luis Martín, Leyes administrativas, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 884. Un exhaustiva descripción del desarrollo legislativo post-constitucional en el derecho español, puede verse en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 42 a 49.

El segundo se relaciona con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa actual en la exposición de motivos[1467] y en su artículo 2 inciso a)[1468].

Ambos plexos se insertan en un esquema constitucional compuesto por los artículos 106.1, 103.1, 117.1 y 24 de la Constitución española[1469].

No obstante las manifestaciones vertidas por GARCÍA de ENTERRÍA, no debemos perder de vista que desde un sector importante de la doctrina española, con diversos matices, se reconoce actualmente la categoría de los actos políticos[1470].

[1467] En el &11 se sostiene: "La Ley parte del principio del sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad –llámense actos políticos o de Gobierno o de dirección política- excluida per se del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune al derecho. En realidad el propio concepto de "acto político" se halla hoy en franca retirada en el Derecho público europeo. Los intentos encaminados a mantenerlo, ya sea delimitando genéricamente un ámbito regido sólo por el Derecho Constitucional y exento del control de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ya sea estableciendo una lista de supuestos excluidos del control judicial, resultan inadmisibles en un Estado de Derecho. Por el contrario, por si alguna duda pudiera caber al respecto, la Ley señala –en términos positivos- una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes". Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, E., Democracia, jueces y control de la Administración, Sexta edición, Civitas, Madrid, 2009, p. 22 y 23 y PARADA, Ramón, Derecho administrativo, T. I, Parte general, Decimoquinta edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 95.

[1468] El artículo 2 dispone: "El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos". Ver, REBOLLO, Luis Martín, Leyes administrativas, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 1325. MUÑOZ MACHADO sostiene que a consecuencia de la sanción de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de junio de 1998, desapareció el concepto legal (no como ideal doctrinal o concepto técnico) de acto político o de gobierno. Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público en general, T. I, p. 600.

[1469] Según MUÑOZ MACHADO, el primer cambio de la jurisprudencia vino determinado por los citados textos constitucionales. Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público en general, T. I, p. 603.

[1470] Ver, PARADA, Ramón, Derecho administrativo, T. I, Parte general, Decimoquinta edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 95. Este último autor entiende que siguen existiendo actos políticos "puros" y "cuasi-políticos". Ibídem. Asimismo, GARRIDO FALLA, PALOMAR OLMEDA y LOSADA GONZÁLEZ argumentan que los "auténticos actos políticos" son los que configura la Constitución y atañen a las relaciones entre poderes. Como ejemplo ofrecen la propuesta de disolución (de las Cortes) prevista en el artículo 115.2 de la Constitución española. Ver GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, Tratado de derecho administrativo, Vol. I, p. 65. En consonancia, REQUENA LÓPEZ destaca que los actos políticos o de gobierno existen en cuanto no obedecen al ejercicio de la función administrativa y responden a supuestos de dirección política en los términos de los artículos 97 y 103.1 de la Constitución española. Ver REQUERO IBAÑEZ, José Luis, Arbitrariedad y discrecionalidad, en Constitución y control de la actividad administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial, p. 99. Asimismo, CASADO GAMERO Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, entienden que el Gobierno como órgano constitucional (art. 97 de la Constitución española) en el ejercicio de sus funciones produce "actos políticos" regidos por el derecho Constitucional y que no son, en principio, susceptibles de control jurisdiccional sino de control político por las Cortes Generales. Ver

El reconocimiento de los actos políticos en el derecho español suele fundamentarse en una "cierta separación" entre la Administración y la política que el propio GARCÍA de ENTERRIA reconoce y también atribuye al derecho norteamericano[1471].

En definitiva, actualmente, los actos que se desarrollan en el "Gobierno"[1472] son reconocidos de modo mayoritario y están sujetos a un control a través del Tribunal Constitucional[1473].

b) La asimilación del acto político a la potestad discrecional a fines del siglo XIX.

El artículo 4 del Reglamento[1474] de la ley de Santamaría de Paredes de 1888 se refirió a los actos políticos como cuestiones que correspondían a la potestad discrecional[1475].

CASADO GAMERO Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Manual Básico de Derecho administrativo, Tecnos, Sevilla, 2007, p. 145

[1471] GARCÍA de ENTERRÍA, E., Democracia, jueces y control de la Administración, Sexta edición, p. 131.

[1472] PARADA afirma que conforme la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, se "…sobreentiende que, de una parte, sigue existiendo el acto político puro, es decir, el que no afecta derechos fundamentales ni debe adecuarse a elementos reglados ni da origen a responsabilidad patrimonial del Estado; pero al mismo tiempo reconoce la existencia del acto cuasi-político, aquel que, conforme la legislación, está limitado por cualesquiera de estas circunstancias que sí son enjuiciables por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa". Ver, PARADA, Ramón, Derecho administrativo, T. I, Parte general, Decimoquinta edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 95.

[1473] Ver por todos, CASADO GAMERO Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Manual Básico de Derecho administrativo, p. 145. Un detallado estudio sobre la evolución normativa en el derecho español, se puede apreciar en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 37 a 49.

[1474] El reglamento se aprobó el 29 de diciembre de 1890 y se modificó el 22 de junio de 1894. El texto quedó redactado de la siguiente forma: "Corresponde señaladamente a la potestad discrecional. 1. Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno, y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones". Si bien no se transcribe el texto, ver la descripción y posterior evolución de los actos políticos en España en MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público en general, T. I, p. 602 y ss. Asimismo, ver BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 37 y 38.

[1475] Inclusive, hacia 1967 SAINZ MORENO entendió que la decisión política constituía el supuesto más claro de decisión discrecional. Ello, según el autor, en razón de que son decisiones que se toman por criterios políticos aunque tenga algún tipo de configuración jurídica. Ver SAINZ MORENO, Fernando, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, p. 305.

Si desgranamos el texto aludido, evidenciamos que la potestad discrecional de ciertos actos que pertenecía al orden público o al gobierno por: a) la naturaleza de los actos de que nazcan, y b) de la materia sobre la que versen.

Salud, higiene pública, orden público y defensa del territorio constituían actos que el texto legal se ocupó de especificar.

c) El correlato entre Gobierno/Administración y actos de gobierno/actos discrecionales.

Ahora bien, al comentar el artículo 2 inciso a) de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa en España, desde un sector doctrinal se argumenta que la expresión "actos políticos del Gobierno" se empleaba por la anterior Ley de Jurisdicción contencioso administrativa de 1956, a raíz de la implícita diferenciación entre Administración y Gobierno presente en el artículo 97 de la Constitución española[1476].

En efecto, la separación de lo político y de lo administrativo se consagró en la precitada ley [1477] . Puntualmente se escindió el Gobierno del "resto" de la Administración[1478]. En la Exposición de motivos del precitado cuerpo legal, actos de gobierno y los actos discrecionales eran esencialmente distintos; mientras que unos

[1476] El TÍTULO IV de la Constitución española, comienza del siguiente modo: "DEL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACIÓN". El artículo 97 textualmente prescribe: "El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes". Ver, REBOLLO, Luis Martín, Leyes administrativas, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 157.

[1477] Como el propio GARCÍA de ENTERRÍA lo reconoce, la Ley de la Jurisdicción de 1956 (y su Exposición de motivos) consagraba ciertos actos dictados por las autoridades inferiores al Gobierno. Los actos de gobierno y los actos políticos no podían ser fiscalizables por los Tribunales contenciosos. Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, E., La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), Revista de Administración Pública española, n° 40, Enero-Abril, 1963, p. 180.

[1478] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 40. Según este autor, a partir de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de Enero de 1967 (LOE), al regular en Títulos diferentes al Jefe del Estado, el Gobierno de la Nación y la Administración del Estado, ciertos autores intentaron buscar la consagración normativa de una "separación subjetivo-institucional" (orgánica) entre Gobierno y Administración. Ibídem, con cita (entre otros) de GALLEGO ANABITARTE, A., Derecho General de Organización, IEA, Madrid, 1971, p. 308.

provenían de la función administrativa, otras eran producto de la función política confiada únicamente a los supremos órganos estatales[1479].

El artículo 2. B) de la Ley de 1956 excluyó del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa a las "cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar…"[1480].

En estos términos, a diferencia de los actos discrecionales -en este período-, los actos de gobierno serían "inadmisibles". Sin embargo, se argumentaba que los actos de gobierno no constituían una especie del género de los actos discrecionales, sino que eran actos esencialmente diferentes. Unos se relacionaban con la función administrativa (discrecionales), los otros se referían a la función política[1481]

d) La preocupación por distinguir entre actividad "política" y "administrativa"

La doctrina española durante la década de 1960, se ocupó de la problemática que se refirió a dos cuestiones concretas. El alcance del control de los actos discrecionales por un lado, y la determinación de cuáles actos pertenecían a la política o al Gobierno[1482] por otro. Esta doble perspectiva, se encontraba presente en diversos autores[1483].

[1479] MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público en general, T. I, p. 602.

[1480] MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público en general, T. I, p. 602, BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 39 y REQUERO IBAÑEZ, José Luis, Arbitrariedad y discrecionalidad, en Constitución y control de la actividad administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial, XII, BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 97 y 98.

[1481] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 39 y 40.

[1482] La distinción entre actividad política y administrativa, constituía, desde la óptica de BOQUERA OLIVER, uno de los problemas fundamentales del Derecho administrativo español. Ver, BOQUERA OLIVER,

Con sustento en la plataforma normativa de la antigua Ley de Jurisdicción Administrativa de 1956, GARCÍA de ENTERRÍA hacia 1963 se ocuparía de distinguir dos esferas de actuación. En una se consagraban grandes decisiones políticas que comprometían la suerte entera de la comunidad. En otra se presentaban quehaceres diarios de los funcionarios de la Organización.

"La distinción entre políticos y funcionarios, como agentes que respectivamente encarnan esas dos distintas responsabilidades, es obvia y se apoya en una base real evidente" [1484] afirmaba GARCÍA de ENTERRÍA. Posteriormente el autor en otro estudio, destaca la objetividad e imparcialidad en el funcionamiento de la Administración que determinaría una cierta separación con la política[1485].

Las relaciones internacionales y los actos que se realizaban en el ámbito de relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento, no eran actos administrativos en esta interpretación [1486]. Personal internacional del Estado y Administración, emitían diferentes clases de actos que producían, de hecho, la exclusión del régimen de los actos

---

José María, Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa, Revista de Administración Pública, N° 40, Enero-Abril, 1963, p. 33. En similar sentido, se argumentaba que el concepto de acto político representaba "…*uno de los más arduos problemas que se ha planteado la doctrina iuspublicista de todos los tiempos*". Ver CARRO y FERNÁNDEZ-VALMAYOR José Luis, La doctrina del acto político, Revista de Administración Pública española, N° 53, Mayo-Agosto, 1967, p. 73.

[1483] Ver GARCÍA de ENTERRÍA, E., La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), p. 159 y ss.; BOQUERA OLIVER, José María, Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa, Revista de Administración Pública, N° 40, Enero-Abril ,1963, p. 33 a 78; CARRO y FERNÁNDEZ-VALMAYOR José Luis, La doctrina del acto político, Revista de Administración Pública española, N° 53, Mayo-Agosto, 1967, p. 73 a 130 y FENRÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso administrativo: orígenes y evolución, Revista de Administración Pública española, N° 56, Mayo-Agosto 1968, p. 223 a 277.

[1484] GARCÍA de ENTERRÍA, E., La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), p. 182. Ahora bien, el mismo autor se ocupaba de aclarar que las diferencias no enervaban el hecho de que todos son órganos de la misma persona y, por tanto, vienen a imputar del mismo modo al mismo sujeto su propia decisión. Es decir, están sometidos al derecho sin consideración, salvo una "posible distinción inferior de régimen, a la posición de los órganos de los cuales actúa". Ídem.

[1485] GARCÍA de ENTERRÍA, E., Democracia, jueces y control de la administración, sexta edición, p. 131. El autor fundamenta esta distinción en los artículos 103.1 y 103.3 de la Constitución Española. Servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1) y seleccionar los funcionarios públicos de acuerdo con los principios de mérito y capacidad" para garantizar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (art. 103.3). Ibídem.

[1486] Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, E., La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), p. 184 y 185. Actualmente el autor mantiene dicha postura, con la siguiente salvedad. Actualmente, junto a T. R. FERNÁNDEZ se refiere a los "actos constitucionales" que se emiten en las relaciones entre los Altos Órganos del Estado. Ver, GARCÍA de ENTERRÍA-FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, T. I, p. 35 y 36.

administrativos a los actos emanados en el marco de las relaciones internacionales y los que se referían a las concernientes entre el Ejecutivo y el Parlamento.

El derecho administrativo no se aplicaba a estos últimos actos[1487]

Sin embargo, la Ley de Jurisdicción de 1956 también se ocupó de contemplar la indemnización contra tales actos[1488] políticos. Es decir, la admisión de la competencia de la jurisdicción contenciosa se relacionaba con el contenido de la pretensión indemnizatoria[1489].

Con la sanción de la Ley Orgánica del Estado de 10 de Enero de 1967, se regularon diversos Títulos diferentes al Jefe del Estado[1490]. Con este sustento, algunos autores que pretendían la "despolitización de la actividad de la Administración"[1491], realizaron una férrea defensa de una escisión subjetivo-institucional entre Gobierno y Administración[1492].

Luego de la reforma constitucional de 1978 diversas leyes [1493] serían interpretadas en el sentido que habilitaban la escisión entre las dos categorías. La Ley de Organización de la Administración Central del Estado (n° 10/1983 de 16 de agosto), se ocuparía de reproducir, en sustancia, lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución española [1494] . La ley de 26/1992 de noviembre del Régimen Jurídico de las

[1487] Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, E., La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), p. 185 y 186.

[1488] Según GARCÍA de ENTERRÍA, conforme los actos descriptos en el artículo 2° de la anterior Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, consagró dos supuestos en los que resultaban actos distintos de los actos administrativos. Los que se producían en las relaciones internacionales y los que se realizaba en el ámbito de relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento. Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, E., La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), p. 184.

[1489] Ibídem.

[1490] Los ámbitos de actuación se establecieron del siguiente modo: a) el Jefe del Estado mediante el Título II, arts. 6° al 12°); b) el Gobierno de la Nación en el Título III, arts. 13° a 20° y, c) la Administración del Estado bajo el Título VII, arts. 40° a 44°.

[1491] Ver BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 40, nota 7 con citas de BAENA del ALCÁZAR, M., "Administración y Gobierno en la Ley Orgánica del Estado", DA 164, (1975), p. 56 y 57; GALLEGO ANABITARTE, A. Derecho General de Organización, IEA, Madrid, 1971, p. 308; MENÉNDEZ Rexach A., Ley de la Administración Central del Estado, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, p. 36 y 37.

[1492] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 40.

[1493] Para apreciar la evolución detallada del desarrollo legislativo "post-constitucional", ver BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 42 a 49.

[1494] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 40 y 41.

Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común, continuaría el rumbo definido por el artículo 97[1495].

Las leyes de Organización y Funcionamiento de la Administración General de Estado[1496] y del Gobierno[1497] también ratificarían (aunque no en forma pacífica[1498]) el mismo rumbo.

La jurisprudencia española, por su parte, se ocupó de la distinción que sirvió de base a los diversos regímenes de los actos, acudiendo en ciertos casos, a la doctrina del *móvil político* del derecho francés.

e) Los fallos que justifican la distinción entre *Gobierno y Administración*.

En un primer momento, aplicando el precepto de la ley de 1956, la jurisprudencia española acudió a la doctrina del móvil político[1499] que luego rectificó a partir de los años setenta[1500].

En STC 45/1990 del 15 de marzo se sostuvo que no toda la actuación del Gobierno estaba sujeta al Derecho Administrativo. Así, se refirió a las relaciones con otros órganos constitucionales y a la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley. Esta clase de actos, según el tribunal constitucional, son diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial[1501].

En la STC 169/1990 del 29 de noviembre expresamente se sostuvo que el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración. Por tanto, "…no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo

[1495] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 45
[1496] Ver LOFAGE del 6/1997 de 14 de abril.
[1497] Ver 50/1997 de 27 de noviembre.
[1498] En contra, BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 44.
[1499] GARCÍA de ENTERRÍA-FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, T. I, p. 581 y MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público en general, T. I, p. 602
[1500] GARCÍA de ENTERRÍA-FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, T. I, p. 582.
[1501] REBOLLO, Luis Martín, Leyes administrativas, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 157.

mismo, su actuación no puede calificarse como "administrativa" cuyo control corresponda (…) a los Tribunales de Justicia"[1502].

Por último, en STC 204/1991 de 26 de noviembre el Tribunal constitucional concluyó que "Gobierno y Administración no son la misma cosa, y están perfectamente diferenciados en el Título IV"[1503].

1) El cambio de rumbo. El control jurisdiccional "mínimo" [1504] o "limitado" del acto político.

El Tribunal supremo español en STS 15 de julio de 1997[1505] concretó el control sobre los "elementos reglados del acto". Se trató en el caso de un recurso de casación en el que se discutía la declaración de inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un partido político contra el Decreto de convocatoria de elecciones en el Parlamento de Andalucía.

La Sala de Sevilla lo había inadmitido por entender que el objeto del pleito era un acto político no susceptible de impugnación.

El Tribunal supremo estableció que esta clase de actos presentan un "núcleo esencialmente político o dictado por razón de criterio de oportunidad reconocida legalmente". Aquí es donde se proclama la inexistencia de un control "*tan intenso*".

Sólo se conformó con examinar los presupuestos de hecho de los aspectos reglados del acto: competencia, causa y fin. En definitiva, el Tribunal supremo predica sobre estos actos, denominados políticos: "la revisión de los aspectos jurídico-procedimentales y el test de razonabilidad de la decisión"[1506].

El fallo alude al principio de legalidad, a la interdicción de la arbitrariedad (C.E. 9.3) y al derecho a la tutela judicial efectiva (C.E. 24.1) a los efectos de justificar (entre

[1502] REBOLLO, Luis Martín, Leyes administrativas, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 157.
[1503] Ver, BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 57 y nota 38.
[1504] Este control mínimo no es idéntico al que se refiere la doctrina francesa.
[1505] Se han reproducido los argumentos centrales del fallo en REBOLLO, Luis Martín, Leyes administrativas, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 157 y 158.
[1506] REBOLLO, Luis Martín, Leyes administrativas, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 157.

otros fundamentos) y realzar la "necesidad de hacer efectivo el principio de legalidad cualquiera que sea la naturaleza objetiva del acto realizado por el Gobierno"[1507].

Asimismo, existen una serie de precedentes[1508] de los que se puede extraer el reconocimiento de un "núcleo de actividad política del Gobierno" que viene dado por la representación orgánica y máxima del Poder Ejecutivo. Estos actos son el resultado del "ejercicio de competencias que se le atribuyen constitucionalmente o que pertenece "*per se*" al ámbito mencionado en el artículo 97 de la Norma Fundamental.

Este ámbito se caracteriza por ser la expresión del "mayor grado de discrecionalidad y oportunidad y que es susceptible de fiscalización jurisdiccional por esta Sala en aquellos de sus elementos que estén definidos legislativamente y tengan carácter reglado"[1509].

Por último, las sentencias de 4 de abril de 1997[1510] del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, aún cuando admiten que dichas decisiones no constituyen "meros actos administrativos" (cabe enmarcarlas en el ámbito de las potestades de dirección política según artículo 97 de la C.E.), ello no obstante le asignan las siguientes consecuencias:

a) Esta clase de actos no están sujeto al "control normal" de otros poderes o instituciones del Estado. El fundamento de esta disquisición se relaciona con la "preservación del orden constitucional ya que se pone en juego la "seguridad y defensa del Estado"[1511];
b) Existen actuaciones políticas del Gobierno no sometidas al control jurisdiccional;

[1507] Con cita a su vez del fallo del STS de 17 de junio de 1994.Ver, REBOLLO, Luis Martín, Leyes administrativas, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 158.
[1508] STS, de 28 de junio de 1994, STS 2 de octubre de 1987, Tribunal Constitucional 45/1990 de 15 de marzo, STS 25 de octubre de 1990, 24 de julio, 10 de diciembre de 1991 y 22 de enero de 1993. Asimismo, el precedente del Tribunal Constitucional 196/1990 de 29 de noviembre. Ver, REBOLLO, Luis Martín, Leyes administrativas, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 158.
[1509] REBOLLO, Luis Martín, Leyes administrativas, 12ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 158.
[1510] Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público en general, T. I, p. 605 y GARCÍA de ENTERRÍA-FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, T. I, p. 584.
[1511] En la sentencia se pretendía desclasificar determinada documentación. En nuestro país, DIEZ ha definido al acto político o de gobierno como el que proviene del Poder Ejecutivo Nacional para resolver, de forma unitaria, cuestiones decisivas para la vida de la nación, cuando está en juego el interés nacional. Ver DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, T. II, p. 424.

c) El control de los actos de dirección política se ejerce en los casos en los que "el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben someterse dichos actos de dirección política"[1512];
d) Bajo la premisa antedicha, los tribunales podrían examinar las eventuales extralimitaciones o incumplimientos de los requisitos previstos.

En el precedente aludido, el derecho a la tutela judicial efectiva es:

"…el que abre la brecha para que el en apariencia ajustado a Derecho criterio del Gobierno de no descalificar los documentos, sea sometido a revisión judicial en cuanto a su compatibilidad con el mencionado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cualquiera que haya sido la convicción del Gobierno sobre la realidad material a que aquéllos aluden o acerca de su repercusión actual sobre la seguridad del Estado"[1513].

Vale destacar que mediante sentencia STS de 3 de diciembre de 1998 y de 26 de octubre de 1999[1514] se resolvió que la *iniciativa legislativa ejercida por el Gobierno*, no resulta controlable porque predomina un principio de conveniencia y utilidad política no recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

[1512] MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público en general, T. I, p. 605.
[1513] MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público en general, T. I, p. 606.
[1514] Siguiendo una doctrina establecida en SSTC de 15 de mayo y 26 de noviembre de 1990. Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público en general, T. I, p. 607 y 608.

f) La distinción dogmática actual entre "Poder ejecutivo, gobierno y administración".

> "…las guías constitucionales son perfectamente explícitas sobre la necesidad de separar, en alguna medida, el plano estrictamente político y el administrativo, sin perjuicio de la dirección política general que corresponde, sin ninguna duda, al Gobierno (art. 97)"
>
> **Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA[1515].**

Además de las concluyentes palabras del maestro español, la mayoría de la doctrina en España se ocupa de diferenciar entre Poder Ejecutivo y Administración[1516]. O bien se concibe la doble consideración del Gobierno (al igual que respecto de la Administración) objetiva y subjetiva[1517] o bien se alude a la posición "mixta del Gobierno"[1518].

[1515] Democracia, Jueces y control de la administración, sexta edición, p. 131 y 132.

[1516] Ver, entre otros, GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, Tratado de derecho administrativo, Volumen 1, parte general, Decimocuarta edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 56 y ss y PEÑARRUBIA IZA, Joaquín M., La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica, Revista de Administración Pública española, N° 136, Enero-Abril, 1995, p. 327.

[1517] GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, Tratado de derecho administrativo, p. 56 y 57. GARRIDO FALLA, desde 1957 afirmaba la doble consideración objetiva y subjetiva del Gobierno. Ver, GARRIDO FALLA, Fernando, La Administración pública como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas, Revista de Administración pública española, n°23, Mayo-Agosto 1957, p. 32. En consonancia, en nuestro país DIEZ se ocupó de destacar el análisis subjetivo y objetivo del gobierno (al igual que lo realizaba con la administración). Ver, DIEZ, Manuel María, Derecho administrativo, T. I, p. 111 a 113. En sentido contrario, BACA ONETO argumenta que a partir del cuadro normativo actual español, no es posible afirmar con algún grado de certeza, la existencia de una separación subjetivo-institucional entre Gobierno y Administración. Ver, BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 49. Según SÁNCHEZ MORÓN, la diferenciación entre gobierno y administración es pertinente. Ver SÁNCHEZ MORÓN, Derecho administrativo, Parte General, Tercera edición, Tecnos, Madrid, 2007, p. 75.

[1518] GARCÍA de ENTERRÍA-FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, T. I, p. 35 a 38. Desde otro ángulo, se habla del carácter bifronte del Gobierno: órgano político y administrativo al mismo tiempo. Ver, BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 59 y 60.

En sentido amplio se argumenta que la función política o de gobierno[1519], presupone un estadio anterior a la división o encasillamiento de la misma en "poderes". Gobernar, en sentido extenso, implica conducir la comunidad política al logro de sus fines esenciales[1520], como ser la defensa de un "interés nacional". El carácter político que la doctrina y jurisprudencia[1521] le atribuye a ciertos actos, son producto del ejercicio de una función de gobierno[1522].

Los *actos de carácter internacional* y los *actos constitucionales[1523],* se escinden de los actos administrativos. Aquellos provienen de los órganos superiores de tipo político y nada tendrían que ver con la Administración Pública en cuanto persona[1524]. Sin embargo, también se postula la realización de funciones administrativas materiales (con la consecuente admisión de actos administrativos) por parte de los órganos constitucionales[1525].

El principio que se sostiene es el siguiente: "coexistencia de competencias políticas y administrativas en manos del Gobierno y de las superiores jerarquías administrativas"[1526].

[1519] SÁNCHEZ MORÓN afirma que el Gobierno es el centro de la vida política pues de él partes las iniciativas más importantes en política interior y exterior, incluida las iniciativas legislativas. Por tanto concluye el autor español: "Por eso dispone el artículo 97 CE que el Gobierno dirige la política interior y exterior y el artículo 87.1 le atribuye la iniciativa legislativa, aunque no exclusiva". Ver SÁNCHEZ MORÓN, Derecho administrativo, Parte General, p. 76.

[1520] GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, Tratado de derecho administrativo, p. 58 y SÁNCHEZ GOYANES, E. (coordinador), CALONGE VELÁZQUEZ, A., CAMPO CABAL, J. M., CHINCHILLA PEINADO, J.A., HUERGO LORA, A., JUÁREZ CHICOTE, J. I., SANCHO JARAÍZ, D.S., Manual de derecho administrativo, T. I, COLEX, Madrid, 1997, p. 144.

[1521] Ver FJ 4° de la STS de 4 de abril de 1997, ponente Ramón Trillo Torres, citado en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 64, nota 57.

[1522] Ver, BOQUERA OLIVER, J. M., Derecho administrativo, 10ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 66 a 67 y 76 a 78; GALLEGO ANABITARTE, A., "Comentario al art. 97° CEs", p. 44; MATEO MARTÍN, R., Administración monetaria, IEAL, Madrid, 1968, p. 126 y ss; todas citas en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 64.

[1523] GARCÍA de ENTERRÍA-FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, T. I, p. 35 y 36. En otro ángulo, se alude a los "actos de relación constitucional". Ver, CARRO y FERNÁNDEZ-VALMAYOR José Luis, La doctrina del acto político, Revista de Administración Pública española, N° 53, Mayo-Agosto, 1967, p. 107 y 108.

[1524] Ver, GARCÍA de ENTERRÍA-FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, T. I, p. 35.

[1525] Ver, GARCÍA de ENTERRÍA-FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, T. I, p. 38.

[1526] GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, Tratado de derecho administrativo, p. 63; BAENA del ALCÁZAR, M., "Administración y Gobierno en la Ley orgánica del Estado", DA 164 (1975), p. 56; ORTEGA Álvarez L. "Órganos de las Administraciones públicas", RJCM 18 (1993), p. 64, ambas citas en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 55.

Es decir que un sector doctrinal, atribuye el carácter de órgano al "Gobierno" que podría emitir actos de carácter administrativo sin que se le atribuya la condición de "Administración Pública".

Iniciativa legislativa, dirección de la política interior y exterior del Estado, las relaciones con las Cortes, la disolución de las Cortes, la elaboración de la planificación y de los Presupuestos Generales, el nombramiento del Tribunal Constitucional, los poderes extraordinarios sobre las Comunidades Autónomas que incumplan sus obligaciones constitucionales, entre otros actos, representan el ejercicio de la función de gobierno[1527].

Estos actos, en la tesis de GÁMEZ MEJÍAS, se encuentran en una "dimensión diferente a la de la Administración". Son decisiones que están incardinadas directamente a la Constitución sin que exista ley habilitante[1528].

Entre "*actos de relación constitucional* y la esfera de derechos privada se encuentra la Corte constitucional que garantiza la perfecta coherencia de estos actos a la normativa de la Constitución[1529]

La distinción entre política (la función de gobierno) y administración, presupone la subordinación de ésta sobre aquella[1530]. Los organismos del "Gobierno" serán los responsables de la actividad política[1531].

Servidor[1532] y servido[1533], así califica BARRA la relación entre el Gobierno y la Administración en España[1534]. Un planteo análogo se aprecia desde cierto sector de la

---

[1527] GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, Tratado de derecho administrativo, p. 63 y 64 y SÁNCHEZ MORÓN, Derecho administrativo, Parte General, p. 76.

[1528] Ver Ley de Jurisdicción contencioso administrativa en su artículo 2 apartado a).

[1529] CARRO y FERNÁNDEZ-VALMAYOR José Luis, La doctrina del acto político, Revista de Administración Pública española, N° 53, Mayo-Agosto, 1967, p. 108.

[1530] Sobre esta base se afirma que los actos políticos o de gobierno existen en cuanto que no obedecen al ejercicio de la función administrativa, ni están sujetos a Derecho administrativo. Ver REQUERO IBAÑEZ, José Luis, Arbitrariedad y discrecionalidad, en Constitución y control de la actividad administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial, p. 99.

[1531] GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, Tratado de derecho administrativo, p. 59. GARCÍA de ENTERRÍA entendía que había ciertos actos que no procedían de "la Administración como persona". Estos actos eran los que se producían en las relaciones internacionales y los que se realizaba en el ámbito de relaciones entre el Ejecutivo y el Parlamento. Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, E., La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), p. 184 y 185.

[1532] Por su carácter servicial, la Administración representa un cuerpo profesional, "apolítico" que actúa objetivamente. Se encuentra sometida a la ley y al Derecho y a la "potestad" o competencia constitucional de dirección o conducción del Gobierno". Ver, BARRA, Rodolfo, Tratado de derecho administrativo, T. 3,

doctrina española cuando se concibe dicha relación como de "dirigente" y "dirigido" [1535]. A la pieza político-directiva encarnizada por el Gobierno, se debe subordinar la Administración que realiza en la práctica el mandato[1536].

El concepto de lo político, entendido como categoría anterior a la división de poderes, cobra especial relevancia en el ámbito y actuación del Poder ejecutivo[1537]. Es decir, se atribuye al Poder ejecutivo un doble rol o función: una política o de Gobierno y otra de carácter administrativo[1538]

En suma, con sustento en el texto del artículo 97 de la Constitución española[1539], se extraen, entre otras, las siguientes conclusiones: a) el Gobierno es algo diferente de la Administración y superior a ella; b) las referencias al Gobierno y a la Administración suponen la concepción subjetiva de uno y otra; como órganos de imputación de cierto tipo de actividad[1540].

---

p. 59 y 60.

[1533] El Gobierno es un instrumento conductor de la organización emanado del Congreso y políticamente responsable ante éste. BARRA, Rodolfo, Tratado de derecho administrativo, T. 3, p. 59.

[1534] BARRA, Rodolfo, Tratado de derecho administrativo, T. 3, Ábaco, Buenos Aires, 2006, p. 50 y 51. El agudo tratadista también señala la diferente naturaleza de las normas de organización fundamental de los dos complejos orgánicos. Ídem, p. 51.

[1535] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 58. Se alude a que el director no puede identificarse con el dirigido en forma total. Ver GARRIDO CUECA, N. "Gobierno y Administración", p. 51 y 52, citado en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 58 y nota 43.

[1536] Con diferente matiz, esta es la conclusión PAREJO ALFONSO, L., "El Gobierno de la Nación y los Gobiernos de las Autonomías; un problema de articulación", DA 215 (1988), p. 141, citado en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 58 y nota 45.

[1537] GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, Tratado de derecho administrativo, p. 59.

[1538] Para los autores, habrá que determinar la manera de determinar cuando actúa de uno u otro modo. Ver GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, Tratado de derecho administrativo, p. 59.

[1539] El artículo 1° de la Ley (10/1983 de 16 de agosto) de Organización de la Administración Central del Estado (LOACE), reproduce casi textualmente el artículo 97. Así, dispone que "corresponde al Gobierno la dirección de la Administración civil y militar del Estado". PARADA afirma que los actos del Gobierno emanan del Consejo de Ministros ("órgano político constitucional") y del Poder ejecutivo. En principio, estos actos no son sometidos a la Justicia Administrativa pero, al mismo tiempo, al ser el órgano directivo de la Administración, resulta plenamente enjuiciable por aquélla. Ver, PARADA, Ramón, Derecho administrativo, T. I, Parte general, Decimoquinta edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 93.

[1540] GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, Tratado de derecho administrativo, p. 61. Se argumenta que el artículo 97 de la Constitución, sustenta una separación subjetivo-institucional en ambos planos. Entre otros, ver, MENÉNDEZ Rexach A., Ley de la Administración Central del Estado, p. 37, citado en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 41 y nota 10.

g) La dirección política como rasgo característico del Gobierno. La asimilación del control de la discrecionalidad al control de los actos dictados en ejercicio de la dirección política.

El carácter de un "Gobierno" bifronte determina que su rol se diversifica en dos planos. Uno de "dirección política" [1541] y otro sujeto al Derecho administrativo mediando un ejercicio de "funciones administrativas". Fruto de esta interpretación, se presenta como un órgano constitucional que en ciertos casos no emite actos administrativos[1542].

La dirección política es concebida en el marco del artículo 97 de la Constitución y se presenta como una "capacidad de impulso originario, de creación y no meramente ejecutora". Se traduce en un reconocimiento de una "área de actuación reservada a ese poder". Esta zona se caracteriza por funciones que presentan los siguientes rasgos: a) creación; iniciativa, no subordinación (de ahí la imposibilidad de enjuiciamiento jurídico) a directrices externas[1543].

El ejercicio de la función de gobierno presupone un espacio de vinculación negativa en contraposición a la vinculación positiva presente en la función de administración[1544]. Como consecuencia de una potestad inicial libre, se le atribuye la orientación hacia "objetivos políticos"[1545].

[1541] El Gobierno es considerado mayoritariamente como el órgano de dirección política. Ver, PEÑARRUBIA IZA, Joaquín M., La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica, p. 327 y TRILLO TORRES, Ramón, El control jurisdiccional del acto político, en La reforma de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, p. 30.

[1542] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 59 y REQUERO IBAÑEZ, José Luis, Arbitrariedad y discrecionalidad, en Constitución y control de la actividad administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial, p. 99.

[1543] BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 61 con cita de LOPEZ GUERRA, L. "Funciones del Gobierno y dirección política", DA 215 (1988), p. 26 y 36.

[1544] GALLEGO ANABITARTE, A., "Comentario al art. 97° CEs", p. 102, citado en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 62 y 63. XIFRA HERAS, plantea al respecto que la función política, en principio, es libre y únicamente constreñida en su obrar ante una explícita oposición a los principios fundamentales que establece la Constitución: la función administrativa se muestra siempre condicionada por el Derecho de tal modo que sólo actúa con libertad en el caso concreto en que aquél le otorga la correspondiente facultad". Ver, XIFRA HERAS, J., "El Gobierno y la función política", en Gobierno y Administración en la Constitución, II, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, IEF, Madrid, 1988, p. 1846, citado en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 63, nota 54.

[1545] GARRIDO CUENCA, N., El acto de Gobierno, p. 521, citado en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 63, nota 55.

Como ejemplos de actuaciones a través de las cuales se manifiesta la función de dirección política se destacan: i) la participación del Gobierno en la potestad legislativa del Estado a través de la iniciativa legislativa, ii) la disolución de las Cortes, iii) la iniciativa de reforma constitucional, entre otras[1546].

En este escenario, un sector de la doctrina asimila el régimen jurídico de los actos por los cuales el Gobierno ejerce su función de dirección política al de los actos discrecionales. Se postula su identidad y control a través de los elementos reglados del acto[1547]. Desde esta perspectiva, los *conceptos jurídicamente asequibles* que el legislador haya previsto para regular alguno de los actos en dicho ámbito, están sometidos al control jurisdiccional al igual que los actos administrativos[1548].

En palabras de GARCÍA de ENTERRÍA "…a través de los elementos reglados del acto es como se controlan todos los actos discrecionales (que es como han quedado correctamente calificados ahora los supuestos "actos políticos"), cuyo fondo de libertad de opción, querida por el ordenamiento, siempre ha de respetarse por el juez"[1549].

[1546] Ver, BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 66 y 67.

[1547] SÁNCHEZ MORÓN señala que el Tribunal Supremo en España, sin negar la existencia de actos políticos, considera que pueden existir elementos reglados de dichos actos establecidos por normas jurídicas (incluyendo las normas constitucionales) y susceptible de control judicial. Ver SÁNCHEZ MORÓN, Derecho administrativo, Parte General, p. 523.

[1548] LOZANO Blanca, El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID", REDA, 94 (1997), p. 274, citado en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 77 y nota 91. En consonancia, REQUERO IBAÑEZ, José Luis, Arbitrariedad y discrecionalidad, en Constitución y control de la actividad administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial, p. 100 y 101.

[1549] GARCÍA de ENTERRÍA, E., Democracia, jueces y control de la Administración, Sexta edición, Civitas, Madrid, 2009, p. 23. En similar sentido, LOZANO Blanca, El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID", REDA, 94 (1997), p. 274 y BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 77 y nota 91.

§5 Sinopsis general

A) FRANCIA.

a) Los orígenes del acto de gobierno.

1) En Francia se originó y consagró la teoría del acto de gobierno en forma mayoritaria doctrinaria y jurisprudencial.

2) Tanto la Constitución de 1791 como las leyes de 3 de mayo de 1849 y de 25 de mayo de 1872, justificaron desde un plano normativo el acto de gobierno y su escisión con el acto administrativo. Hasta 1870 la doctrina francesa entendió que los recursos previstos para los actos administrativos no serían admisibles contra el acto político.

3) El acto administrativo podía ser sometido a la justicia. En cambio, el acto de gobierno escapaba todo control jurídico y sólo era sometido a control político.

4) A fines del siglo XIX la doctrina comenzó a reclamar la revisión judicial de los actos de gobierno. Según JEZÉ la naturaleza jurídica de los actos de gobierno no podía determinar la ausencia de control jurisdiccional. Ello sólo podía responder a razones de *oportunidad política.*

b.-Actos políticos y actos administrativos. El *objetivo político* y el *móvil político.*

1) La diferenciación entre actos administrativos y actos políticos se asentó en un criterio subjetivo. El acto administrativo podía transformarse en político de acuerdo a la autoridad pública de quien emana (en DUGUIT).

2) Eran actos políticos los que emanaban del Presidente de la República cuando ejercía sus poderes constitucionales en lo que concernía a sus relaciones con las Cámaras, acto de indulto, declaración de estado de sitio y actos diplomáticos.

3) La distinción entre actos políticos y actos administrativos históricamente respondió a la separación entre "administración" y "política" o gobierno.

4) La distinción entre la ley constitucional y las leyes ordinarias reflejaba dos clases de actos. La ejecución directa de una disposición formal de la Constitución representaba la única base firme para distinguir entre gobierno y administración.

5) El acto de gobierno se presentaba como un acto vinculado. Debía ser dictado con sustento en una atribución constitucional expresa y no se admitía un obrar libre o su dictado en el caso de su ausencia (CARRÉ de MALBERG).

c) El objetivo político.

1) El acto político comenzó a ser concebido como todo acto de la autoridad pública en miras de un *"objetivo político"*. Desde cierto sector, el acto de carácter "administrativo" podía transformarse en "político" cuando se dictase en miras de un "*objetivo político*".

2) DUGUIT definió al "*objetivo político*" como lo que concierne a la política concebida como el arte de gobernar los pueblos. Un acto estaría determinado por un objetivo político, cuando tuviese por objeto el gobierno del pueblo siguiendo las reglas del *arte político*.

3) La doctrina entendió que el acto de gobierno era aquel que figuraba en la enumeración de actos políticos presentada por la jurisprudencia administrativa bajo la autoridad del Tribunal de Conflictos.

4) Los recursos por exceso de poder hasta principios del siglo XX, no serían admisibles contra ciertos actos tales como el estado de sitio y los decretos de gracia.

d) El móvil político.

1)La teoría del móvil político inspiró al Consejo de Estado francés hasta el final del segundo imperio. El *móvil político* era definido como "Aquél acto que tiene por fin la defensa de la sociedad en sí misma, o personificada en el Gobierno, contras sus enemigos interiores exteriores, conocidos u ocultos, presentes o futuros".

2) Las decisiones inspiradas por un "*móvil político*" eran consideradas como un acto de gobierno.

3) La teoría del móvil político fue abandonada por la jurisprudencia a partir del fallo "*Duc d´Aumale et Michel Levy*" aunque también se atribuye el abandono a la sentencia "*Prince Napoléon*".

e) Los diferentes criterios para distinguir los actos de gobierno.

1) Primer criterio: la especial relevancia de los asuntos vinculados a la función de gobierno

i) LAFERRIÉRE, DUCROCQ y CHAPUS con ciertos matices, escindieron gobierno y administración. Los actos que provenían del gobierno sólo podían tener un control político.

2) Segundo criterio. Dos planos de actuación: ejecución de la Constitución y ejecución de las leyes.

i) CARRÉ de MALBERG y también DUCROCQ, se ocuparon de otorgar fundamento constitucional a los actos de gobierno. Éstos derivaban de una disposición constitucional expresa y tendían a ejecutar el mandato constitucional. En cambio, los actos administrativos tenían como fin la ejecución de las leyes.

f) Los actos de gobierno como manifestación del órgano constitucional.

i) Desde cierto sector se planteaba la inmunidad jurisdiccional de los actos como lógica consecuencia de que el juez se encontraba inhibido para resolver litigios entre los poderes constitucionales.

g) La injusticiabilidad de los llamados actos de gobierno como consecuencia de la organización judicial francesa[1550].

i)FAVOREU, PUISOYE y CAYLA desarrollaron una línea argumental (con diversas tonalidades) que predicaba que la injusticibilidad del acto de gobierno no se debía a su naturaleza. Se trataba, en cambio, de una cuestión competencial entre la justicia constitucional y la justicia contenciosa.

h) El carácter discrecional como criterio de distinción del acto político.

i) Desde cierta concepción se asimilaba lo discrecional a lo político. El acto de gobierno presentaba carácter discrecional y ajeno a los recursos jurisdiccionales.

i) El fundamento extrajurídico de los actos de gobierno

[1550] Ver el desarrollo de este postulado en BACA ONETO, Víctor Sebastián, Los actos de gobierno, p. 113 a 115.

Razones políticas, empirismo político, política jurisprudencial, son algunas de las denominaciones que la doctrina francesa esgrimió para fundamentar la declinación de los jueces para intervenir sobre la juridicidad de ciertos actos.

j)Breves referencias a la delimitación jurisprudencial francesa actual al acto político o de gobierno.

1) Actualmente la teoría de los actos de gobierno se explica por la preocupación del Consejo de Estado por no inmiscuirse en las relaciones entre el poder legislativo y el ejecutivo o en la acción diplomática.

2) El siglo XX encuentra bajo una forma nueva y en límites más estrechos las consideraciones de carácter político que históricamente se englobaban bajo la noción de acto de gobierno.

3) El Consejo de Estado francés se abstiene de conocer en decisiones del ejecutivo en el marco de su participación en la función legislativa. Entre otras, el rechazo de presentar al parlamento un proyecto de ley; el decreto de promulgación de una ley; la decisión de depositar o retirar un proyecto de ley.

4) Las sentencias, salvos raras excepciones, no emplean la noción de "acto de gobierno".

5) Una parte de la doctrina aún estima que la negativa de un juez administrativo de entender o de conocer en los actos llamados de "gobierno" se explica por el normal juego de las reglas de competencia.

6) Se reconocen actos mixtos que no emanan exclusivamente de las autoridades francesas. Serían actos relativos a la función gubernamental como opuesta a la función administrativa; es decir, actos correspondientes al derecho internacional o de actos que participan de la función legislativa.

7) La tendencia a revisar judicialmente esta clase de actos, se evidencia en el obrar el Tribunal Constitucional. Entre otros casos, se adentró a considerar la

regularidad del decreto por el cual el presidente de la República solicita una nueva deliberación de una ley.

8) Desde cierto sector de la doctrina francesa se invoca al derecho norteamericano que tiende a declinar intervenir ante las decisiones que se refieren a las relaciones internacionales en razón de su carácter político por naturaleza.

k) La concepción doctrinaria actual del acto de gobierno.

1) BRAIBANT y STIRN consideran a los actos de gobierno como intermediarios entre los actos legislativos y los actos administrativos. Tienen una característica común con los actos legislativos: no pueden ser atacados ante el juez administrativo. Sin embargo, tienen en común con los actos administrativos que emanan del Poder Ejecutivo.

2) Aun cuando se afirme que el acto es dictado por un "*móvil político*" ello no determina la inmunidad jurisdiccional.

3) En el fallo "Barel" se afirmó que la "lista" de los actos de gobierno es establecida por el juez administrativo y comprende dos elementos: i) por un lado, de los actos de derecho interno que se vinculan con las relaciones de los poderes públicos constitucionales; ii) por otro lado, los actos del derecho internacional del Estado francés con los estados extranjeros u organizaciones internacionales.

4) Esta clase de decisiones sólo tienen un control político y no jurídico.

B) ALEMANIA

a) La ausencia de tratamiento exhaustivo del acto de gobierno en el derecho alemán.

1) La doctrina del acto de gobierno en Alemania, no se desarrolló con la misma "claridad y franqueza" en relación con el derecho francés.

2) A inicios del siglo XX la doctrina alemana se preocupó por la relación entre política y derecho.

3) Comenzó a desgranarse el contenido intelectual de ciertos actos. Como consecuencia ciertos juicios (los de valoración) no podían ser revisados jurisdiccionalmente porque presentaban contenido político en contraposición con los juicios de conocimiento que sí eran revisables jurisdiccionalmente.

4) Comenzaba a desarrollarse un discurso jurídico cuyo carácter científico pretendía independizarse de la política. Se alejaba de su aspecto teológico y se acercaba a la naturaleza del proceso intelectual llevado a cabo.

5) La problemática discurría por determinar hasta qué punto debían convertir en objeto de indagación las medidas soberanas que se basaban en decisiones política.

6) FORSTHOFF asumió la imposibilidad de definir la "naturaleza" del acto de Gobierno como acto estatal específicamente político. Según el autor, el componente político puede acompañar con mayor o menor intensidad a cualquier acto del Estado.

7) La inmunidad judicial de ciertos actos se hallaba en la "naturaleza" del poder judicial. Este poder no debía intervenir en las decisiones de carácter "altamente político".

8) El acto de Gobierno representaba un instrumento necesario que haría posible que el poder judicial conserve su independencia "negando su resolución".

9) En Alemania no se previó expresamente mediante ley una excepción legislativa a la justiciabilidad de los actos de gobierno.

10) En el acto de gobierno presentaba una faceta judicial y una político-estatal en la tesis de FORSHOF.

C) ESTADOS UNIDOS

a) La inmunidad jurisdiccional de los actos políticos en el derecho norteamericano. La asimilación de los actos políticos a la decisión entre dos o más alternativas válidas para el derecho (discrecionalidad en términos clásicos)

1)Tempranamente los norteamericanos desarrollaron la categoría de los actos políticos o las cuestiones políticas no justiciables vinculadas con la separación de poderes.

2) Las cuestiones políticas también se han sostenido con fundamentos esencialmente pragmáticos y oportunistas.

3) Hacia 1803 con "*Marbury*" la discrecionalidad y los actos políticos se asimilaron. Se abordó la cuestión relativa a "materias políticas" y expresamente se consagró la regla de la inmunidad judicial en términos genéricos.

4) En una acepción amplia la expresión cuestión política comprende todos los casos del ejercicio de la discreción gubernativa. Se argumenta que el término cuestión política se emplea para designar ciertos tipos de funciones encargadas a los órganos políticos de gobierno (Poder Legislativo y/o Ejecutivo) no sujetas a investigación judicial.

5) La doctrina reconocía en los actos políticos un núcleo "irreductible de discrecionalidad" que no puede ser valorado y reconsiderado por los tribunales.

6) Dicho "núcleo irreductible" determina, al igual que la concepción clásica de la discrecionalidad, la capacidad de optar entre diversas posibilidades válidas y "jurídicamente neutras" reconocidas al poder ejecutivo (también al legislativo) en el ejercicio de sus funciones.

7) Se consagran dos perspectivas para determinar el carácter político de una cuestión: i) identificar si el objeto litigioso versa sobre una materia respecto de la cual el ordenamiento reconoce un núcleo último de "discrecionalidad al poder" que la tiene

atribuida; ii) verificar si en la decisión o actuación atacada se ha obrado en exceso o al margen de la discrecionalidad otorgada por el ordenamiento.

8) Como consecuencia, si se ha reconocido un núcleo y no se ha obrado en exceso, entonces el único control que puede ejercerse es el político.

b)La enumeración y clasificación de los actos políticos en la jurisprudencia norteamericana.

1) Se atribuye a ciertos actos (políticos) *naturaleza política.* Se brindan numerosos ejemplos tales como: las cuestiones sobre lo que constituye una forma republicana de gobierno, el proceso de sanción de leyes, el proceso de enmienda constitucional, el juicio político, el ejercicio de los poderes de guerra del presidente, entre otros.

2) En "*Baker v. Car*" se estableció la regla según la cual ciertos cuestiones por el sólo hecho de ser políticas no pueden ser excluidas *per se* del análisis de los tribunales.

3) Se estableció las siguiente reglas orientativas detectar los casos que son de naturaleza política: i) La existencia de una atribución constitucional, literalmente demostrable, a un organismo político; ii) La ausencia de criterios judicialmente identificables y gestionables para resolver el conflicto; iii) La imposibilidad de decidir el caso sin una posición política inicialmente predeterminada, de un tipo o clase claramente no asignable a la discrecionalidad judicial; iv) La imposibilidad de que un tribunal adopte una resolución independiente sin expresar una falta del respecto debido a otras ramas o poderes gubernamentales; v) La presencia de una necesidad inusual de adhesión incuestionable a una decisión política ya adoptada; vi) La potencialidad del desconcierto derivado de la existencia de múltiples pronunciamientos por parte de varios departamentos o instancias gubernamentales sobre una misma cuestión; vii) La posibilidad de que la intervención judicial sitúe al Gobierno en situaciones embarazosas en el extranjero o cause graves perturbaciones en el país.

4) En "*Franklin v. Massachusett*s" (1992) la Corte suprema negó la posibilidad de recurrir a las normas de la APA para fundamentar la sujeción de los actos del Presidente al control judicial.

D) ESPAÑA

a) El correlato entre Gobierno/Administración y actos de gobierno/actos discrecionales.

1)El artículo 4 del Reglamento de la ley de Santamaría de Paredes de 1888 se refirió a los actos políticos como cuestiones que correspondían a la potestad discrecional.

2) La Ley de Jurisdicción contencioso administrativa de 1956 empleó la expresión "actos políticos del Gobierno" a raíz de la implícita diferenciación entre Administración y Gobierno presente en el artículo 97 de la Constitución española.

3) En dicha ley se escindió lo político de lo administrativo y la Exposición de motivos estableció que los actos políticos eran esencialmente distintos. Los actos administrativos eran producto del ejercicio de la función administrativa y los actos políticos se presentaban como consecuencia de la función política confiada únicamente a los supremos órganos estatales.

4) El artículo 2 inciso b) de la Ley de 1956 excluyó del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa a las "cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno". El texto aludió a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar…".

5) A diferencia de los actos discrecionales, en este período, los actos de gobierno serían "inadmisibles".

6) Desde cierto sector se argumentaba que los actos de gobierno no constituían una especie del género de los actos discrecionales. Unos se relacionaban con la función administrativa (discrecionales) y otros se referían a la función política (políticos).

b) La preocupación por distinguir entre actividad "política" y "administrativa".

1) La doctrina española durante la década de 1960 se ocupó de la problemática en cuanto al alcance del control de los actos discrecionales y la determinación de cuáles actos pertenecían a la política o al Gobierno.

2) El derecho administrativo y el régimen de los actos administrativos no resultan aplicables a los actos políticos.

3) La Ley de Jurisdicción de 1956 se ocupó de contemplar la indemnización contra los actos políticos. Por tanto, la admisión de la competencia de la jurisdicción contenciosa se relacionaba con el contenido de la pretensión indemnizatoria.

4) Con la sanción de la Ley Orgánica del Estado de 10 de Enero de 1967, se volvió a reafirmar la escisión subjetivo-institucional entre Gobierno y Administración.

5) Luego de la reforma constitucional de 1978 diversas leyes serían interpretadas en el sentido que habilitaban la escisión entre las dos categorías. Las leyes de Organización y Funcionamiento de la Administración General de Estado y del Gobierno también ratificarían (aunque no en forma pacífica) el mismo rumbo.

c) Los fallos que justifican la distinción entre *Gobierno y Administración*.

1) La jurisprudencia española se ocupó de la distinción que sirvió de base a los diversos regímenes de los actos. En ciertos casos acudió a la doctrina del *móvil político* del derecho francés, que luego rectificó a partir de los años setenta.

2) El Tribunal Constitucional en diversos casos excluyó del derecho administrativo cierta actuación del Gobierno. Concretamente, se aludió a las relaciones con otros órganos constitucionales y la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley. Expresamente sostuvo que el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración.

d) El cambio de rumbo jurisprudencial. El control jurisdiccional "mínimo" o "limitado" del acto político.

1) El Tribunal supremo español en STS 15 de julio de 1997 concretó el control sobre los "elementos reglados" del acto político. No obstante estableció que esta clase de actos presentan un "núcleo esencialmente político o dictado por razón de criterio de oportunidad reconocida legalmente".

2) En este precedente, reconoce la inexistencia de un control "*tan intenso*". Sólo admite "la revisión de los aspectos jurídico-procedimentales y el test de razonabilidad de la decisión" con fundamento en el principio de legalidad, la interdicción de la arbitrariedad y al derecho a la tutela judicial efectiva.

3) Se admite asimismo la existencia de un "núcleo de actividad política del Gobierno" que viene dado por la representación orgánica y máxima del Poder Ejecutivo. Estos actos son el resultado del "ejercicio de competencias que se le atribuyen constitucionalmente o que pertenecen "*per se*" al ámbito mencionado en el artículo 97 de la Norma Fundamental.

4) En dicho ámbito se configura un "mayor grado de discrecionalidad y oportunidad".

5) Mediante sentencia de 4 de abril de 1997 el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estableció: i) los actos políticos no son "meros actos administrativos"; ii) no están sujeto al "control normal" de otros poderes o instituciones del Estado; iii) el control de los actos de dirección política se ejerce en los casos en los que "el legislador haya definido mediante conceptos

judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben someterse dichos actos de dirección política".

e) La distinción dogmática actual entre "Poder ejecutivo, gobierno y administración".

1) En sentido amplio se argumenta que la función política o de gobierno presupone un estadio anterior a la división o encasillamiento de la misma en "poderes".

2) Los *actos de carácter internacional* y los *actos constitucionales* se escinden de los actos administrativos. Aquellos provienen de los órganos superiores de tipo político y nada tendrían que ver con la Administración Pública en cuanto persona, no obstante en ciertos casos podrían dictar actos administrativos en ejercicio de función administrativa

3) Los *actos de relación constitucional* son revisables por la Corte constitucional que garantiza la perfecta herencia de estos actos a la normativa de la Constitución.

4) Se sostiene que las tres clásicas funciones estatales son instrumentos de Gobierno. A la pieza político-directiva encarnizada por el Gobierno se debe subordinar la Administración que realiza en la práctica el mandato.

5) En definitiva, se atribuye al Poder ejecutivo un doble rol o función: una política o de Gobierno y otra de carácter administrativo.

f) La dirección política como rasgo característico del Gobierno. La asimilación del control de la discrecionalidad al control de los actos dictados en ejercicio de la dirección política.

1) El carácter de un "Gobierno" bifronte determina que su rol se diversifique en dos planos. Uno de "dirección política" y otro sujeto al Derecho administrativo mediando un ejercicio de "funciones administrativas".

2) El ejercicio de la función de gobierno presupone un espacio de vinculación negativa en contraposición a la vinculación positiva presente en la función de administración. Como consecuencia de una potestad inicial libre, se le atribuye la orientación hacia "objetivos políticos".

3) La doctrina asimila el régimen jurídico de los actos por los cuales el Gobierno ejerce su función de dirección política al de los actos discrecionales. Se postula su identidad y control a través de los elementos reglados del acto.

NOTAS AL CAPÍTULO II, II Y VII
LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLESEN ARGENTINA

§1. Las cuestiones políticas no justiciables

a) Liminar

Las cuestiones políticas no justiciables, constituyen un problema nuclear, en torno a la definición de la esfera propia de lo actividad discrecional de los poderes del Estado. En nuestro país, BIELSA[1551], BIDART CAMPOS[1552], BOFFI BOGGERO[1553], FAYT [1554], LINARES QUINTANA [1555], BIANCHI [1556], MARIENHOFF [1557], LINARES [1558], DIEZ [1559], CASSAGNE [1560], MAIRAL [1561], GORDILLO [1562], GUASTAVINO[1563], TAWIL[1564], SESÍN[1565], BALBÍN[1566], TORICELLI[1567] y muchos otros autores[1568] se han ocupado de abordar ésta problemática con diversa intensidad y alcances.

[1551] Ver: BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, Roque Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 511 a 519. El autor trató los "actos de gobierno" siguiendo de cerca la doctrina francesa de finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

[1552] Ver: BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho constitucional del Poder*, p. 333 a 344.

[1553] Ver BOFFI BOGGERO, Luis M., *La justiciabilidad de las llamadas cuestiones políticas y su contribución al retorno integral a la República*, JA, t. 1963-V, p. 113 y ss. y el mismo autor en Nuevamente sobre las llamadas "cuestiones políticas", LL, t. 156, p. 1.143.

[1554] Ver, FAYT, Carlos, S., *Derecho político*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 429 a 446.

[1555] Ver, LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de Interpretación Constitucional,* T. I, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 565 a 664.

[1556] Ver, BIANCHI Alberto, *Control de Constitucionalidad*, T. 2, p. 149 y ss.

[1557] Ver, MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 623 a 688.

[1558] Ver, LINARES, Juan Francisco, *Derecho administrativo*, p. 184 a 195.

[1559] Ver, DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. II, p. 411 a 434.

[1560] Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, T. II, p. 145 y ss. y el mismo autor en "La Judicialización de las cuestiones políticas, Tratado de Derecho Procesal Administrativo, T. I, p. 741 a 768.

[1561] Ver, MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la administración pública*, T. I, p. 461 y ss.

[1562]En la 8 edición de su Tratado el autor comenzó el capítulo VIII del T. 2, bajo el título "Los actos de Gobierno". Ver, GORDILLO Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8ª edición, T. 2, Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2006, p. VIII-1. En la novena edición, mismo capítulo y tomo, sustituyó el epígrafe por *"La no justiciabilidad del Estado"*. Ver, GORILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo,* T. 2, 9ª ed., capítulo VIII, Buenos Aires, 2009, p. VIII-1 aVIII-38.

[1563] Ver, GUASTAVINO, Elías P., *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, T. I, segunda edición actualizada, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II- Obras- Número 21, Buenos Aires, 1989, p. 71 y ss.

[1564] Ver, TAWIL, Guido, *El alcance del control judicial: Principales problemas que plantea,* en *Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I, CASSAGNE (Dir.), p. 513 y ss.

[1565] Ver, SESÍN, Domingo, *Control judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos*, Tratado de Derecho Procesal Administrativo, T. I, p. 719 a 739.

[1566] Ver, BALBÍN, Carlos, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, p. 67 a 80;

[1567] Ver, TORICELLI, Maximiliano, *Organización constitucional del poder*, T. 1, p. 98 a 122.

[1568] Ver por todos, BAEZA, Carlos R.*, Cuestiones políticas*, Ábaco, Buenos Aires, 2004.

A partir de mediados de siglo XX la doctrina argentina con acentuada influencia inspiración francesa[1569] (y en menor medida norteamericana), esbozó con disímiles matices e intensa controversia[1570], ciertos aspectos que reflejaban la nebulosa que rodeó siempre a esta categoría.

Se acudió a uno substancial o *material* para reconocer que los tres poderes del Estado[1571] podían emitir esta clase de actos[1572]. Desde el punto de vista *formal*, los actos de gobierno no legislativos, en principio, podían emanar del Congreso y, eventualmente, del Poder ejecutivo[1573].

La plataforma de análisis en relación al Poder Ejecutivo se asentaba en la escisión de dos planos: el gubernativo[1574] o político y el administrativo. Los actos políticos eran un producto del carácter gubernativo de la actividad ejecutiva[1575].En base a este contexto, desde un sector se pretendía la inmunidad jurisdiccional de los actos de gobierno. Éste era un criterio determinante para escindirlos de los actos administrativos[1576] que sí podían ser enjuiciados[1577].

b) Gobierno y administración

La escisión dogmática entre "Gobierno" y administración[1578] (con diferentes matices y denominaciones[1579]) se configura en diversos países y perdura hasta nuestros

[1569] Es ya harto conocida la influencia francesa en el pensamiento de BIELSA. En lo que a este punto se refiere, ver BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, p. 511 y ss, con cita de PRANARD, *De la notion de l´acte de gouvernement*, París, 1902; BREMOND, *Les actes de gouvernement*, en "R.D.P.", 1896; JÉZE, *Les actes de gouvernement*, en "R.D.P.", 1918, p. 212 y ss.; BAUMGART, *Les garanties juridictio nelles du droit public moderne*, París, 1914; LUAN, *Les actes de gouvernement*; DUEZ, *Les actes de gouvernement v. "Annuaire de l´Institut International de Droit Public*", Paris, 1931, p. 35 y ss. Todas las referencias en BIELSA, Rafael, Derecho Constitucional, p. 511 y 512.

[1570] GORDILLO y BIDART CAMPOS desde antaño remarcan la justiciabilidad de estos actos. Una visión radical puede verse en GORILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, T. 2, 9ª ed., p. VIII-1 y ss.

[1571] BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, p. 512; MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 639. Según LINARES, cuando se dictaban por el Poder Ejecutivo por medio de actos individuales constituye función administrativa. Cuando lo hace por medio de actos generales, es función legislativa. Ver LINARES, Juan Francisco, *Derecho administrativo*, p. 186.

[1572] MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 639 y LINARES, Juan Francisco, *Derecho administrativo*, p. 186.

[1573] BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, p. 512.

[1574] LINARES se ocupó de ahondar en lo que denominaba función de Gobierno que es la potestad ejercida con fundamento en razones de lo que el autor llamó "alta política del Estado". Ver LINARES, Juan Francisco, *Derecho administrativo*, p. 185.

[1575] FAYT, Carlos, S., *Derecho político*, p. 435.

[1576] BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, p. 512.

[1577] En contra MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 630 y 631.

[1578] De hecho en nuestro país actualmente LUQUI destaca "ciertas diferencias" que se dan bajo las

días. El contenido sustancial que subyace a la divergencia originaria, no ha variado en su desarrollo y concepción actual[1580].

Por lo general, la doctrina extranjera suele enunciar los siguientes elementos que permiten trazar la distinción entre ambas nociones:

1) el Gobierno es un elemento dinámico y activo del complejo "ejecutivo", mientras que la Administración es caracterizada por la permanencia que garantiza la continuidad en la actividad del Estado[1581];

2) el carácter político del Gobierno (en composición y actividad), se contrasta con el servicio objetivo al interés general propio de la Administración[1582]. Esta diferencia se vincula con la que existía a través de la división de poderes entre legislativo y ejecutivo. Ahora, se trasladaría a las relaciones internas dentro del Ejecutivo[1583].

Como consecuencia de lo anterior, se postula que el Gobierno actúa política y/o administrativamente, mientras que la administración actúa ("administrativamente") en principio "…sometida plenamente a las normas". Lo político se caracteriza como

---

locuciones "gobierno" y "Administración". Ver, LUQUI, Roberto Enrique, *La revisión judicial de la actividad administrativa*, T. 1, p. 267 a 269. En la interpretación de CASSAGNE, desde un punto de vista material, la distinción entre Gobierno y Administración respondió, en la mayoría de las concepciones (para limitar primero, y para ampliar más tarde), el campo de la revisión judicial provenientes de los actos provenientes de órganos estatales. Ver, CASSAGNE Juan Carlos, *Derecho administrativo,* T. I, p. 94. Según BALBÍN, en nuestro ordenamiento no se ha distinguido históricamente entre los conceptos de Gobierno y Administración. Ver, BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 67.

[1579] MARINHOFF efectuó las siguientes clasificaciones: a) administración como actividad equivalente a la de gobierno; b) administración como actividad subordinada a la de gobierno; c) administración como actividad total del Estado; d) administración como actividad del Poder Ejecutivo; e) administración como actividad estatal que tiene en mira el funcionamiento de los servicios públicos; f) administración como actividad del Estado que no es legislación ni justicia; g) administración de acuerdo con el contenido de los actos de la actividad del Estado; h) administración como actividad de órganos ejecutivos dependientes; i) administración como actividad del Estado que debe ejercerse dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley. Ver, MARIENHOFF, Miguel, S., Tratado de derecho administrativo, T. I, p. 50 a 63.

[1580] No descartamos, por cierto, que estuviese inmanente en otros períodos históricos. Sin embargo, cuando menos, adquirió rigor científico durante los dos últimos siglos.

[1581] En el derecho alemán, CZYBULKA, Detlef, Die *Legitimation der öffentlichen Verwaltung: unterBerücksichtingung ihrer Organisation sowie der Entstehungsgeschichte zum Grundgesetz,* C.F. Müller, Heidelberg, 1989, p. 131, citado por GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias, p. 72 y nota n° 69.

[1582] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*, p. 72 con cita de KLOEPFER, Michael, *Wesentlichkeitstheorie als Begründung oder Grenze des Gesetzesvorbehalts*?, en Hermann Hill (Dir), *Zustand und Perspektive der Gesetzgebung, Duncker & Humblot*, Berlín, 1989, p. 207 y ss. En nuestro país, sólo en el aspecto referente al carácter político del gobierno, ver LUQUI, Roberto Enrique, *La revisión judicial de la actividad administrativa*, T. 1, p. 269.

[1583] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*, p. 73, con cita de JARASS, Hans, D., Politik und Burokratie als *Elemente der Gewaltenteilung, Münchener Universitättschriften. Reihe der Juristichen Fakultät* vol 31, *München*, 1975, p. 54.

"variación"; mientras que la "permanencia" y la legalidad caracterizan a la administración[1584].

Esta distinción, actualmente podría fundamentar los diversos regímenes que se presentan entre el funcionario político, cuya designación y remoción queda a exclusivo arbitrio de un funcionario político, y los funcionarios de "carrera" que son designados y removidos por un procedimiento específico, en donde se configuran los criterios de estabilidad, unidad, idoneidad, profesionalismo, estabilidad, entre otros.

La necesidad de conocimiento técnico, la idoneidad y especialidad, fundamentan (para un sector) un desplazamiento de decisión desde el Gobierno hacia la administración que se presenta en su gesta y en la implementación[1585].

Se produce entonces un complejo "ejecutivo" que, si bien aplica el Derecho, se desgrana en dos planos o campos de actividad. En el Gobierno, existen amplios campos de actividad objetivamente creativa, éste supera la ecuación legislación-ejecución[1586]. En los sistemas parlamentarios, por ejemplo, el Gobierno estaría situado en una posición intermedia entre el Parlamento y la Administración[1587].

Se coloca al gobierno como órgano constitucional inmediato que tiene autonomía funcional y un campo de actuación propio. En él posee en forma implícita (aunque a veces pueda ser explícita) potestad reglamentaria[1588].

En nuestro país, MARIENHOFF entendió que:

[1584] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*, p. 73.

[1585] La continuidad se asegura mediante la dirección gubernamental de la Administración que se refleja en el principio de jerarquía. Ver., GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*, p. 73 con cita de MAURER *Hartmut, Der Verwaltungsvorbehalt*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Vol. 43, Berlín-Nueva York, 1985, p. 139.

[1586] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*, p. 74.

[1587] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*, p. 75. En ROUSSEAU, el gobierno era un cuerpo intermediario entre los súbditos y el soberano para su mutua comunicación. El gobierno o suprema administración (manifiesta ROUSSEAU) se define en el ejercicio legítimo del Poder ejecutivo. El príncipe o magistrado, es el hombre o cuerpo encargado de la administración. Ver, ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, T. I, Aguilar, Buenos Aires, 2010, p. 80.

[1588] GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*, p. 76 y las citas de la nota n° 89.

> *"La efectiva ´existencia´ de una actividad del Ejecutivo, llamada ´política´ o de ´gobierno´(gubernamental), y de otra actividad de dicho órgano, llamada ´administrativa´, que respectivamente determinarían los llamados actos de ´gobierno´ o ´políticos´ y los actos ´administrativos´, constituye una obvia realidad, una verdad objetiva innegable, un hecho o dato de experiencia indiscutible. Sería insensato desconocer la realidad de esa distinta actividad del Ejecutivo"*[1589].

Ahora bien, en Argentina tempranamente se puso énfasis (siguiendo la doctrina alemana) en el sometimiento al derecho de la actividad del gobierno[1590]. Hacia 1925 la doctrina vernácula se ocupaba de la relación compleja entre el derecho constitucional y el derecho administrativo: el "Gobierno" y la "Administración"[1591]. BIELSA diferenciaba dos clases de atribuciones del Poder Ejecutivo[1592]. Una política y otra administrativa.

"Poder ejecutivo" o "poder administrador" presentaban un carácter ambivalente: estaban unidos pero no eran "una misma cosa"[1593].

Desde el plano doctrinario se configuraban dos clases de atribuciones del Presidente de la República como titular del Poder Ejecutivo. Las de índole política y las de naturaleza administrativa[1594]. Como *Jefe supremo* ejercía las de orden político. Como *administrador general* desempeñaba las de orden administrativo[1595]; en este carácter debía ejecutar o aplicar las leyes[1596].

[1589] MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 634 y 635

[1590] DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. I, p. 110 y nota 33, con cita de MERKL, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935, p. 68 y ss.

[1591] Ver ARCIONI, Juan Bautista, GARCIARENA, José María, *Nociones de Derecho Administrativo*, Redactadas a base de las conferencias del profesor titular, Doctor Rodolfo BULLRICH, *Restoy & Doeste,* Buenos Aires, 1925, p. 7 a 27.

[1592] Ver, BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, segunda edición, Roque Depalma, Buenos Aires, 1954, p. 509. En similar sentido, FAYT, Carlos, S., Derecho político, p. 433.

[1593] BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, T. I, p. 318. VILLEGAS BASAVILBASO, calificó hacia 1949, de extraordinaria la obra de BIELSA. "Debe decirse en su elogio que es el fundador de una nueva escuela de derecho administrativo" afirmaba. Ver, VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, T. I, TEA, Buenos Aires, 1949, p. XVI y XVII.

[1594] BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, T. I, p. 316 a 320; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, T. II, TEA, p. 219 y 220, y DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. I, p. 103 y 106. Un planteo similar subyace a la postura de SESÍN cuando analiza los actos políticos y la discrecionalidad administrativa.

[1595] BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, T. I, p. 316.

[1596] FAYT, Carlos, S., *Derecho político*, p. 433.

Actividad "discrecional" y "función política" en el marco del Gobierno, se presentaban desde cierto enfoque, como nociones equivalentes[1597].

La función política o discrecional, según FAYT, presentaba los siguientes rasgos: a) autonomía de iniciativa y libertad de acción limitada por las reglas de la competencia y los preceptos constitucionales; b) inmunidad jurisdiccional y c) control político[1598].

Y más aún, la distinción entre gobierno y administración, se atribuía a la distinta naturaleza de los actos de gobierno o políticos y los de administración. El "criterio de discrecionalidad" primaba en los primeros y la idea de funciones y servicios públicos reglados jurídicamente se hallaba inmanente en los segundos[1599].

En suma, la dualidad Gobierno-Administración determinaba una consecuencia cardinal: la actividad ejecutiva gubernamental (discrecional) generaba responsabilidad política y control político. La actividad administrativa, en cambio, estaba sometida a la revisión jurisdiccional[1600].

Se concretaba así, desde un plano doctrinario, la distinción entre actos de gobierno y actos administrativos[1601], derivada de los dos órdenes de actuación del Poder Ejecutivo.

"Gobierno" era concebido como la dirección política de impulsión. La actividad administrativa, subordinada, debía implementar el mandato en la tesis de VILLEGAS

[1597] Las palabras de FAYT dan cuenta de esta situación. "Lo que caracteriza a la función política es su autonomía de iniciativa y su libertad de acción, dentro de los límites de su competencia. Esa actividad, formalmente libre, materialmente condicionada sólo por los preceptos constitucionales, no sujeta en principio al contralor jurisdiccional sino al político, tiene en el poder ejecutivo, por la continuidad en el ejercicio de su función, los medidos e instrumentos de acción, y la acumulación de información, los medios e instrumentos de acción, y la acumulación de información, una expresión efectiva, en cuanto actividad discrecional". Ver, FAYT, Carlos, S., *Derecho político*, p. 434.

[1598] FAYT, Carlos, S., *Derecho político*, p. 434.

[1599] FAYT, Carlos, S., *Derecho político*, p. 436. En contra, DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, T. I, p. 109. Según este último autor "Es imposible aceptar este concepto de gobierno, porque no se puede llevar a cabo una supuesta separación de la administración libre y reglada". Ibídem.

[1600] BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, p. 509.

[1601] BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, p. 510 y 511. Afirmaba textualmente el autor: "Cuando la actividad administrativa se separó de la actividad gubernativa, no constituyó necesariamente un poder separado o distinto como ocurrió respecto de la justicia y de la legislación, sino que la *administración* se especificó en una actividad distinta de la del gobierno. Se trata de dos clases de actividades y dos órdenes de funciones de un solo poder (actos de gobierno y actos administrativos)". Ibídem. LUQUI, en similar sentido, afirma que en el gobierno se encuentran los "actos de gobierno" u otras denominaciones afines que, por su contenido esencialmente político, están sometidos a un control político y generan responsabilidad política. Ver, LUQUI, Roberto Enrique, La revisión judicial de la actividad administrativa, T. 1, p. 269.

BASABILVASO[1602]. Gobierno es la "cabeza" y administración el "brazo" afirmaba DIEZ[1603]. El Gobierno sería el motor, y los funcionarios de la Administración serían los órganos de transmisión y las piezas de la máquina, argumentaba MARIENHOFF[1604].

La faz objetiva y subjetiva del gobierno (al igual que en España), eran concebidas del mismo modo que la "administración"[1605]. Desde el plano objetivo, Gobierno sería la actividad política entendida como la "actividad de orden superior que concierne a la dirección suprema y general del Estado en su conjunto y su unidad"[1606]

Su participación en la formación y sanción de las leyes, la iniciativa legislativa, el derecho de veto y los poderes de representación exterior, constituían las atribuciones de orden político o gubernativo en la tesis de BIELSA[1607].

Las atribuciones de orden administrativo del Presidente de la República, se dividían en propias o directamente constitucionales y en las delegadas legalmente a través del Congreso[1608]. El correlato de la distinción, a su vez, presupone (entre otros factores) la histórica y jurídico-dogmática divergencia entre *actos de autoridad* y *actos de gestión*[1609].

[1602] VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, T. I, TEA, p. 4. Se advierte aquí la nítida distinción que actualmente subsiste, en términos sustancialmente análogos, en el derecho español. En efecto, la calificación del Gobierno como conducción política y la administración bajo un carácter servicial, se presenta con claridad meridiana. En la tesis de BARRA, la relación es la de "servidor y servido". Ver, BARRA, Rodolfo, *Tratado de derecho administrativo*, T. 3, p. 50 y 51.

[1603] DIEZ, Manuel María, Derecho administrativo, T. I, P. 113.

[1604] MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, T. I, p. 70.

[1605] DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. I, p. 111 a 113.

[1606] DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. I, p. 111, con cita de FORTI, U., "*Amministrazione Pubblica*" en el Nuevo Digesto Italiano, Turín, 1937, T. I, p. 405 y ss. En similar sentido, se afirmaba que por gobierno se entendía la alta dirección, la impulsión que parte del centro para hacer marchar los asuntos en el sentido de una buena política y del interés general. Ver ARCIONI, Juan Bautista, GARCIARENA, José María, *Nociones de Derecho Administrativo*, p. 13.

[1607] BIELSA, Rafael, Derecho BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, T. I, p. 316 y 317.

[1608] BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, p. 511 y el mismo autor en Derecho administrativo, T. I, p. 319.

[1609] El acto de autoridad era aquel que manifestaba el ejercicio por el Estado de sus potestades de poder político. El acto de gestión, en cambio, se asemejaba a los actos realizados por los particulares; por ejemplo, los contratos celebrados por el Estado con terceros. Ver, BENOIT, Francis Paul, *El derecho administrativo francés*, p. 485. En nuestro país, BIELSA se ocupó de referenciar la distinción entre actos de imperio y actos de gestión que respondía a la doble personalidad del estado (pública y privada). El autor argentino, no obstante, no admitió la distinción. Ver: BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, T. II, p. 7. A posteriori, se ocupaba de referenciar que los actos de autoridad son los que la Administración pública realiza normalmente en el cumplimiento de sus funciones jurídicas esenciales. Los actos de gestión pública, tenían naturaleza mixta (de gestión y de autoridad) se referían a la actividad pública con motivo de la prestación de servicios públicos propios (BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, T. II, p. 10 y 11).

En suma, desde un sector de la doctrina moderna, con sustento en la distinción entre Gobierno y Administración, se afirma que los actos políticos o de gobierno no son actos administrativos[1610].

Esta conclusión, se sustenta en el siguiente argumento que reproducimos en forma sintética: el Poder ejecutivo es ejercido por el presidente como responsable político de la administración general del país[1611] y por el jefe de Gabinete de Ministros quien ejerce dicha administración[1612]. En tales términos, el Presidente, si bien es poder administrador, también ejerce funciones de carácter "gubernativo"[1613].

Por tanto, por lo general se postula que los actos que emanen del carácter gubernativo de las funciones no son actos administrativos. Si bien no se los excluye del orden jurídico, sí se los sitúa en otro régimen diferente al de los actos administrativos[1614].

c) Las distinciones entre lo "controlable" y lo "no controlable" judicialmente

Las llamadas cuestiones no justiciables presentan diversos aspectos. Por un lado se vinculan con los llamados actos políticos y de gobierno[1615], que suelen ser ejemplificados por la doctrina[1616] con el acto de expulsión de extranjeros, la declaración

[1610] MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la administración pública*, T. I., p. 507 y 509 y LUQUI, Roberto Enrique, *La revisión judicial de la actividad administrativa*, T. 1, p. 272 a 275.

[1611] El artículo 99, inciso 1 CN textualmente dispone: "Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país".

[1612] Textualmente prescribe el artículo 100 segundo párrafo e inciso 1 CN: "Al jefe de gabinete de ministros, con responsabilidad política ante el Congreso de la Nación, le corresponde: 1. Ejercer la administración general del país"

[1613] Aquí se trae como ejemplo, la seguridad del Estado, la organización de los poderes, la promulgación y sanción de las leyes. Ver, LUQUI, Roberto Enrique, *La revisión judicial de la actividad administrativa*, T. 1, p. 273. BALBÍN considera que la Constitución actual configura el siguiente esquema: el Presidente es el responsable político de la Administración general del país y el Jefe del Gobierno. A su vez, el Jefe de Gabinete es quien ejerce la Administración. Según este autor, este esquema tiene dos pilares centrales: por un lado, el Gobierno por su origen y legitimidad democrática debe dirigir la Administración general del país y por ello el Presidente es el responsable político y el Jefe de Gabinete es el responsable de su ejercicio. Por otro, el reconocimiento de un cuerpo de Administradores profesionales. Ver BALBÍN, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, p. 67.

[1614]Ahora bien, también desde un sector doctrinal se insiste en destacar que las posibles diferencias entre ambos planos, no puede llevar a sostener teorías restrictivas del control judicial. Ver: BALBÍN, Carlos, *Curso de derecho administrativo*, T. II, p. 68.

[1615]Tanto BIELSA como MARIENHOFF destacaron la imposibilidad de efectuar una clasificación precisaVer: MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 624.

[1616] BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, p. 512 a 519. En similar sentido, LINARES destacaba tales actos. Ver, LINARES, Juan Francisco, *Derecho administrativo*, p. 185, nota 61.

de estado de sitio, la intervención en las provincias, los hechos de guerra y las relaciones internacionales.

A su vez, el acto de gobierno o político se definió desde un plano funcional: caracterizaba cierta actividad del órgano Ejecutivo del Estado[1617] y se asimilaba al acto administrativo en términos cualitativos[1618].

En esta última interpretación, los actos de gobierno o políticos eran conceptualizados desde un punto de vista teleológico. La finalidad y el alcance de los pretendidos efectos del acto, integraban su ámbito conceptual. Se concretaba una divergencia didáctica y de "grado" entre acto de gobierno y acto administrativo. La determinación entre ambos constituía una cuestión de "hecho"[1619].

Según MARIEHNOFF, el acto de gobierno del Poder Ejecutivo, por su finalidad, aparecía como sinónimo de acto político. El acto de gobierno como acto jurídico[1620] tendía a concretar una determinada disposición o decisión de *contenido* político[1621].

El acto político sólo podía ser emitido si existía texto constitucional o legislativo expreso[1622] (actos de gobierno que tenían sustento en leyes formales). Como ejemplo, el

---

[1617] Ver, MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 630 (ver especialmente nota 973 bis) y 636.

[1618] Textualmente sostuvo MARIENHOFF: "Jurídicamente, el acto de gobierno y el acto administrativo quedan asimilados (…) el régimen jurídico de ambas categorías de actos (…) obedece a principios similares, pues la diferencia ´conceptual´ existente entre ellos no alcanza a separarlos jurídicamente, al extremo de que deban regirse por distintos criterios jurídicos". Ver, MARIENHOFF, Miguel, S., Tratado de derecho administrativo, T. II, p. 630 y 631.

[1619] MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 631 y 636. Actualmente, BIANCHI afirma que la no justiciabilidad de ciertos actos, corresponden a cuestiones de hecho en los casos en que existen dificultades, por ejemplo, de obtener el acceso a información relevante. Ver, BIANCHI, Alberto, Control de constitucionalidad, T. 2, p. 253, 254, 274 y 275, con cita de SCHARPF, Fritz, W., *Judiial Review and the Political Question*, "*Yale Law Journal*", vol. 74, p. 566 (1966).

[1620] MARIENHOFF lo consideraba jurídico por las siguientes características: a) tenían objeto esencial y directo producir efectos de derecho respecto de terceros y b) debía encuadrar en el ordenamiento jurídico general del Estado.

[1621] MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 639.

[1622] Aquí MARIEHOFF sigue a CARRE de MALBERG. Ver, MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 640 y nota 985. Por el contrario, creemos que el autor francés no admitía la habilitación legislativa para la emisión de actos de gobierno. Así, para el autor francés el principio de vinculación positiva resultaba capital en la interpretación de lo que podía o no realizar la autoridad gubernamental. Expresamente, la Constitución le debía atribuir las potestades y; de lo contrario, no podía realizar ningún acto a título de gobierno. Ver, CARRE de MALBERG, *Teoría General del Estado*, p. 486, con cita de OTTO MAYER, ed. Francesa, Vol I, p. 10.

autor se refirió a la expulsión de extranjeros como acto de gobierno que no podía ser admitido sin base legal[1623].

En definitiva, en la tesis de MARIENHOFF se consagraron los siguientes principios a los que debían ser sometidos el acto político o de gobierno como acto jurídico: a) debían regirse por las normas del derecho público[1624]; b) se encontraban abarcados por el mismo régimen que el acto administrativo (por ejemplo, en cuanto a sus elementos, validez y eficacia)[1625]; c) eran unilaterales y tenían alcance particular o general[1626]; d) En principio, eran susceptibles de enjuiciamiento ante los tribunales.

A partir de esta plataforma, la posibilidad de que puedan ser impugnados judicialmente, no dependía de la naturaleza objetiva del mismo. Antes bien, en un caso concreto, debía existir un derecho o interés (que se pueda ser "parte") que admitiera la impugnación jurisdiccional[1627].

Aquí es donde MARIENHOFF introdujo la noción de "acto institucional". El acto institucional, en contraposición con el acto de gobierno o político, sería el único acto que tendría inmunidad jurisdiccional en razón de que no incide de forma directa sobre los ciudadanos[1628]. El ejemplo típico de esta clase de actos viene dado por la apertura de sesiones del Congreso por parte del Presidente de la Nación[1629].

Ahora bien, en el marco de un Estado de Derecho, es frecuente encontrar autores que afirman la existencia de un núcleo exento de control, al que se le suele oponer el

---

[1623] MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 641.

[1624] Arriba a esta conclusión con sustento argumental (cuando menos parcial) en la sentencia del 1 de octubre de 1891, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos, tomo 46, p. 133 y ss, especialmente p. 140. Ver, MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 643 y nota 988.

[1625] MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 643 y 644.

[1626] MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 644.

[1627] MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 631.

[1628] MARIENHOFF, Miguel, S., *Tratado de derecho administrativo*, T. II, p. 624. LINARES también entiende que los actos institucionales se refieren a relaciones entre poderes, cuyo efecto no incide ni debe incidir directamente sobre la libertad jurídica de los ciudadanos. Ver LINARES, Juan Francisco, *Derecho administrativo*, p. 192. GARCÍA PULLÉS ha destacado que la categoría del acto institucional no resulta suficiente para fundamentar la exclusión de la revisión jurisdiccional. En tal sentido argumenta el precitado autor: "…el ámbito limitado en el que fuera concebida la teoría del acto institucional empezó a desvirtuarse, invocándose razones de subsistencia de Estado para cualquier acto administrativo, de modo que arrastró a las "tinieblas exteriores" a decisiones que no podían escapar al control de legalidad". Ver GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. 2, p. 676.

[1629] Entre las atribuciones del Presidente de la Nación, el artículo 99 inciso 8 de la Constitución Nacional textualmente dispone: "Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas Cámaras, dando cuenta en esta ocasión del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes".

argumento relativo a que nada resultaría ajeno al control de los jueces[1630] cuando se trata de definir el derecho[1631]. Sin embargo, aún la versión radical de la doctrina de la revisión plena, admite que en cuanto al fondo de la revisión (la substancia del *thema decidendum*) el juez tiene la facultad para autolimitarse o fijar el alcance de la revisión judicial[1632].

d) Clasificación de las cuestiones no justiciables

A fines del siglo XIX en el *leading case* "Cullen c/Llerena"[1633] se discutió la pertinencia y legitimidad de la intervención federal a una provincia. A partir de aquí se resolvieron diversos precedentes que versan sobre la irrevisibilidad judicial de ciertas cuestiones y han merecido tratamiento profuso por parte de la doctrina nacional[1634].

[1630] BALBÍN sostiene que la teoría del acto político o institucional como actos estatales no sujetos al control del juez debe ser abandonada, entre otras razones, porque la Constitución dice claramente que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas. Ver, BALBÍN, Carlos, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, p. 72 y 73.

[1631] LINARES QUINTANA afirma que la política en crisis extremas puede considerarse forzada a violar las barreras de la ley. De ahí la necesidad de que existan dos tribunales: un político y otro judicial. Ver, LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, T. I, p. 588. Una síntesis de la doctrina de la judiciabilidad plena puede con diversos matices puede verse en BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, T. 2, p. 269 y 270; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, T. II, p. 147 a 149 y, en su versión extrema, GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, T. 2, 9ª ed., p. VIII-36. En el derecho italiano, por expreso mandato constitucional (Art. 113), contra los actos de la Administración pública existe "siempre" la tutela jurisdiccional de las situaciones subjetivas, sin exclusiones o limitaciones en base a determinados medios de impugnación o para determinadas categorías de actos ante los órganos de jurisdicción ordinaria y administrativa. Ver, CASSESE, Sabino, *Las bases del derecho administrativo*, p. 361.

[1632] GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, T. 2, 9ª ed., p. VIII-37. LINARES QUINTANA afirma que: "La no justiciabilidad de las cuestiones políticas no debe dar lugar a equívocos. Lo que escapa de la competencia del Poder Judicial es exclusivamente la revisión del juicio de valor de sustancia política (…) pero en manera alguna las proyecciones del acto político sobre los derechos constitucionales, cuyo amparo es misión específica de los Tribunales de Justicia. Ver LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, T. I, p. 658, con cita de GHIGLIANI, Alejandro, E., *Del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad*, Depalma, 1952, p. 88.

[1633] Fallos, 53:420 (1893). Con antelación, el Tribunal Superior de San Juan en la sentencia del 24/10/1861 consagró las cuestiones políticas. En este fallo el Tribunal se inhibió de conocer en la causa promovida con motivo de los sucesos que culminaron con el asesinato del gobernador José A. Virasoro. Ver LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, T. I, p. 608. Por tanto, no puede adjudicarse como "primera cuestión no justiciable" a la emanada en 1867 en "Procurador Fiscal de Santa Fe c. Francisco Hué". Ver SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *El amparo y las cuestiones políticas no justiciables*, en *Derecho Procesal administrativo*, T. 2, p. 1.557.

[1634] Ver, un exhaustivo relevamiento en LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, T. I, p. 610 y ss. Asimismo, ver BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, T. 2, p. 154 y ss; GARCÍA PULLÉS, Fernando, Tratado de derecho administrativo, T. 2, p. 674 y 675; TAWIL, Guido, *El alcance del control judicial: Principales problemas que plantea*, en *Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I, CASSAGNE (Dir.), p. 515 y BAEZA, Carlos R., *Cuestiones políticas*, p. 128 y ss., particularmente, p. 151 y ss.

Así las cosas, a nivel jurisprudencial y dogmático suelen clasificarse tres grandes grupos de cuestiones[1635]no justiciables: a) política exterior[1636]; b) política interior[1637], y c) cuestiones administrativas[1638]. La doctrina y la jurisprudencia las abordan con diferente alcance, según podemos advertir de la síntesis que desarrollamos a partir de los siguientes postulados:

Primero: con sustento en ciertos fallos de la Corte Suprema, la separación de poderes fundamenta la premisa según la cual "a los jueces no les corresponde sustituir al legislador" [1639] ni juzgar sobre determinadas decisiones políticas ("política legislativa"[1640], política económica", entre otras)[1641].

Aún la versión más extrema de la revisibilidad judicial plena, admite que el juez no se inmiscuya en materias políticas, dado que "…el juez debe, para abstenerse de intervenir en política, decidir jurídicamente la cuestión política. Esa es la única forma en que el juez podrá decir que no se ha inmiscuido en la política del Poder Ejecutivo"[1642].

[1635] DIEZ redujo el campo de los actos políticos o de gobierno a: i) las relaciones del Poder Ejecutivo con el Parlamento; ii) los dictados para la seguridad interna; iii) los relativos a las relaciones internacionales; iv) las cuestiones electorales. Ver DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. II, p. 426.

[1636] Seguimos a BIANCHI en lo relativo a la clasificación desarrollada. Desde la óptica de este autor, la política exterior comprende dos aspectos: las relaciones internacionales en general y los poderes de guerra. Ver BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, T. 2, p. 163 a 168. También LINARES QUINTANA, siguiendo a SCHWARTZ ha efectuado una clasificación escindiendo las cuestiones políticas no justiciables relacionadas con los asuntos exteriores e interiores de la Nación. Ver, LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, T. I, p. 591 y 592.

[1637] Dentro de lo que se denomina Política interior., se suele hablar de los "poderes del gobierno nacional". Aquí se encuentran: poderes políticos de emergencia (declaración de estado de sitio y declaración de ley marcial y empleo de las Fuerzas Armadas en el orden interno); juicio político y procesos de enjuiciamiento nacionales; nombramiento de magistrados; la reforma constitucional; el proceso de formación y sanción de leyes; conflictos internos de las cámaras legislativas; veto presidencial; acefalía presidencial; el poder del perdón (indulto y amnistía); gobiernos de facto; previsiones legislativas en el orden presupuestario; régimen federal; intervención federa; conflictos entre poderes de una misma provincia; límites interprovinciales; cuestiones electorales y partidos políticos. Ver la descripción y análisis en BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, T. 2, p. 169 a 236.

[1638] BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, T. 2, p. 159. Recuérdese que para LOCKE el poder federativo se refería a los asuntos exteriores. El poder que regulaba los asuntos "interiores" podía estar precedido de las leyes. En cambio, el poder federativo era, según LOCKE, "mucho menos susceptible" de ser dirigido por leyes positivas previas y en vigencia. Afirmaba textualmente LOCKE: "…*el poder de hacer la guerra y la paz, de establecer ligas y alianzas y todas las transacciones con todas las personas y comunidades fuera del Estado, y se lo puede llamar federativo, si resulta aceptable. Con tal de que se entienda la sustancia de lo que digo, me resulta indiferente el nombre que se le dé*". Ver, LOCKE, J., *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, p. 105.

[1639] Entre otros, ver fallos 321:1888 y BIANCHI, Alberto, Control de constitucionalidad, T. 2, p. 159.

[1640] Para apreciar la tendencia de Corte Suprema de Justicia que consagra la inmunidad judicial del proceso de reforma constitucional y del mecanismo de sanción de leyes, ver BIANCHI Alberto, Los procesos de reforma constitucional y de sanción de las leyes como cuestiones no justiciables, El Derecho, T. 142, 1, Buenos Aires, p. 310 a 316.

[1641] Actualmente, en numerosos fallos la Corte Suprema de Justicia afirma que no incumbe a los tribunales el acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito de sus propias atribuciones. Ver, Fallos 329:4.032; 329:385; 328:2.567 y 328:690 entre muchos otros.

[1642] GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo, T. 2, 9ª ed., p. VIII-38. SESÍN entiende

Segundo: desde una faceta eminentemente constitucional, como regla se conciben cuestiones no justiciables, las que hayan sido resueltas por el Congreso o el Presidente dentro del ámbito de sus facultades privativas[1643] o propias[1644]. Se afirma que no cabe juzgar a los "motivos que han tenido para fijar una determinada política", o para "elegir entre varias opciones, todas igualmente válidas" y respecto de la "oportunidad y conveniencia de todo ello"[1645].

Estos ámbitos han sido calificados como discrecionales[1646], como la "aplicación concreta del poder discrecional"[1647]. Se considera que su apreciación está excluida del control judicial por la imposibilidad de generar un caso[1648].

Tercero: una consecuencia trascendental para este estudio es que la doctrina moderna traza una simetría casi idéntica entre el concepto de discrecionalidad administrativa y la noción de acto político. Ambos son definidos como "una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente (…) para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento (…) seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho"[1649].

---

que el juez no puede revisar la esencia del acto político. Lo que él llama la "elección de una opción entre otras igualmente válidas". Ver SESÍN, Domingo, Control judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos, Tratado de Derecho Procesal Administrativo, T. I, p. 719.

[1643] Es acertada la crítica realizada por BIDART CAMPOS. Privativa quiere decir exclusiva o propia del órgano e, incluso, indelegable. Sin embargo, lo privativo no sirve para conferir inmunidad judicial. Como lúcidamente afirma el autor: "…la privatividad no puede jugar como telón tras el cual se esconda una violación a la constitución". Ver, BIDART CAMPOS, G., El Derecho Constitucional del Poder, T. II, p. 339 y 340.

[1644] En numerosos precedentes la Corte Suprema de Justicia afirma que la revisión judicial encuentra su límite en el ejercicio regular de las funciones privativas de los poderes políticos del Estado. Ello, habida cuenta que la función jurisdiccional no alcanza al modo del ejercicio de tales atribuciones; de otro modo, argumenta la Corte, se estaría invadiendo el ámbito de las "facultades propias" de las restantes autoridades de la Nación. Ver, Fallos: 254:43; 321:1253 entre muchos otros.

[1645] SARMIENTO GARCÍA concluye tajante que conforme la recepción vernácula del principio de división de poderes, el control jurisdiccional de la actividad estatal es de legitimidad, "…jamás de mérito u oportunidad; y la tesis de la justiciabilidad plena de las cuestiones políticas puede llevar a la violación de este principio". Ver SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *El amparo y las cuestiones políticas no justiciables*, en *Derecho Procesal administrativo*, T. 2, p. 1.569.

[1646] LINARES atribuye una "acentuada discrecionalidad en la actividad de Gobierno". Ver LINARES, Juan Francisco, *Derecho administrativo*, p. 189 y 190.

[1647] Los actos "puramente políticos" que sólo se desarrollaban en la órbita política eran denominados discrecionales. Ver LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, T. I, p. 588.

[1648] Ver, BIANCHI Alberto, *Control de constitucionalidad*, T. 2, p. 159 y 160.

[1649] Ver SESÍN, Domingo, *Control judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos*, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I, p. 719 y el mismo autor en: *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica*, p. 443.

Los puntos entrecomillados, denotan dos diferencias entre la definición de la discrecionalidad administrativa y la del acto político. Por un lado, la discrecionalidad administrativa se refiere a quien ejerce la función administrativa y el acto político abarca a "los órganos constitucionales superiores que ejercen la función política"[1650]. Por otro, la discrecionalidad administrativa se relaciona con la completitud creativa del ordenamiento "en su concreción práctica" y, en cambio, ello no se perfecciona en la concepción dogmática del acto político. De allí que se haya sostenido que, en lugar de hablar de control judicial de los actos políticos, debería denominarse "control del ejercicio del accionar político discrecional dentro de la juridicidad"[1651].

Cuarto: Como consecuencia de la concepción expuesta en el punto precedente, desde cierto sector doctrinal se concibe un "…núcleo interno de lo político discrecional" que se encuentra en la llamada "zona constitucional de reserva de la Administración" amparada por la división de poderes[1652]. Desde esta perspectiva, el control judicial de la discrecionalidad de los actos administrativos, sería idéntico al control del ejercicio de la discrecionalidad de los actos políticos o también modernamente llamados constitucionales[1653].

Quinto: Por vía jurisprudencial se consagra "…numerosos casos, que muestran la diversidad de materias que son propias de la apreciación discrecional[1654] de los poderes políticos que quedan exentas del control judicial"[1655]. Se habla de "*cuestión puramente política*"[1656].

[1650] Ibídem. El propio autor reconoce que la estrategia para el control de los actos políticos guarda cierta analogía con el control del ejercicio de la discrecionalidad. "Es intenso con relación a los requisitos de juridicidad y respetuoso del núcleo interno político discrecional". SESIN, *Ob. Cit.*, p. 739.

[1651] SESÍN, Domingo, *Control judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos*, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I, p. 719.

[1652] SESÍN, Domingo, *Control judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos*, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I, p. 719. En consonancia, CASSAGNE, Juan Carlos, *"La judicialización de las cuestiones políticas"*, en: *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I, p. 764 y 765, nota 76.

[1653] CASSAGNE, Juan Carlos, *La judicialización de las cuestiones políticas*, en: *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I, p. 765, nota 76.

[1654] Si bien esto será tratado al desarrollar nuestra postura sobre cómo debe entenderse la discrecionalidad la equivalencia es evidente pues en ambos casos las decisiones del Poder Ejecutivo son discrecionales, aún en mayor medida, en el caso de las denominadas cuestiones políticas.

[1655] Ver, BIANCHI Alberto, *Control de constitucionalidad*, T. 2, p. 160. El derrotero de los fallos de la Corte Suprema, es puesto de relieve en las p. 160 a 163. También BADENI afirma que ciertas decisiones no son justiciables, dado que son emanadas de un órgano político y revisten carácter discrecional, en orden a su contenido, oportunidad y conveniencia. Ver, BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, T. 1, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 211.

[1656] Desde un sector doctrinal, la cuestión puramente política es la que cae "totalmente dentro de la órbita política". Ver, LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, T. I, p. 588.

El acierto económico de un impuesto; su injusticia o inconveniencia; su inequidad; la bondad de un sistema fiscal; la amplitud de la reciprocidad ofrecida en materia de extradición; la protección de la industria nacional; la creación o eliminación de figuras penales; entre otras cuestiones, han sido excluidas del control de los jueces[1657].

Sexto: *prima facie* no se niega el carácter político -cuando menos de alguna faceta o porción- de ciertas decisiones en las que los tribunales carecen de pautas o parámetros jurídicos aplicables para resolver la controversia[1658]. Como afirma CASSAGNE:

> *"El hecho de que en casi todos los países del mundo en que existe el sistema de control de constitucionalidad a cargo de los jueces, éstos suelen abstenerse de revisar, en algunos supuestos, determinados aspectos de los actos de los poderes legislativo y ejecutivo que configuran las denominadas cuestiones políticas (political questions) es una realidad que, con diferentes matices y alcances, se da en la mayor parte de los sistemas comparados en los que rige el Estado de Derecho"[1659].*

Séptimo: las cuestiones de "política administrativa" son aquellas que se refieren al "manejo interno de la Administración"[1660]. Aquí se hace referencia a: la expropiación; al régimen interno de las universidades; al régimen de la función pública; a la calificación de la huelga; al régimen tarifario y a los conflictos interadministrativos. Como regla, la

---

[1657] Ver la descripción en BIANCHI Alberto, *Control de constitucionalidad*, T. 2, p. 162 a 163 y sus citas.

[1658] En otros términos, ver MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la administración*, T. I, p. 512 y JEANNERET de PÉREZ CORTÉS, María, *El control judicial y sus límites*. La acción de los jueces frente a la inacción de la Administración o del Poder Legislativo, en Cuestiones de control de la Administración Pública, RAP, Buenos Aires, 2009, p. 305. Esta autora entiende que respecto a ciertos aspectos que integran el "núcleo político" de determinados actos previstos en preceptos constitucionales expresos, aunque estén reglados, existen límites para la revisión judicial, análogos a los que existen respecto al núcleo discrecional de facultades legislativas o administrativas. Ibídem.

[1659] CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, T. II, p. 149 y el mismo autor: *La judicialización de los cuestiones políticas*, en: *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I, p. 745. En consonancia, BIANCHI sostiene que "…la abstención de los tribunales a resolver casos políticamente comprometidos, cuidando con ello su propia integridad, es un hecho histórico verificable en regímenes políticos tan diferentes como el de los Estados Unidos y Francia. Ello indica que no es tal o cual sistema el que las produce, sino que están en la naturaleza de las relaciones entre la judicatura y los otros poderes". Ver, BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, T. 2, p. 285. También LUQUI destaca "…en mayor o menor medida, siempre existieron y existirán cuestiones, aspectos o materias relativas a la Administración en las cuales la competencia de los jueces". Ver, LUQUI, Roberto Enrique, La revisión judicial de la actividad administrativa, T. 1, p. 265. En el derecho alemán, FORSTHOFF sostenía (al analizar los actos de gobierno) "…nunca fue objeto de discusiones que existe un límite del Derecho de revisión judicial, es decir, que un determinado ámbito del obrar soberano está libre de este control". Ver, FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo*, p. 684.

[1660] Ver BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, T. 2, p. 236 a 248.

Corte se abstiene de intervenir cuando se encuentra frente a una determinada "política administrativa" no justiciable[1661].

Octavo: se configura, con matices, una admisión expresa entre actos del Poder Ejecutivo y actos de la Administración[1662]. Los primeros no estarían sujetos a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos[1663]. Sin embargo, si bien ambos pueden ser sometidos a revisión judicial, en el primer caso, el juez se mueve en ámbitos más estrechos[1664].

Noveno: la actuación e interrelación entre los otros dos poderes (legislativo y ejecutivo) y la posibilidad de que se interrumpa con determinado proceso político en un trámite judicial (antes de que se dicte sentencia[1665]), constituyen supuestos frente a los que el Poder Judicial debería abstenerse[1666].

Las premisas expuestas hasta aquí, sirven de plataforma para analizar, finalmente, cuál es la posición actual de la CSJN en torno a la discrecionalidad de los poderes públicos. Ello será tratado en (Ver Capítulo VII)

[1661] Ver BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, T. 2, p. 237.

[1662] BIELSA hace más de 50 años se ocupó de escindir dos clases de atribuciones del Presidente de la República. Una de substancia política y otra índole administrativa. Ver, BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, T. I, p. 316.

[1663] Ver MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración*, T. I, p. 507 y 509 y LUQUI, Roberto Enrique, *La revisión judicial de la actividad administrativa*, T. 1, p. 274 y 275.

[1664] En España, como ya lo pusimos de relieve, al excluir ciertos actos del régimen de los actos administrativos, el control jurídico se realiza a través del Tribunal Constitucional.

[1665]Según MAIRAL, en estos casos se podría dar una proclividad por cerrar rápidamente el debate invocando la no justiciabilidad del acto. MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración*, T. I, p. 519.

[1666] MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración*, T. I, p. 519.

NOTAS AL CAPÍTULO II, III Y VII

FRANCIA: ESTADO DE DERECHO Y PODERES DISCRECIONALES

"La administración de la antigua monarquía francesa era esencialmente discrecional"

H. BERTHÉLEMY[1667]

§1. Soberanía y división de poderes en la formación histórica del Estado Francés

Desde los albores del constitucionalismo moderno, los franceses han escrito numerosas constituciones [1668] en las que se advierte una tendencia marcada en concentrar el poder en el Ejecutivo[1669]. Esta circunstancia no es un dato menor, si se tiene en cuenta el desarrollo de la separación de poderes a partir del año 1789[1670].

[1667] Ver Prefacio a la obra de OTTO MAYER, Derecho Administrativo alemán, T. I, Parte General, p. IX. La obra de OTTO MAYER traducida al español, se corresponde con la primera edición alemana publicada en 1903. 20 años después OTTO MAYER publicó la tercera edición en 1923 que no ha sido traducida al español.

[1668] Para VILE, la historia de Francia desde 1789 hasta 1958 se podría interpretar como un prolongado corolario de la evolución que se dio en Estados Unidos entre el año 1776 y 1787. Ver: VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 268.

[1669] Ver BIANCHI, Alberto, Breve historia de la formación constitucional francesa, Revista de derecho administrativo, N° 75, p. 112.

[1670] THURY CORNEJO evalúa la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y destaca el "legicentrismo francés". Ver, Juez y División de poderes hoy, p. 140 y ss. En este período en Francia, aparece la concepción totalizadora de la ley y la "descalificación del poder ejecutivo" que se comenzó a postular a partir de 1790. Los constituyentes de la época al discutir sobre la reforma judicial, pretendían

El concepto de soberanía en Francia, fue motivo de diversas interpretaciones. Se la concibió como regla indivisible*per se*, no obstante se escindía en diversos elementos que la constituían y que serían delegados por representación a un órgano distinto. En esta lógica, serían independientes y soberanos en la esfera de "soberanía" que se les atribuyó por representación.

Si bien los poderes[1671] serían los elementos mismos de la soberanía indivisible, de ello se desprendía que cada órgano investido por representación de un elemento de la soberanía, resultaría soberano en su ámbito[1672].

A partir de esta plataforma, la separación de poderes se presentó como un reparto de distintas funciones "sin pensar para nada en dividir la soberanía"[1673]. Así,

---

escapar a un poder autónomo de interpretación de la ley. Aquí es donde se podía advertir la desconfianza hacia del poder judicial. "*...temen que un tribunal llamado a ser el guardián o el protector de las leyes se convierta insidiosamente en su amo. En consecuencia deciden que la cámara de casación sería única y sedentaria ante el cuerpo legislativo, de tal manera que sea la misma ley la que aclarara en cada oportunidad, sin que jamás se forme una jurisprudencia, hablando con propiedad. Esa palabra, jurisprudencia (…) debe ser borrada de nuestra lengua. En un estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley*". Ver ROSANVALLON Pierre, El modelo político francés, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2007, p 79 y ss., la cita textual corresponde a la p. 83. No obstante, desde otro ángulo, en el Discurso preliminar sobre el proyecto del Código Civil, PORTALIS aportaba argumentos que contrastan con las afirmaciones anteriores, así sostenía: "Nos hemos preservado de la peligrosa ambición de querer regularlo y preverlo todo (…) Hágase lo que se haga, las leyes positivas jamás podrán reemplazar por completo el uso de la razón natural en los asuntos de la vida (…) En las mismas materias que fijan particularmente su atención, existe una multitud de detalles que se le escapan (…) las leyes, una vez redactadas, siguen siendo tal y como fueron escritas; los hombres, por el contrario, jamás descansan; siempre actúan; y ese movimiento, que no se detiene, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce alguna combinación nueva, algún hecho nuevo, algún resultado nuevo". ROSANVALLON Pierre, El modelo político francés, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2007, p 84. En la tesis de TRISTÁN BOSCH, MONTESQUIEU, la Constitución inglesa y la Constitución norteamericana constituyeron las fuentes de la constitución francesa. Ver, Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes, p. 179. Más aún, el precitado autor argentino entiende que el principio de separación de los poderes fue "encontrado" por los la mayoría de la asamblea francesa en el acta americana. Ídem, p. 181.

[1671] Los poderes, según DUGUIT, se concebían como los elementos mismos de la voluntad del Estado y en modo alguno son concebidos como órganos. Los órganos, representaban la voluntad soberana en cada parcela que les ha sido asignada. Ver: DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo I Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 350 a 352. El precitado autor, destacaba que la noción de poder aparece en la Constitución de 1791, en particular, en el preámbulo del título III el cual expresaba: "*La nación, la única de la que emanan todos los poderes, no puede ejercerlos más que por delegación, no puede decirse que las funciones emanan de la nación. Lo que emana de la Nación es la soberanía y el texto del artículo 2º no puede tener otro sentido: siendo que la soberanía emana de la Nación, también emanan de ella todos los elementos que la constituyen. A partir de esto, hablando de delegación de poderes, los constituyentes sólo han podido decir esto: el parlamento, el rey y el orden judicial están investidos cada uno de elementos de la soberanía*". Ídem, p. 351.

[1672] En este aspecto CARRE de MALBERG sigue a DUGUIT. Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 760.

[1673] Desde cierto sector, se argumenta que la constitución de Francia tuvo influencia de la Constitución estadounidense de 1787 en relación a la interpretación de la separación de los poderes Ver GARCÍA-MANSILLA, RAMÍREZ CALVO, Las fuentes de la Constitución Nacional, p. 93 y 94 con cita de DUGUIT, León, La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 18 y 20. En similar sentido, MUÑOZ MACHADO argumenta que era "…inequívoca la influencia en los miembros de la Asamblea de la Constitución norteamericana. Ver

para DUGUIT la concepción de la separación de poderes no era en absoluto la separación de MONTESQUIEU[1674], ni la constitución inglesa[1675], ni tampoco la constitución americana.

En síntesis, los franceses básicamente atravesaron por un proceso de rechazo hacia el estado mixto y la doctrina de la Constitución equilibrada, para admitir y consolidar una doctrina más "pura"[1676] que se consagró de forma generalizada[1677]. A partir de su primera constitución formal en 1791, en Francia comenzó a gestarse un lento y progresivo proceso de sujeción de la actividad de la Administración al Derecho que daría nacimiento al derecho administrativo como rama autónoma del derecho público[1678].

MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. I, p. 147.

[1674] En contra CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 773. Para este autor, los primeros constituyentes franceses tomaron las ideas de MONTESQUIEU sobre la organización que debía darse a los poderes. Ibídem.

[1675] Se argumentaba que si la Asamblea nacional de 1789, hubiese tomado su concepto de la separación de poderes de las prácticas en curso en Inglaterra en el siglo XVIII, podría haber observado que en ese país existía efectivamente un cierto reparto o equilibrio de los poderes sin que ello constituyese una separación en el sentido propio de la palabra. Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 772.

[1676] Afirmaba TRISTÁN BOSCH: "puede afirmarse que los componentes de la Asamblea nacional francesa de 1789 entendieron el sistema de separación de los poderes en un sentido absoluto y positivo, basándolo, en consecuencia, en una independencia absoluta de los órganos y en una especialización también absoluta de las funciones. TRISTÁN BOSCH, J., Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes, p. 175.

[1677] VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 198. En nuestro país, CASSAGNE ha sostenido que la concepción francesa de la separación de poderes, interpretó rígidamente el esquema divisorio en relación a la prohibición a los tribunales judiciales de juzgar a la administración, y a la función de juzgar que se consideraba de naturaleza administrativa. Ver CASSAGNE Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 181. Desde la óptica de THURY CORNEJO, durante el período en el que imperó la Constitución de 1791, existía una pronunciada separación de los poderes no obstante no podía considerarse como de "absoluta". THURY CORNEJO, Valentín, La discrecionalidad administrativa como emergente de la aplicación de la teoría de la división de poderes, Doctrina Pública Federal, 1, Ediciones RAP, Noviembre, 2003, p. 155. En similar sentido VILE entiende que la versión extrema de la doctrina de la separación de poderes dio pocas posibilidades de aplicar con éxito un sistema de gobierno de este tipo. VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 211.

[1678] Se sostiene que en este momento opera el nacimiento del Derecho administrativo. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Revolución Francesa y Administración Contemporánea, 4º ed., Madrid, Civitas, 1994, p. 41 y THURY CORNEJO, V., La Discrecionalidad…, p. 165. VOLTAIRE al definir Estado y Gobierno esbozó una historia muy ejemplificadora: un miembro del consejo de Pondichery (bastante sabio) viajó por toda Europa con un Brahma hindú más instruido. En el viaje, al intercambiar puntos de vista sobre los gobiernos que habían visto, entre otros interrogantes, el consejero preguntó:
"-¿En qué estado y bajo que dominación preferirías vivir?-
-(…) En cualquier parte menos en mi país –le respondió el compañero-; y muchos siameses, persas y turcos dicen lo mismo.
-Contestadme categóricamente –le replicó el europeo- ¿Qué Estado preferiríais?-
-El Estado en que no se obedeciera más que a las leyes, contestó el Brahma-.
-Esa contestación es muy ambigua- repuso el consejero.-
-Pero no por eso es mala.-
-¿Pero dónde está ese país?
-Es necesario buscarlo". Ver, VOLTAIRE, Diccionario Filosófico, Tomo II, Editorial Araujo, Buenos Aires,

El régimen constitucional francés, inicialmente pretendió conciliar[1679] tres necesidades[1680]. La primera consistía en distribuir las funciones del Estado entre distintas instancias[1681]. La segunda se orientaría a prevenir los abusos de poder por parte de las ramas del Estado y, por último, se buscaría asegurar la colaboración[1682] sin destruir el sistema de separación prescindiendo de acudir al sistema de frenos y contrapesos.

Con sustento en los argumentos de SIEYÈS, se comenzaba a plantear el problema fundamental que se presentaba en los sistemas constitucionales a finales del siglo XVIII: *"¿Cómo puede controlarse el ejercicio del poder sin destruir la armonía en el sistema de gobierno?"*[1683].

En este escenario, se focalizaron diversos ataques sobre los privilegios, aún cuando se pretendía imitar la Constitución inglesa[1684]. Se orientaba hacia la limitación

---

1964, p. 258 a 260, el diálogo obra en p. 260. La completa sumisión a las leyes fue consagrada por los revolucionarios franceses. Así, según GARCÍA DE ENTERRÍA, estos van a acoger el sistema "lockeano" de control del ejercicio del poder, como derivado del principio básico de su completa sumisión a la Ley. Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, E., Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de una Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?, Civitas, Navarra, 2007, p. 27.

[1679] Para apreciar algunos rasgos de la separación de los poderes en Francia y España, Ver, ABERASTURY, Pedro, La Justicia Administrativa, p. 4 y 5.

[1680] Esto tres necesidades fueron postuladas por SIEYÈS. Ver: CHEVALLIER, Jean-Jacques, en Los Grandes Textos Políticos, Desde Maquiavelo a nuestros días, Aguilar, Madrid, 1979, p. 180 y 181. Inclusive, se afirma que el autor introdujo la teoría americana del poder constituyente a Francia. Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 787.

[1681] Para SIEYÉS, las funciones públicas se podían alinear en cuatro denominaciones: el Ejército, la Justicia, la Iglesia y la Administración. El clero (*a quien consideraba como una profesión encargada de un servicio público*), la toga, la Espada y la Administración son cuatro clases de mandatarios públicos necesarios en todas partes pero se los acusa a todos de "aristocratismo" porque la casta noble usurpó todos esos buenos destinos utilizándolos en su provecho particular. Ver SIEYÈS, Emmanuel Joseph, ¿Qué es el Estado llano?, p. 64, 65, 68 y 69 con especial referencia a la nota al pie Nº 1 en p. 68 y 69. Según FOUCAULT, con SIEYÈS vamos a tener una definición desdoblada de "nación". Por un lado, un estado jurídico (como un conjunto de condiciones necesarias para que la nación exista) en donde no se necesita ni rey ni gobierno para que la nación exista, mientras haya leyes explícitas e instancias que las formulen. Además de este factor, para SIEYÈS es necesario los "trabajos" y las "funciones" (el ejército, la justicia, etc). Sin embargo, para FOUCAULT, la inversión de SIEYÈS viene dada por anteponer las "funciones" y los "trabajos" antes que la nación, cuando menos, en el orden de las condiciones de existencia. Ver, Defender la sociedad, Curso en el Collage de France (1975-1976), p. 200 y 201.

[1682] Al presentar SIEYES su proyecto de Constitución en el año III, sostuvo que la división sola es anarquía y despotismo. En cambio, división y unidad dan garantía social. Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 780, con cita de la sesión del 2 termidor del año III, *Réimpression du Moniteur*, vol. XXV, p. 291.

[1683] VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 220 y 221.

[1684] SIEYÈS, Emmanuel Joseph, ¿Qué es el Estado llano?, p. 130. En toda la obra de SIEYÈS se advierte los ataques que el autor propicia sobre los privilegios de la nobleza y cómo, a su vez, se pretendía imitar la Constitución Inglesa país que, a juicio del autor francés, carecía de nobles privilegiados. Ver p. 130 a 134. Textualmente afirmaba el autor: "Que nadie se asombre, pues, de ver una nación que, apenas abiertos los ojos a la luz, los vuelve hacia la Constitución de Inglaterra y quiere tomarla por modelo de todo". Luego se preguntaba si la constitución británica era buena en si misma y si sería conveniente para Francia, respuesta que respondería de la siguiente forma: "No niego que la Constitución inglesa sea una obra

de la función del mandatario (el rey o el protector) a la ejecución de las leyes[1685]. Se elevaba al poder judicial al mismo nivel que el cuerpo legislativo y el ejecutivo, no obstante las Asambleas en la Constitución de 1791, estarían por encima de los otros dos poderes[1686].

Se consagró también, aún antes de la Constitución de 1791, una de las características más importantes del derecho francés: la distinción entre jurisdicción y administración[1687] así como la consolidación progresiva de la distinción entre gobierno y administración[1688].

---

asombrosa (…) Sería una gran equivocación el decidirse a favor de la Constitución británica (…) hay seguramente un error en atribuir solamente a la Constitución todo lo que hay de bueno en Inglaterra. Existen, evidentemente, algunas leyes que valen más que la Constitución misma. Ver, p. 134 a 137. En nuestro país, en el siglo XIX, también se puso de relieve la influencia de la Constitución inglesa, la cual, en palabras de ESTRADA: "…*ha sido el modelo de todos los gobiernos liberales (…) pero hay algo más que la hace fuerte y por lo mismo útil, y es la armonía de los poderes divididos…".* Ver, ESTRADA Juan Manuel, La Política Liberal, Segunda edición, Ediciones Estrada, Buenos Aires, p. 201.

[1685] Como veremos, tales cometidos no tendrían éxito ni en el plano formal y ni en el ámbito fáctico.

[1686] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 783.

[1687] Aquí la Asamblea constituyente justificó la postura en la teoría de la separación de poderes y, no obstante, la misma estaba enraizada en las prácticas del *ancien régime* VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 211. Para TRISTÁN BOSH, dos razones coadyuvan para que opere esta radical separación. Primero, el abuso de los antiguos parlamentos. Segundo, el peligro de usurpaciones de los tribunales sobre el poder ejecutivo y, sobre todo, respecto los cuerpos administrativos. Por ello la ley del 18 de agosto de 1790, en su artículo 13º textualmente dispone: "Las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas; los jueces no podrán, bajo pena de destitución, molestar de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones". Ver, Ensayo de interpretación de la separación de los poderes, p. 207 y 208. Para ampliar las consecuencias de la separación de jurisdicción y administración, ver BOSCH, J., ¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?, ZAVALIA, Buenos Aires, 1951, p. 38 y ss. También puede verse un análisis del temor a las Cortes en Francia, en TAWIL, Guido Santiago, Administración y Justicia, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 54 a 58. El precitado autor, concluye que el fundamento para no adoptar un sistema judicialista para controlar a la administración, respondía, por un lado, al temor de los parlamentos judiciales durante la época monárquica en manos de la nobleza; por otro, a una opción más práctica que jurídica encubierta en justificativos de esta última naturaleza "profundamente equivocados". Ver p. 57 y 58 con citas de LAUBADERE, Manual de derecho administrativo, p. 36; WEIL, Prosper, Derecho administrativo, Civitas, Madrid, 1986, p. 40 y GASCÓN y MARIN, Tratado de Derecho administrativo, T. I, Principios y legislación española, 3ª ed. Revisada, Imprenta clásica española, Madrid, 1928, p. 535. En el derecho español, entre muchos otros, puede apreciarse la distinción entre administración y jurisdicción en MATEO Ramón Martín, La sustantividad del derecho administrativo, Revista de administración pública española, n° 53, Mayo-Agosto 1967, p. 48 a 53.

[1688] Ver, BOQUERA OLIVER, Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa, p. 66 y ss.. Aquí el autor español realiza un *racconto* histórico de la diferenciación entre gobierno y administración en las primeras constituciones francesas. Contrariamente, en la tesis de TRISTÁN BOSCH, la tradición francesa distinguía dos clases de leyes, las civiles y las políticas. Mientras las primeras rigen la relación entre los particulares, las segundas regulan las relaciones entre los particulares y la administración. De ahí que la función administrativa se refiere a las leyes políticas. Ver, BOSCH, J., ¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?, ZAVALIA, Buenos Aires, 1951, p. 39. En FORSTHOFF, se puede apreciar con nitidez la distinción entre administración y gobierno. La primera en Alemania se concebía bajo la vinculación estricta con la norma jurídica en donde la administración intervenía en los derechos del individuo (su libertad y propiedad). Cuando se trata de otras materias, tales como las empresas de transporte, empresas de suministro y abastecimiento; al crearlas, la Administración no sigue estrictamente un imperativo procedente de una norma jurídica y de ahí que la administración se

Se iniciaba entonces la paradoja de la versión rígida de la separación de los poderes: bajo la premisa de una sumisión total a la ley, comenzaba a admitirse la actuación de la administración al "margen" de la ley por conducto de la "discrecionalidad administrativa" [1689]. La consolidación de la separación de las autoridades judiciales de las administrativas, presupondría una prohibición: que la autoridad judicial intentase transformarse en un poder político rival del rey[1690].

a) La separación de poderes en la Constitución de 1791

La constitución francesa de 1791[1691] fue un punto de referencia de todas las Constituciones que descansan sobre un principio democrático. En la tesis de JELLINEK, se verían influenciadas "…las Cortes españolas de 1812 (…) la portuguesa de 1822 y la noruega (…) y la misma Constitución belga de 1831"[1692].

Desde cierto enfoque, se postula que la Constitución de 1791 estableció una monarquía hereditaria, bajo el régimen unitario, con un Poder Legislativo unicameral y con un Poder Judicial con jueces electos por el pueblo que no podían suspender la ejecución de las leyes[1693]. En efecto, bajo el título III, capítulo V, art. 3, se prohibía a los tribunales inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo y suspender la ejecución de las leyes.

---

sirve de su propio arbitrio el cual debe utilizar dentro del marco del derecho libremente. Ver, FORSTHOFF, Ernst, Tratado de derecho administrativo, p. 28 y ss.

[1689] BAUZÁ MARTORELL es claro al respecto: "Resulta curioso que, casi inmediatamente a la formulación de una separación nítida de los poderes y del sometimiento del Ejecutivo al poder depositario de la soberanía nacional/popular, esta doctrina se corrija con el reconocimiento de una discrecionalidad administrativa; la voluntad legislativa". Ver BAUZÁ MARTORELL, Felio J., La Desadministración pública, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 24.

[1690] BENOIT Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 367.

[1691] En nuestro país, la doctrina señala que la Constitución francesa de 1791 se inclinó a favor del legislativo en cuatro aspectos fundamentales: i) la participación del ejecutivo en el procedimiento de sanción de leyes por parte del legislativo; ii) el unicameralismo o bicameralismo del Poder Legislativo; iii) la posición constitucional de los ministros del Poder Ejecutivo y iv) el derecho de disolver el Parlamento. "En todos los casos, la Asamblea Nacional decide a favor del Poder Legislativo, es decir, a favor de sí misma". GARCÍA-MANSILLA, RAMÍREZ CALVO, Las fuentes de la Constitución Nacional, p. 101.

[1692] JELLINEK Georg, Teoría General del Estado, I.B.de F., Montevideo-Buenos Aires, reimpresión, 2005, p. 647.

[1693] GARCÍA-MANSILLA, RAMÍREZ CALVO, Las fuentes de la Constitución Nacional, p. 104. A posteriori, los precitados autores diferenciarán los postulados de dicha Constitución con el modelo constitucional argentino. Ver, p. 105 y 106.

Según DUGUIT y CARRE de MALBERG, la norma fundamental postulaba un aislamiento e independencia. Un órgano no podía ejercer ninguna acción sobre los otros[1694]. Esta separación rígida, que también advertía HAURIOU[1695] con ciertos matices[1696], respondió a una realidad histórica: situar un sistema opuesto a la antigua monarquía que había concentrado en sí todos los poderes[1697].

Aún cuando estos autores criticaban esta concepción; para ellos, era imposible impedir una acción entre los órganos cuando en realidad debía existir una colaboración continua[1698].

Ahora bien, la Constitución de 1791 estableció que legitimación del rey provendría exclusivamente de la ley[1699] y que sólo se podía exigir obediencia en nombre de ella (artículo 3º, Sección I, Capítulo II, Título 3)[1700]. También el rey podría vetar las leyes, no obstante, una vez sancionadas, debía limitarse a su mera ejecución. Se

---

[1694] CARRE de MALBERG, se pronunciaba de modo tajante al sostener que la mayoría de la Constituyente se inspiró en el concepto separatista de MONTESQUIEU y en el ejemplo nortemaericano. Ver, Teoría General del Estado, p. 773.

[1695] HAURIOU sostuvo que "…las primeras Constituciones escritas de finales del siglo XVIII, tales como la Constitución americana de 1787 o la francesa del 3 de septiembre de 1791, establecen una separación rígida entre los poderes políticos y, en particular, entre el Ejecutivo y el Legislativo". Ver, HAURIOU, André, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Ediciones Ariel, traducción de la cuarta edición francesa por José Antonio González CASANOVA, España, 1971, p. 239.

[1696] Para TRISTÁN BOSCH, J., la Constitución de 1791 presentaba muchas fisuras o contradicciones con el esquema rígido de separación de poderes. Ver, Ensayo de interpretación de la separación de los poderes, p. 186 a 188.

[1697] Por ello los fundadores del Nuevo derecho público francés fueron impulsados a llevar hasta sus últimas consecuencias más extremas el principio de separación de los poderes. Se hablaba de "límites sagrados" entre ellos. Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 773 y 774.

[1698] DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo I Premier, p. 353 y CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 779 y 780. Hacia mediados del siglo XX, la regla de la separación absoluta de las autoridades administrativas y judiciales, perdería su valor inicial y se mantendría con un carácter relativo. Ver, TRISTÁN BOSCH, ¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?, p. 178 y las citas en la nota 244.

[1699] BARTHÉLEMY argumentaba que la soberanía nacional sustituyó la soberanía personal de los reyes. "Lo esencial, lo que importa en el más alto grado, es la *soberanía de la ley*". Ver Prefacio a la obra de OTTO MAYER, Derecho Administrativo alemán, T. I, Parte General, p. x. En el derecho español, se sostiene que la ley predeterminaba el contenido de todos los actos de los administradores. Si tales actos "…no se acomodan a ella deberán, necesariamente, ser eliminados, esto es, técnicamente anulados. El principio de legalidad alcanza así la plenitud de su eficacia práctica, imponiendo la nulidad de todos los actos dictados en contra de la Ley y definiendo, correlativamente, una facultad de control sobre los actos ilegales…". Ver GARCÍA de ENTERRÍA, E., Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de una Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?, Civitas, Navarra, 2007, p. 29 y 30.

[1700] En el preámbulo del mismo título y artículo, se reconocía al rey "…como jefe de gobierno, el carácter de representante nacional, teniendo por esa cualidad la facultad indudable de querer, de una manera libre e inicial, por cuenta de la nación CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, Fondo de Cultura Económica, 1948, México, p. 481 y 482. Por ello que, el autor francés destacaba que los oradores de la Constituyente, especificaban que dependía esencialmente del rey, la facultad de representar a la nación y la negociación y conclusión de los tratados con Estados extranjeros. Ídem, p. 482.

separaba la administración de la acción de gobierno en la que queda englobada[1701]. Comienza así a esbozarse la distinción funcional y orgánica en donde la función principal del Poder Ejecutivo es la ejecución de las leyes y, la Administración, se transformaba en el medio que tendría a su servicio[1702].

b) La consolidación normativa de la separación entre autoridades judiciales y administrativas. Las prerrogativas como fundamento de una jurisdicción contencioso administrativa ajena al poder judicial.

La relación entre la doctrina de la separación de poderes y la escisión entre autoridades judiciales y administrativas resultaba controvertida. Desde un sector de la doctrina española, se postulaba que la separación de poderes de MONTESQUIEU y su concreción en Francia en 1790, estaría íntimamente ligada a la tradicional separación de autoridades judiciales y administrativas del Antiguo Régimen[1703]. Sin embargo, CARRE de MALBERG argumentaba que la exclusión del conocimiento de lo contencioso-

[1701]La Constitución de 1791 incorporó a la Administración dentro del "Poder Ejecutivo" quien sería el jefe supremo de la Administración general del reino y jefe supremo del ejército de tierra y de la armada naval, así como de la seguridad exterior (artículo 1º, Capítulo IV, Título 3).Ver asimismo: JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 370.

[1702]Los administradores (elegidos por el pueblo) estarían separados funcionalmente bajo la vigilancia de la autoridad del Rey para ejercer las funciones administrativas. Ver: THURY CORNEJO, V., La Discrecionalidad…, p. 161.

[1703] Ver, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, Poder y Derecho, p. 248, nota 26, con cita de LOSEYAU y VILLAR PALASÍ J. L. y VILLAR EZCURRA J. L., Principios de derecho administrativo, T. I, p. 12. Para estos autores españoles, la formulación más clara de la división de poderes se cristalizaría en la ley francesa 6 del 24 de agosto de 1790. Ibídem. Si atendemos los argumentos de la doctrina francesa expuestos en este capítulo, entendemos que no puede arribarse a tal conclusión. BENOIT, al respecto, entendía que: "Los dos principios, de la separación de autoridades y de la separación de poderes, son, pues, lógicamente independientes y distintos; pero están históricamente relacionados, y han producido efectos simultáneos en el plano general de la ordenación del poder político en Francia". Ver, BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 369. Además, este autor destacaba que el principio de la separación de autoridades existía, esencialmente, "…desde el punto de vista histórico, el mantenimiento del cuerpo judicial en su rango de autoridad subordinada". Ver, BENOIT Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 367. A criterio del autor francés, el problema de las relaciones entre la separación de autoridades y la separación de poderes no se planteaba aparentemente, "…en razón de la unidad del poder político concentrado en las manos del rey. Existe únicamente, una separación de autoridades subordinadas, la autoridad administrativa y la autoridad judicial". Ver BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 366. En contra, aunque no resulta clara su postura, JEZÉ argumenta textualmente que "Se tiene a bien declarar que dicha regla es la consecuencia del principio sacrosanto de la separación de los poderes. Sería, preciso, primero, saber lo que cabalmente significa este principio". Ver, JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 282.

administrativo a los tribunales judiciales, se hallaba en el antiguo régimen francés: "…fuera de toda idea de separación de poderes al modo de MONTESQUIEU"[1704].

Ahora bien, como el propio BENOIT lo reconoció, el principio de la separación de autoridades fue mucho más lejos contra el cuerpo judicial que lo hubiera podido hacer el principio de la separación de poderes. No sólo pretendió separar el cuerpo judicial de los poderes políticos, sino que debía impedir que aquél se transformase en poder[1705]. Por ello quizás se postulaba que el principio de separación de poderes representaba que los tribunales debían abstenerse de "molestar" al Parlamento y al Gobierno[1706].

Para JEZÉ la separación de las autoridades administrativas y judiciales constituía una regla de neto corte político[1707] en razón de la "…desconfianza que inspiraba a los hombres de la Revolución el espíritu reaccionario de los cuerpos judiciales…"[1708]

Ahora bien, la separación entre autoridades administrativas y judiciales se hallaba presente en Francia desde el siglo XVII (1641)[1709], casi un siglo y medio antes de la "gran" Ley de 22 de diciembre de 1789[1710] que determinó que las administraciones de

---

[1704] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 840, nota 3. BENOIT también entendía que la exclusión de lo contencioso administrativo a los tribunales judiciales respondía, en el plano de los principios, "…al mantenimiento puro y simple de las soluciones del Antiguo Régimen". Ver, BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 349. Sin embargo, este último autor entiende que la concepción de la función del juez judicial era la que enunciaba MONTESQUIEU y no los litigios que concernían al Estado o a la Administración. Ibídem.

[1705] BENOIT Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 367. En similar sentido, JELLINEK afirmaba tajante que la separación entre administración y justicia en Francia, de ningún modo se proponía tan sólo asegurar la independencia judicial, "…sino que estaba hecha también en interés de la administración respecto de toda fiscalización jurisdiccional". Ver, JELLINEK, Georg, Teoría general del Estado, p. 943, nota 1.

[1706] JEZÉ, Gastón, Principios generales del derecho administrativo, T. I, p. 280 y 281.

[1707] Lo político venía dado, según el autor, por la "…independencia recíproca de las autoridades administrativa y judicial. Se considera que surgiría un peligro político si no existiese esta independencia". Ver, JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 281.

[1708] JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 281.

[1709] El Edicto de San Germán de febrero de 1641 disponía textualmente "Declaramos que nuestro dicho Tribunal de París y todos nuestros demás tribunales no han sido establecidos sino para hacer justicia a nuestros súbitos; les hacemos muy expresas inhibiciones y prohibiciones…de conocer, en lo sucesivo, de algunos negocios…que pueden atañer al Estado, administración y gobierno de éste que reservamos a nuestra sola persona…, salvo que les demos poder y mandato especial por nuestras patentes…". Ver BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 345 y 346 y CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 840, nota 3. Asimismo, la resolución del Consejo de 8 de julio de 1661, a través de la cual el rey Luis XIV hace a los Parlamentos "muy expresas inhibiciones y prohibiciones, de conocer de los asuntos y procesos cuyo juicio hubiera retenido y reservado su Majestad para sí, y para su Consejo, bajo pena de incurrir en su indignación". Ver, BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 346.

[1710] Esta ley versaba sobre la organización administrativa relativa a la constitución de las asambleas primarias y de las asambleas administrativas, sección III, art. 7. Ver, BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 347, nota n° 8.

departamento y de distrito "…no podrán ser perturbadas en el ejercicio de sus funciones administrativas por acto alguno del poder judicial".

Sin embargo, la instrucción legislativa del 8 de enero de 1790 (sobre la formación de las Asambleas representativas y de los cuerpos administrativos [1711]) proclamó la independencia entre autoridades judiciales y administrativas en términos muy enérgicos. Textualmente disponía "*La Constitución no sería menos violada, si el poder judicial pudiese entremeterse en las cosas de la Administración, y perturbar, de cualquier manera que fuese, a los cuerpos administrativos en el ejercicio de sus funciones*"[1712].

A posteriori, a través de las leyes 16 del 24 de agosto de 1790[1713]/[1714] (que regulaba la organización judicial en el título II, arts. 10[1715], 12 y 13[1716]), 27 de noviembre de 1790[1717] y, por conducto de la ley 6/1790 de 11 de septiembre[1718] (que regulaba el contencioso en materia de contribuciones y administración[1719]), Francia consolidó la

[1711]& VI, 12° párrafo, según cita de JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 282 nota 9.

[1712] Ver, JEZÉ, Gastón, Principios general del derecho administrativo, T. I, p. 282 nota 9.

[1713] BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 347. En su parte pertinente, la ley 16 del 24 de agosto disponía que: "*Les fonctions juiciaires sont distinctes et demeurent toujours separées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, á peine de forfaiture, troubler de quelque maniére que ce soit, les opération des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions*". Cierto sector de la doctrina española, al referenciar a LAFERRIÉRE, destaca que el artículo 13, Título II, de la "ley" 16-24 de agosto de 1790 constituye uno de los textos fundamentales del Derecho público. Ver, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, Poder y Derecho, p. 247.

[1714] Ver TAWIL, Guido S., Administración y Justicia, T. I, p. 52, nota 1 y 2 y p. 54 a 58. BIANCHI, por su parte, destaca que el contencioso-administrativo francés nace como fruto de la desconfianza napoleónica hacia el Poder judicial e, inclusive, actualmente la Administración se controla a sí misma por medio de un sistema "cuasi endogámico" que finaliza en el Consejo de Estado. Ver, BIANCHI, Alberto, Declinación y caída del control judicial de la administración pública, p. 10 y 11, nota 9, con cita de ODENT, Raymond: Contentieux administratif, Dalloz, Paris, 2007, T. I, esp., p. 61 y ss.

[1715] Disponía que "los tribunales no podrán tomar directa o indirectamente parte alguna en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir ni suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo, sancionados por el Rey, bajo pena de prevaricación". Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. I, p. 156.

[1716] Disponía que: "las funciones judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones". Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. I, p. 265 y MAIRAL Héctor, Control judicial de la administración pública, T. I, p. 57.

[1717] El artículo 12 de esta ley establecía que los tribunales: "no podrán en ningún caso hacer reglamentos, pero se dirigirán al cuerpo legislativo todas las veces que pudiese ser necesario bien interpretar la ley, bien hacer una nueva". Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. I, p. 155.

[1718] BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 348.

[1719] Expresamente el texto otorgó competencia a las autoridades administrativas para resolver sobre todo lo contencioso administrativo existente en la época: impuestos directos, contratos de obras, indemnizaciones por terrenos ocupados o excavados, entre otros. Ver, BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 348.

separación entre autoridades judiciales y administrativas. Se gestó la auténtica jurisdicción contencioso-administrativa ajena al poder judicial[1720].

El proyecto inicial que precedió al dictado de la ley 6 de 24 de agosto de 1790, se presentó tres veces en las sesiones del 22 de diciembre de 1789, 27 de mayo de 1790 y 5 de julio de 1790[1721]. En él se proponía atribuir el contencioso a un tribunal especial bajo el nombre de "tribunal de administración". Este tribunal, se concebía y organizaba como una autoridad judicial[1722].

El proyecto fracasó y la ley de 6 de 24 de agosto de 1790 atribuyó, en definitiva, lo contencioso-administrativo (siguiendo al diputado PEZOUS) a los cuerpos encargados de la administración activa. Si bien este cambio podía ser concebido como una preocupación por asegurar la separación entre administración y justicia, en realidad, CARRE de MALBERG lo fundamentaba en la necesidad de no multiplicar los tribunales de excepción para simplificar la justicia. Pretendía evitar que los litigantes se adentrasen en "investigaciones de competencia"[1723].

Posteriormente, las leyes 6-7 de septiembre de 1790[1724] y 7/1790 de 14 de octubre[1725] coadyuvaron a resolver las dificultades que habían surgido en relación a la determinación del órgano que tenía competencia para apreciar la legalidad de las

[1720] La desconfianza hacia el poder judicial, se advierte con claridad en el Informe *Bergasse* que se presentó a la Asamblea el 17 de agosto de 1789. En él, se plasmaron las manifestaciones contra la interpretación judicial de las leyes "…el poder judicial estará, por tanto, mal organizado si el juez goza del privilegio peligroso de interpretar la ley o de añadir algo a sus disposiciones". Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. I, p. 155.

[1721] Este último informe retomó la fórmula del Tribunal de Administración. Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. I, p. 157. En nuestro derecho, TRISTÁN BOSCH referenció los tres proyectos en "El origen de la jurisdicción contenciosoadministrativa en Francia y la doctrina de la separación de poderes", Revista de Estudios políticos, Año 1, N° 1, Julio, Buenos Aires, 1945, p. 93 y ss. Cabe destacar que para este autor, el proyectó del 5 de julio de 1790 fue el segundo y, en cambio, el 9 de agosto se hizo circular la memoria del diputado PEZONS que se agregó al acta de la sesión del 9 de agosto de 1790. Ídem, p. 97.

[1722] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 840 y 841, nota 3.

[1723] Con cita de la memoria de PEZOUS (Archives parlementaires, 1ª erie, vol XVII, p. 675), CARRE de MALBERG arribaba a esta conclusión. Además, destacaba que la búsqueda de no multiplicar los tribunales de excepción, trajeron a la votación de la ley 6-7 de septiembre de 1790. Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 841, nota 3. Para apreciar la discusión que ameritaba esta afirmación, ver la nota n° 3 en p. 841 a 844. En España se afirma que "…la ley 6 de septiembre de 1790 no creó ninguna *Administrative Courts* sino que atribuyó a las autoridades administrativas asuntos contencioso-administrativos usuales". Ver, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, Poder y Derecho, p. 41.

[1724] Ver, TRISTÁN BOSCH, J., "El origen de la jurisdicción contenciosoadministrativa en Francia y la doctrina de la separación de poderes", p. 98.

[1725] Textualmente expresaba que "…las reclamaciones de incompetencia con respecto a los cuerpos administrativos no son, en ningún caso, de la jurisdicción de los tribunales; serán presentadas al rey, jefe de la administración general". Ver, BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 348 y 349.

decisiones administrativas[1726]. Por último, la ley de 16 *fructidor* del Año III prohibiría a los tribunales conocer los actos de administración y anulaba todos los procedimientos y fallos que se habían dictado en tal sentido[1727].

Desde cierto sector, se preguntaban si el principio de separación de poderes estrictamente aplicado, no exigía el conocimiento de lo contencioso-administrativo a las autoridades judiciales[1728]. A nuestro criterio, sobre esta plataforma encontramos un punto de convergencia entre lo "discrecional" (entendido en términos históricos) y la jurisdicción contencioso-administrativa ajena al poder judicial: *la prerrogativa*. La prerrogativa era concebida, entre otras facetas, como la expresión de una parte de la soberanía del Estado atribuida al poder gubernamental.

Se argumentaba que el poder se manifestaba en presencia de la acción administrativa por la existencia de las prerrogativas. El derecho administrativo "…se une, por ella [la prerrogativa], al resto del Derecho Público, y en particular, al Derecho Constitucional"[1729].

La jurisdicción administrativa aparecía ligada a la noción de prerrogativa: al "privilegio de competencia" que gozaba la autoridad administrativa para los litigios suscitados por sus actos. Se consagraba su inmunidad en relación a la jurisdicción civil. La exclusión de la intervención judicial entonces, tenía como causa un "cierto concepto de las prerrogativas de la potestad pública concepto que motivó la creación de la jurisdicción administrativa como jurisdicción de excepción"[1730]. La autoridad judicial quedaba "rebajada ante la administración", convirtiéndose la administración -a través de régimen administrativo centralizado- en un poder más fuerte que la autoridad judicial[1731].

La institución de la justicia administrativa respondió, en esencia, a razones históricas y al privilegio de exención de jurisdicción del que gozaba la potestad

[1726] BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 348.
[1727] BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 349. Desde la óptica de MAIRAL, esta ley establecía que los jueces no podrían usurpar funciones administrativas ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones. Ver MAIRAL Héctor, Control judicial de la administración pública, T. I, p. 57.
[1728] Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 840, nota 3.
[1729] WEIL, Prosper, Derecho Administrativo, p. 84.
[1730] Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 843, nota 3, con cita de HAURIOU.
[1731] Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 843, nota 3.

administrativa[1732]. En definitiva, el correlato entre la doctrina de la separación de poderes y la separación de autoridades[1733], determinó que la primera se sitúe en el plano de la organización de los poderes políticos mientras que la segunda se refería a la ordenación de la competencia de las autoridades subordinadas[1734].

Casi un siglo después, el Tribunal de Conflictos se ocupaba de relacionar el principio de la separación de los poderes con los textos que escindían las autoridades judiciales de las administrativas. Así, en "*Pelletier*" se estableció textualmente que: "…*Considerando que el conjunto de esos textos establecía dos prohibiciones distintas que, aunque se deriven tanto la primera como la segunda[1735] del principio de la separación de los poderes, y cuyo objetivo era el de asegurar su exacta aplicación…"[1736]*.

§2. El desarrollo de las potestades discrecionales en las primeras constituciones francesas

La norma fundamental del Año III [1737] distinguió el Gobierno de la administración dentro de un esquema de división de poderes[1738]. En este esquema, se

[1732] En la tesis de CARRE DE MALBERG, esta conclusión no significaba que la institución sea condenable o injustificada: "…quiere decir, en definitiva, que su justificación esencial debe buscarse en la necesidad positiva de hacer que la potestad administrativa sea suficientemente fuerte, antes que en las deducciones, siempre tan confusas y a veces incluso contradictorias, de la teoría de MONTESQUIEU sobre la separación de poderes. Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 843 y 844, nota 3. En similar sentido, para RIVERO, la dualidad de jurisdicciones judiciales y administrativos surgió de la historia nacional mucho más que del principio de separación de poderes. Ver, RIVERO, Jean, Hacia una derecho común europeo: nuevas perspectivas en derecho administrativo, p. 202. En nuestra doctrina, MAIRAL ha puesto de relieve las diferentes posiciones respecto del origen y fundamento de la separación tajante entre la Administración y la Justicia en Francia. Ver MAIRAL Héctor, Control judicial de la administración pública, T. I, p. 58 y 59.

[1733] El principio de separación de autoridades, a su vez, incluyó una regla política sobre la separación de los poderes: *la prohibición de que el poder judicial ejerza poder político.* Ver: BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 369. WEIL entendía que el temor al juez era tal que, ni el propio juez administrativo tenía el derecho de dar órdenes formales a la administración. Ver, WEIL, Prosper, Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, reimpresión, 1989, p. 40.

[1734] BENOIT, Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 368 y 369.

[1735] Se refiere aquí a la ley del 16-24 de agosto de 1790, título 2, artículo 13 y al decreto del 16 fructidor, año 3.

[1736] TC 8 de febrero de 1873, Rec. 1er. Suplemento 61. Conclusiones David. Ver síntesis del fallo y observaciones en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, Librería Ediciones del Profesional LTDA., Colombia, 2009, p. 4 a 9. La cita corresponde a la p. 5.

[1737] Fue aprobada oficialmente el 22 de agosto de 1795 (5 de Fructidor del Año III).

[1738]THURY CORNEJO, V., La Discrecionalidad…, p. 163 y ss.

retomó la idea de la doctrina pura de la separación de poderes[1739] y se reforzó las potestades ejecutivas[1740].

En concreto, a través de los artículos 148 y 144 se otorgaría al Ejecutivo[1741] la facultad de nombrar a los ministros y el reconocimiento del poder reglamentario aunque subordinado a la ley[1742]. En el Directorio residía el gobierno, el pensamiento y la deliberación. Una vez finalizado el proceso, debía comenzar la acción que sería desarrollada por los niveles de la escala administrativa.

El poder reglamentario alcanzaría su consagración absoluta durante la Constitución Napoleónica del Año VIII[1743] (1799). NAPOLEÓN sin dudas marcó un punto de ruptura en la evolución constitucional francesa. Con él, se retornó a una especie de absolutismo en donde se consagró la función pública y se asentaron los principios de jerarquía, disciplina y uniformidad. Es decir, comenzaba a consolidarse el "modelo burocrático[1744].

A partir de aquí se produjo una suerte de vuelta hacia un sistema semejante al del "Antiguo Régimen"[1745], en donde operaría una distinción entre los órganos fundamentales del Estado que serían referenciados como "poder legislativo", "del Gobierno" y "de los jueces"[1746]. En palabras de BENOIT, comenzaba a producirse a

[1739] Ver BIANCHI, Alberto, Breve historia de la formación constitucional francesa, Revista de derecho administrativo, N° 75, p. 84.

[1740] VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 220; THURY CORNEJO, V., La Discrecionalidad…, p. 157 y BOQUERA OLIVER, Los orígenes…, p. 68.

[1741] Según el artículo 132 el poder ejecutivo se hallaba en manos de un órgano colegiado denominado "Directorio" que estaba compuesto por 5 miembros elegidos por el cuerpo legislativo.

[1742] Con antelación la Constitución de 1791 en su artículo 6º, Capítulo IV, Título III, otorgaba al Poder Ejecutivo a cargo del Rey la facultad de hacer proclamaciones conformes a las leyes para "ordenar y recordar su ejecución". Sin embargo, es preciso aclarar que el poder reglamentario autónomo no se reconocería a los ministros hasta 1936. La doctrina entendía que ni en la Constitución de 1875 o en la de 1946 ni en la de 1958, se confirió poder reglamentario autónomo a los ministros. Sólo a través de una ley expresa podían ejercerlo. A través del fallo "*Jamar*t" se reconoció el poder reglamentario autónomo para garantizar el funcionamiento normal de los servicios públicos. Ver CE, 7 de febrero de 1936, JAMART, Rec. 172, síntesis y observaciones en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 202 a 204.

[1743] La constitución comenzó a regir a partir del 13 de diciembre de 1799.

[1744] La doctrina francesa, sostiene que el "modelo burocrático" se funda en el triple principio de homogeneidad, jerarquía y unidad. Los funcionarios, en este escenario, deben ser sometidos a una estricta disciplina. Ver, CHEVALLIER, Jacques-LOSCHAK, Daniele, La Ciencia Administrativa, INAP-EFE, México, 1983, p. 77.

[1745] BENOIT Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 351.

[1746]BOQUERA OLIVER, Los orígenes…, p. 71.

comienzos del siglo XIX, una situación que la que los particulares frente a la Administración "…*más parecen súbditos que ciudadanos*"[1747].

En este contexto, se plantearon cuatro poderes dentro del Estado: el ejecutivo (en manos de los ministros), el legislativo (asambleas representativas), el judicial (los tribunales) y el rey que detentaba el poder real (*pouvoir royal*)[1748]/[1749]. Esta concepción, dentro de una monarquía constitucional, vendría a mantener la armonía entre las ramas del Estado. Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial debían cooperar y si eventualmente confrontaban, entonces el rey intervendría para restaurar el equilibrio mediante sus "*poderes discrecionales" o prerrogativas*[1750].

Surgían así los poderes de veto, disolución, destitución de ministro e indulto que se presentaban como poderes discrecionales que tendrían el papel de equilibrar los choques que se pudiesen producir entre el poder ejecutivo, legislativo y judicial.

En definitiva, en la tesis CONSTANT, el poder real estaba en el centro pero por encima de los otros poderes con el propósito de mantener el equilibrio[1751] y no estorbarlo[1752].

Ahora bien, a partir del afianzamiento del Consejo de Estado[1753], se produjo la distinción entre funciones ejecutivas y consultivas. Aquí comenzaron a surgir "nuevas"

[1747] BENOIT Francis Paul, El derecho administrativo francés, p. 14. Destacaba este autor que esta situación no resultaba realmente grave. En efecto, y según sus propias palabras "…al salir de la Revolución, el pueblo aspiraba al orden; la Administración era eficaz y trataba de dar satisfacción; en fin, las relaciones de la Administración con los particulares eran poco frecuentes, siendo entonces mucho menos numerosas las misiones administrativas que hoy día. En todo caso, apenas puede decirse que en aquella época existiera un Derecho administrativo para las relaciones de los particulares y de la Administración". Ibídem.

[1748]GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO refieren a cinco poderes e indican (además del ejecutivo, el real y el judicial) al poder representativo de la opinión y al poder representativo de la continuidad. Ver, Las fuentes de la Constitución Nacional, p. 75, con cita de CONSTANT, Benjamín, Escritos políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 22.

[1749]Como exponente teórico significativo de la época, encontramos a Benjamín CONSTANT quien sentía un gran respeto por la armonía en el funcionamiento del Estado y combinaba las propuestas de MADISON con la realidad del sistema ministerial. Ver: VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 228 y 229. En consonancia, GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO (siguiendo a VILE), sostienen que el sistema propugnado por CONSTANT constituye una aplicación del sistema creado por MADISON de separación de poderes con frenos y contrapesos, a una monarquía hereditaria. Ver, Las fuentes de la Constitución Nacional, p. 77.

[1750]Esta terminología textual es adoptada por VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 229.

[1751]Nótese que a fin de cuentas, CONSTANT intentaba establecer barreras para evitar, en esencia, que el cuerpo legislativo abusara de su poder. Ver: VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 229.

[1752]GARCÍA-MANSILLA y RAMÍREZ CALVO, Las fuentes de la Constitución Nacional, p. 75.

[1753] En su origen, el Consejo de Estado en el contexto histórico del Consulado y del Primer Imperio (1799-1814), ejerció funciones consultivas las cuales, durante el período de Luis XVIII (1814) y de Luis Felipe

prerrogativas que se inscribieron sobre antiguos privilegios monárquicos[1754]. Todo el discurso político entre el período 1815-1848 giraba en torno al papel del rey, los ministros y la Asamblea (contexto similar al de las disputas políticas inglesas)[1755]. El Poder Ejecutivo pasó de ser un mero delegado de la voluntad popular representada en la Asamblea, a poseer facultades propias derivadas de la legitimación monárquica.

El rey no apareció como uno de los poderes, sino como la fuente de todos ellos[1756]. La división de poderes representó una mera distribución de funciones o competencias distribuidas *discrecionalmente* por el monarca[1757]. El Poder Ejecutivo recayó en la figura del rey y además de la potestad gubernamental[1758], tendría iniciativa exclusiva en la sanción de las layes y se convertiría en el "dueño de la potestad legislativa"[1759].

(1830), rara vez serían ejercidas. Luego de la revolución de 1848 y con la proclamación de la Segunda República, se incrementaron las funciones consultivas del Consejo de Estado. La Constitución de 1852, recoge la tradición napoleónica consagrando la competencia consultiva obligatoria, para conocer de todos los proyectos de ley sin excepción alguna y, ampliando así, el carácter preceptivo de su dictamen sobre los Decretos que reglamenten la Administración Pública. Con la proclamación de la tercera República (1871-1946) y el dictado de la ley de 24 de mayo de 1872, se rebajó sensiblemente el calado de la intervención consultiva del Consejo de Estado, en relación a los proyectos de ley, declarándola simplemente facultativa, no obstante conservaba el carácter obligatorio del dictamen para los reglamentos. Contemporáneamente a esta función consultiva, se formaría la función jurisdiccional del Consejo bajo la premisa de que "juzgar a la administración es también administrar" (frase acuñada por Jacques CHEVALLIER y que, contemporáneamente, es reformulada por Tomás Ramón FERNANDEZ en los siguientes términos: "juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor). Ver, CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado Francés (1799-1999), Revista de Administración Pública española, nº153, Septiembre/Diciembre 2000, p. 520 y ss. y FERNÁNDEZ Tomás R., De la arbitrariedad de la administración, p. 133. Con la doble misión de órgano consultivo y jurisdiccional: "El Consejo de Estado encarnó así desde su origen el doble papel que todavía hoy le caracteriza: el de ser el servicio exclusivo del contencioso de la Administración pública y, al mismo tiempo, el órgano especializado de preparación de sus decisiones". Ver, CARRILLO DONAIRE, Consideraciones…, p. 521.

[1754] Como afirma THURY CORNEJO, en este período "Se nutre de las bases igualitarias de la Revolución y las entremezcla con las prerrogativas propias del período monárquico, y lo hace con una eficacia técnica que permite que su construcción perdure hasta nuestros días. THURY CORNEJO, V., La Discrecionalidad…, p. 169.

[1755] VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 225 y THURY CORNEJO, V., La Discrecionalidad…, p. 167 y ss. Según este último autor, en este período comenzará un proceso de retorno del principio monárquico que alcanzará su cenit durante la denominada Restauración (p. 167).

[1756] BIANCHI afirma que ello surge del Preámbulo y de la parte dispositiva. Ver BIANCHI, Alberto, Breve historia de la formación constitucional francesa, Revista de derecho administrativo, N° 75, p. 81.

[1757] Además, el principio monárquico conforme la Carta de 1.814, presentaba las siguientes características: i) una constitución otorgada; ii) la representación popular como órgano meramente derivado y iii) la iniciativa legislativa es exclusiva del monarca. Ver, GARCÍA-MANSILLA y RAMIREZ CALVO, Las fuentes de la Constitución Nacional, p. 127, con cita de VON BEYME, Klaus, Die parlamentarische Demokratie, 3ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen/Viesbaden, 1999, p. 26.

[1758] Ver BIANCHI, Alberto, Breve historia de la formación constitucional francesa, Revista de derecho administrativo, N° 75, p. 93.

[1759] CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 783. En consonancia, Ver BIANCHI, Alberto, Breve historia de la formación constitucional francesa, Revista de derecho administrativo, N° 75, p. 93.

Se resquebrajaba así, en el plano constitucional, la función de un Ejecutivo de mero delegado del Poder Ejecutivo[1760]. El reconocimiento de la potestad normativa autónoma del monarca, destruiría el canon de la rigurosa separación orgánica de los poderes. Se allanaba el camino hacia la afirmación del principio de la no necesaria coincidencia entre la noción sustancial y formal de función soberana[1761].

a) La Constitución de 1830. De la III a la V república. "Gobierno"/"Administración" [1762], actos políticos y actos discrecionales: la inmunidad jurisdiccional.

La Constitución de 1830[1763] consagró une especie de vuelta al principio de soberanía popular revolucionaria. La monarquía se fundamentó en el pacto entre el pueblo y el soberano[1764]. En este período, se modificó la Constitución de 1814 y se limitó la potestad reglamentaria del Rey[1765] al subordinarla expresamente a la voluntad parlamentaria.

La Constitución de 1848 inauguraría la Segunda República (1848-1851). El nuevo texto constitucional estableció que la soberanía debía reposar sobre la universalidad de los ciudadanos. Se volvió a una interpretación rigurosa del principio de

[1760] Textualmente disponía el artículo: "El Rey es el Jefe supremo del Estado, manda las fuerzas de tierra y mar, declara la guerra, hace los tratados de paz, de alianza y de comercio, nombra a todos los empleados de la Administración Pública, y hace los reglamentos y las ordenanzas necesarias para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado". Aquí es donde se vislumbra la "derrota" que sufrirían quienes pretendían eliminar e, inclusive modificar el término mismo de poder "ejecutivo" sustituyéndolo por función o autoridad. Ver ROSANVALLON Pierre, El modelo político francés, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2007, p. 87. Ver, asimismo, THURY CORNEJO, V., La Discrecionalidad…, p. 171. Cierta doctrina española sostiene tajante que, el quiebre más clara del principio de la separación de poderes, operó con el reconocimiento de una potestad reglamentaria al poder ejecutivo, cuya legitimación inicial se dio en Francia con la Carta de 1.814. Ver, CRUZ FERRER, Juan de la Cruz, Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria, Revista de Administración Pública española, nº 116, Mayo-agosto, 1988, p. 65. No obstante, el mismo autor referencia que la Constitución de 1812, ya preveía la facultad de expedir los decretos, reglamentos e instrucciones que crea conducentes para la ejecución de las leyes (artículo 171.1).

[1761] THURY CORNEJO, V., La Discrecionalidad…, p. 171.

[1762] Una breve descripción acerca de la distinción entre Gobierno y Administración puede apreciarse en BOQUERA OLIVER, José María, Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa, Revista de Administración Pública, N° 40, Enero-Abril, 1963, p. 66 a 77.

[1763] Sancionada el 4 de agosto de 1830.

[1764] Ver BIANCHI, Alberto, Breve historia de la formación constitucional francesa, Revista de derecho administrativo, N° 75, p. 95.

[1765] Ahora el artículo 14 (que sería el 13) quedaría redactado de la siguiente manera: "El Rey (…) hace los reglamentos y las ordenanzas necesarias para la ejecución de las leyes, sin poder nunca ni suspender las mismas leyes ni dispensar su ejecución".

la separación de poderes al proclamar tal principio como la primera condición para la existencia de un gobierno libre (art. 19)[1766].

Ahora bien, en los comienzos de la Tercera República, el modelo francés consolidaba la inmunidad judicial de ciertos actos. Desde la óptica de JEZÉ, la administración francesa y la jurisprudencia de todos los tribunales, afianzaban la huida del control jurisdiccional de los actos de gobierno. El *motivo determinante* que los inspiraba, al ser de orden político, inhibía la revisión. Se había gestado así, la "teoría de los actos de gobierno en razón del móvil político"[1767].

Entre otras dificultades que se presentaban, el sistema francés de justicia administrativa (tras la Revolución) se hizo muy dependiente de la doctrina extrema de la separación de poderes. Sin embargo, también se alzaban voces como las de DE BROGLIE y PORTU, que utilizaban la doctrina de la separación de poderes para atacar al sistema de tribunales administrativos ante el peligro de que éstos coadyuvaren a que el ejecutivo se arrogase con una parte del Poder Judicial[1768].

Los teóricos de esta época comenzaron a examinar la naturaleza de la Constitución de la Tercera República y, en ciertos casos, encontraron en la teoría jurídica alemana que se había desarrollado a lo largo de los años anteriores, un recurso útil y accesible[1769] aunque los alemanes lo habían creado con propósitos diferentes[1770].

También se esforzaban por limitar el poder del aparato burocrático y, entre otras acciones, desarrollaron criterios precisos para delimitar a través de las leyes las funciones de las autoridades administrativas. Aquí surge la concepción formal y material

---

[1766] Ver BIANCHI, Alberto, Breve historia de la formación constitucional francesa, Revista de derecho administrativo, N° 75, p. 99 y 100.

[1767] JEZE, Gastón, Principios Generales del Derecho Administrativo, T. III, p. 269.

[1768] VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 272.

[1769] Para evidenciar esta afirmación, véase la influencia de la teoría de JELLINEK sobre CARRE de MALBERG. La "actividad libre" alemana, fundamentaba que el Estado no pudiese obligar su actividad administrativa a las leyes, de una manera absoluta, íntegra y sin reservas. CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, Fondo de Cultura Económica, 1948, México, p. 481 y 483.

[1770] En efecto, el concepto alemán de monarquía constitucional desarrollado por cierto autores prusianos, tenía escasa relación con el planteamiento de monarquía constitucional de Gran Bretaña o con el concepto desarrollado por CONSTANT a principios del siglo XIX. En concreto, los teóricos del Estado prusiano y, más tarde del Impero Alemán, rechazaban la idea de que el soberano pudiera ser un mero cargo ejecutivo. Sin embargo, al mismo tiempo, querían construir el marco judicial para que el sistema de gobierno fuera constitucional y no arbitrario. Ver: VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 273.

de las funciones del Estado que luego serían retomadas y desarrolladas con mayor precisión por los juristas de la Tercera República.

Se produjo de tal forma, la consolidación de la situación extrajurídica del Gobierno que poseía un espacio constitucional para su actividad política en base a la ausencia de control jurídico[1771]. La conexión dogmática francesa, referenciaba los "ámbitos libres de ley" del siguiente modo: como la función administrativa se definía y caracterizaba por su subordinación a la ley, una parte muy importante de ella, no se encontraba bajo ésta sumisión[1772].

En efecto, DUGUIT destacaba que con antelación a 1870, los autores franceses en su gran mayoría, entendían que los actos y hechos en miras a un "*objetivo político*" escapaban a todo recurso. El iuspublicista francés acudió a las palabras de uno de los relatores de la ley orgánica del Consejo de Estado de 1849 (M. *Vivien*). Este relator, afirmaba que, ante una gran necesidad pública, si se lesionan derechos privados, el Estado responde ante el poder político. "*Volverlos justiciables por el Tribunal Administrativo, sería paralizar una acción que se ejerce en vista del interés común*"[1773].

Aunque resulte llamativo, la importancia que representaba la unidad del Estado, y el empeño por diferenciar las esferas propias de las autoridades legislativas y administrativas que presentaba la teoría jurídica de la Alemania monárquica, cuadraban con las necesidades de los doctrinarios liberales franceses.

En Francia, además, se agregaría otro elemento extraído de la teoría inglesa: el concepto de equilibrio que regía en el gobierno parlamentario de mediados del siglo XIX[1774]. Así, DUGUIT rechazaba la separación absoluta de poderes y, en cambio,

---

[1771] GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Democracia, Jueces y control de la administración, Sexta edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2009, prólogo a la cuarta edición, p. 29.

[1772] CARRE DE MALBERG, caracterizaba y definía la función administrativa por su subordinación a la ley. Sin embargo, el autor francés destacaba que la doctrina encontraba "…toda una parte, y muy importante, de la función administrativa que queda fuera de dicha definición". Nótese que el autor trae a colación a JELLINEK.

[1773] Ver DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 211. La Cámara de apelaciones de París, invocó la teoría de los actos de gobierno para declararse incompetente y, así, confirmar una sentencia del "*Tribunalde la seine"* (Cámara de París, 29 de enero de 1876, S., 1876, II, p. 297) en la acción intentada por el príncipe Napoleón contra el Ministro del interior y el prefecto de policía, en ocasión de la sentencia (de segunda instancia) de expulsión pronunciada contra el 10 de octubre de 1872 y ejecutada por la fuerza. Ídem, p. 212.

[1774] VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 274 y 275 con cita de CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution a la thèorie générale de l'état*, París, 1922, Vol I, p. 280 a 283.

postulaba la cooperación entre ellos a partir de las herramientas teóricas de JELLINEK[1775] y LABAND[1776].

Ahora bien, la Tercera república no era un sistema de gobierno parlamentario. Se asemejaba más a un sistema de gobierno por delegación. Si bien la Cámara no gobernaba directamente, tampoco el Gobierno tenía capacidad para ejercer "*poderes discrecionales*"[1777]. En este contexto, se producirá la distinción entre actos de poder público y actos de gestión[1778].

Estos últimos serán definidos como "aquellos que la Administración cumple en calidad de gerente e independiente de los servicios públicos y no como depositario de parte de la soberanía"[1779]. En este escenario, el Estado era irresponsable respecto de la Administración activa. Tenía privilegio de jurisdicción y no podía ser juzgado por los tribunales judiciales.

Por otra parte, en el ejercicio de la *puissance public*, la Administración poseía amplias prerrogativas frente a los particulares. Las autoridades ostentaban un "*altísimo*

[1775] Para JELLINNEK existía una necesidad de separar las funciones en materiales y formales; "…esto es, distinguir las grandes direcciones de la actividad del Estado y las de determinados grupos de órganos". Para este autor, SCHMITTHENNER sería el primero en reconocer y desarrollar esta oposición. Ver JELLINEK Georg, Teoría General del Estado, I.B.de F., Montevideo-Buenos Aires, reimpresión, 2005, p. 742 y nota al pie Nº 28.

[1776] Tampoco debe perderse de vista que en América, también se reconoció la oposición entre funciones materiales y formales. JELLINEK Georg, Teoría General del Estado, I.B.de F., Montevideo-Buenos Aires, reimpresión, 2005, p. 743 con cita de GOODNOW, Comparative Administrative Law, New Cork y London, 1902, I, p. 25.

[1777] VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 278.
En nuestro país, FIORINI se ocupó de criticar la teoría de la doble personalidad del Estado que debió crear la existencia de los actos de gestión y los actos de autoridad. Más aún, para el autor argentino los actos de gobierno y los actos discrecionales pretendían ser caracterizados en forma confusa al igual que acontecía con los actos de gestión y los actos de autoridad. Estos, para FIORIRNI, "…jamás se han podido conceptuar en su sustancia, sólo pueden existir por su referencia a la teoría del Estado. El acto discrecional y el acto de gobierno no son frutos exclusivos de los errores iniciales que fundamentaron el contencioso administrativo, sino también de aquellas ideologías políticas que pretendían justificar actos sin el debido control jurisdiccionales. Si bien es cierto que estos actos injustificables son frutos de estas teorías estatales, también son productos de los errores que produjo el sistema". Ver, FIORINI, Bartolomé, Qué es el contencioso, Lexis Nexis, segunda edición, Buenos Aires, 2006, p. 13 y 14.

[1779] En la concepción de JEZÈ, "Resulta muy importante saber si se trata realmente de un servicio público propiamente dicho o sólo de una gestión administrativa. En el primer caso, hay derecho a usar reglas especiales de derecho público, que salen de la órbita del derecho privado y la existencia de un servicio público sólo será determinada por la intención de los gobernantes. Ver, JEZÈ Gastón, Principios Generales del Derecho Administrativo, T. II -1-, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 12 y 19. A posteriori, JEZÈ se ocupa de establecer cómo se reconoce que la voluntad de los gobernantes ha sido la de satisfacer una necesidad de interés general por el procedimiento técnico del servicio público propiamente dicho. Ídem, p. 22 y ss. Cabe destacar que en toda la obra del precitado autor francés, se advierte con claridad meridiana las notas características de la "Escuela del Servicio Público" francesa.

grado de discrecionalidad" en la evaluación de las causas de higiene y salubridad pública, al igual que en la administración de los bienes públicos[1780].

b) La constitución de 1875. El comienzo progresivo del control jurisdiccional.

Durante este período, comenzará la búsqueda del sometimiento del Estado al derecho y se iniciará (en el contexto de la Constitución de 1875) la revalorización del Ejecutivo desde cuatro enfoques:

i) la búsqueda de la eficacia de la acción gubernativa;

ii) legitimación democrática en la estructura constitucional del Presidente[1781] al igual que el Parlamento;

iii) a través del desarrollo jurisprudencial y la construcción del derecho administrativo bajo la noción de servicio público[1782] y;

iv) la construcción y consagración de la línea conceptual del acto político exento de control jurisdiccional, cuyos perfiles, serán definidos por la jurisprudencia en base a su naturaleza.

Como hemos visto,a fines de siglo XIX el Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado, desarrollaban la doctrina del acto político o de gobierno, implícitamente

[1780]THURY CORNEJO, V., La Discrecionalidad…, p. 197 con cita de LAFÈRRIERE, Edouard, Traité de la juridiction administative, 2º ed, París, 1896, p. 484 y BURDEAU F. DESCALZO Antonio M. Martín, Notas para un historia del Derecho Administrativo (España, Francia, Italia y Alemania), Valladolid, Ed. Imprenta y Librería Miñón, 1952, p. 134 a 139.

[1781] Bajo esta constitución, el poder ejecutio y sus atributos diversos se colocaron a nombre del Presidente y no a nombre de los ministros. Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 820.

[1782] Con la creación del Consejo de Estado Francés y el consecuente abandono de las funciones de gobierno, se comenzará a concebir una actuación técnico-jurídica (jurisdiccional) dando impulso a un derecho jurisprudencial que, en sus primeros pasos, intentará brindar las pautas para delimitar las competencias entre el juez administrativo y el juez judicial. RIVERO destaca que, entre otras cuestiones que trató el Consejo de Estado, el abordaje de lo que significó el servicio público produjo que se intentara delimitar las competencias jurisdiccionales del juez ordinario o del juez administrativo. Ver RIVERO Jean: Existe-t-il un critére du droit administratif?, en "Revue du Droit Public et de la Science Politique", núm. 2, abril-junio 1953, pág. 279 y siguientes. En otro estudio, hemos puesto de relieve el origen, la evolución y el concepto de servicio público que, a nuestro entender, no se origina jurisprudencialmente so pretexto de una búsqueda para delimitar la competencia del juez administrativo. Ver, CORVALAN, Juan Gustavo, "Origen, Evolución y Aproximación conceptual a la noción de Servicio Público", Revista Trimestral de Direito Público, 48/2004, p. 19 y ss. y "Origen, evolución y definición del servicio público", Revista de Derecho Administrativo, Lexis Nexis, Abril/Junio 2008, Número 64, p. 367 y ss.

(por ejemplo) en las sentencias del 4, 5, 13, 17 y 20 de noviembre de 1880, pronunciadas a propósito de los decretos del 29 de marzo de 1880 contra las congregaciones religiosas[1783].

La consecuencia de la concepción de acto político, determinaba que la doctrina francesa hasta 1870, entendiera que los recursos previstos para los actos administrativos, no serían admisibles contra el acto político[1784].

Inclusive, desde el plano normativo, el artículo 26 de la ley del 24 de mayo de 1872 sobre el Consejo de Estado, disponía: "*Los ministros tienen el derecho de reivindicar ante el Tribunal de Conflictos, los asuntos llevados a la seccional del contencioso y no pertenecerían al contencioso administrativo*"[1785].

1) La plataforma jurisprudencial del Tribunal de Conflictos. Los célebres fallos "Blanco"[1786] y "Pelletier"[1787].

[1783] Ver, DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 212.

[1784] Ver, DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 212.

[1785] Según HAURIOU y CARRE de MALBERT, este texto otorgaba al Tribunal de Conflictos el poder de redactar la "lista de actos de gobierno". Textualmente afirmaba CARRE de MALBERG: "Dejó esta tarea al tribunal de conflictos, es decir, como indica HAURIOU (…) a la jurisprudencia administrativa, que decide bajo la autoridad del tribunal de conflictos. Corresponde a dicha jurisprudencia establecer cuáles son, según la Constitución, los actos de gobierno, y cuál es la extensión de los poderes de que se halla investida, respecto a dichos actos, la autoridad administrativa. Así es como se halla legislativamente consagrada la institución de los actos de gobierno". Ver, Teoría general del Estado, p. 502. DUGUIT, en cambio, sostenía que desde 1872, hasta 1911, no se había aplicado el artículo 26 precitado. Probablemente, afirmaba DUGUIT, se debía a un error legislativo y, por ello, no podía ser invocado. Es la reproducción del artículo 47 del 3 de marzo de 1849, en la cual se ha sustituido los "ministros" a "ministros de justicia". Finalmente, no podemos aceptar las proposiciones de HARIOU, diciendo que la teoría de los actos de gobierno es una suerte de compromiso entre el Gobierno y la jurisdicción del Consejo de Estado. Ver DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Tontemoing & C. Editeurs, París, 1911, p. 213.

[1786] TC 8 de febrero de 1873, Rec. 1er. Suplemento 61. Conclusiones David. Ver síntesis del fallo y observaciones en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, Librería Ediciones del Profesional LTDA., Colombia, 2009, p. 1 a 4.

[1787] TC 30 de julio de 1873. Rec. 1er. Supplt. 117, Concl. David. Ver síntesis del fallo y observaciones en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, Librería Ediciones del Profesional LTDA., Colombia, 2009, p. 4 a 9.

En "*Blanco*"[1788] y "*Pelletier*" se reafirmó (con diverso alcance y sustento) la plataforma normativa que escindió tempranamente las autoridades judiciales de las administrativas. "*¿Cuál es de las dos autoridades jurisdiccionales administrativa y ordinaria, la que tiene competencia general para conocer de las acciones por daños y perjuicios contra el Estado?"*. Bajo este interrogante el Tribunal de Conflictos se adentraba a resolver la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a la hija del Sr. Blanco, en razón de los hechos producidos por los obreros empleados de una empresa Tabacalera del Estado[1789].

En "*Blanco*"[1790] se afirmaría el principio de la competencia de la jurisdicción administrativa[1791], mientras que en "*Pelletier*" se vinculó la separación de la las autoridades administrativas de las judiciales con el principio de la separación de los poderes[1792]. La regla de "competencia absoluta y de orden público" pretendía proteger al acto administrativo[1793].

Ahora bien, si advertimos las circunstancias del caso y la cuestión sometida a debate en "Pelletier", podemos evidenciar determinadas peculiaridades que vale la pena traer a colación. Se trató de una confiscación realizada por una autoridad militar en el marco de una ley sobre estado de sitio. El Sr. Pelletier reclamó que se declarara la nulidad de la confiscación de los ejemplares de un periódico y solicitó la indemnización por daños y perjuicios[1794].

La doctrina de la separación de poderes, se erige como la piedra angular de caso. La administración debía gozar de una "garantía real" para preservar de la injerencia de

[1788] Desde un sector de la doctrina italiana, el fallo Blanco fue considerado durante todo un siglo, como la piedra angular del Derecho administrativo y su mismo fundamento. Según CASSESE, Blanco señala "…la fecha de nacimiento más convencional del Derecho administrativo. Ver, CASSESE, Sabino, Las bases del derecho administrativo, p. 19 y 20.

[1789] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, p. 1.

[1790]Es preciso destacar que casi un siglo después, la cuestión debatida en "*Blanco*" (daños producidos por un vehículo) se transfirió a los Tribunales Ordinarios la competencia a través de la Ley del 31 de diciembre de 1957 "*por derogación al art. 13 de la ley del 16-24 de agosto de 1790*". De esta forma, actualmente el contencioso de los daños causados por los vehículos, cualquiera que sea su naturaleza es competencia de la Justicia Ordinaria. La excepción a esta regla, viene dada por los daños causados al patrimonio público. Ver, LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, p. 3 y 4.

[1791] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, p. 2.

[1792] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, p. 5.

[1793] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, p. 5.

[1794] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, p. 6.

los Tribunales [judiciales], respecto de los actos que en razón de su carácter y autoridad le pertenecían por su naturaleza[1795].

La célebre distinción francesa entre la culpa personal y la falta de servicio[1796], determinaría una atribución de competencias diversas. La falta personal era competencia del juez ordinario. En caso de conflicto de competencias, correspondía al Tribunal de conflictos "juez supremo de la competencia" definir el contenido de la distinción[1797].

Ahora bien, en este contexto, los inicios del siglo XX en Francia comenzaron a delinear un nuevo rol del Poder Ejecutivo[1798]. En palabras de BARTHÉLEMY:

> "…la obligación del gobierno de aplicar la ley no es de la misma naturaleza que la del juez; debe examinar en cada hipótesis si hay más inconvenientes en dejar violar la ley que en hacerla aplicar. Las necesidades de la vida de un Estado son demasiado variadas y complejas como para poder ser satisfechas por medidas rigurosamente previstas y reglamentadas con anterioridad. Es la tarea del gobierno examinar cómo y en qué medida, con qué temperamento, la ley debe ser aplicada; el arte de gobernar exigirá a veces que la ley no sea aplicada sin más"[1799].

Para este autor, las leyes no pueden abarcar muchos aspectos de la vida del Estado y por ello, existen más allá de su aplicación, "un inmenso dominio que es el del Ejecutivo" no obstante las leyes se presenten como las reglas directrices o los límites jurídicos de la actividad del Ejecutivo. Aquí es donde surge para BARTHÉLEMY, una

---

[1795] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, p. 7.

[1796] Así expresamente lo afirman LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, p. 7.

[1797] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, p. 7 y 8.

[1798] Adviértase que, hacia 1791, algunos postulaban que la "ejecución" debía ser entendida de un modo estrecho y mecánico. Se hablaba de un "rey-máquina" que explote en política las posibilidades ofrecidas por la nueva ciencia de los autómatas. ROSANVALLON Pierre, El modelo político francés, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2007, p. 87.

[1799] THURY CORNEJO, V., La Discrecionalidad…, p. 199, nota al pie nº 237, con cita de BATHÉLEMY, Joseph, Le role du pouvoir exécutif dans les républiques modernes, Girard et Briére, París, 1906, p. 310.

separación de poderes que resguarde el ámbito de cada poder, pero que propugne una colaboración entre ellos[1800].

El paradigma revolucionario que pretendía eliminar la potestad reglamentaria, no sólo se vio frustrado, sino que se afianzaba desde su reconocimiento expreso como una prerrogativa monárquica en el artículo 14 de la Carta de 1814[1801]. Así, la realidad marcaba un acentuado desarrollado de la potestad en tres aspectos:

La *primera*, estaba dada por los *reglamentos de prerrogativa* que se derivaban del antiguo principio monárquico y se referían a materias como la organización y el régimen jurídico de las colonias.

La *segunda*, se vinculaba con la potestad originaria de desarrollo de las leyes no dependiente de la habilitación expresa por parte de éstas[1802].

La *tercera*, se relacionaba con la potestad reglamentaria autónoma, de forma tal que podía regular las materias en las que la ley no hubiese regulado.

Por *último*, la que se refería a técnicas dirigidas a atribuir a las normas del gobierno, una función o fuerza equivalente a las leyes[1803].

Hacia 1911, si bien la separación de poderes en la práctica, presentaba colaboración de los órganos de representación y reparto de las funciones[1804], ello no alteró el hecho de que la asamblea constituyente de 1871, continuaría con la tradición de 1791 y de 1848 al distinguir los tres poderes y reconocerles su independencia[1805]/[1806].

[1800]THURY CORNEJO, V., La Discrecionalidad…, p. 200.

[1801]Ello pese a que las formulaciones de los artículos 49.2 de la Constitución de 1848 y el artículo 3º de la Ley constitucional de febrero de 1875, pretendían acotar la capacidad reglamentaria del Ejecutivo al limitar su esfera de actuación a ser un mero "ejecutor" de las leyes.

[1802]Aquí se refiere a lo que hoy se conoce como "reglamento autónomo o independiente". Ver sobre esta categoría a LINARES Juan Francisco, Derecho Administrativo, Astrea, 2º reimpresión, 2007, p. 69 a 73. Con anterioridad, también se los solía denominar "independientes". Ver DIEZ Manuel María, Derecho Administrativo, Tomo I, Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 228 y ss.

[1803]THURY CORNEJO, V., La Discrecionalidad…, p. 201.

[1804]DUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo I Premier, p. 353.

[1805] De este modo, en la perspectiva de DUGUIT, la teoría rígida de la separación de los poderes, aún sería la base del derecho político francés. Sin embargo, como el propio autor lo reconocía, esta concepción no fue volcada expresamente. Por tanto, la regla de la separación de poderes consistía en varios órganos de representación de la soberanía nacional, una colaboración íntima y constante; una acción recíproca de unos sobre otros y, también, una separación entre el personal administrativo y el personal judicial. Concluiría DUGUIT de modo crítico: "Todo nuestro derecho público protesta contra el aislamiento completo de los órganosDUGUIT, León, Traité de Droit Constituttionnel, Tomo I Premier, p. 356 y 357.

§3. El "control mínimo"[1807] de las potestades discrecionales que instaura el Consejo de Estado francés.

El control de las potestades discrecionales, no presenta un desarrollo lineal en Francia. En esencia, la doctrina francesa denomina "control mínimo" a las siguientes nociones: i) el control de la exactitud material de los hechos; ii) el error de derecho; iii) el error manifiesto de apreciación; y iv) la desviación de poder[1808]. El control mínimo comenzó a desarrollarse a partir de 1875 y se consolidó a lo largo del siglo XX. Se dio, inclusive, frente a los actos mediante los cuales la administración "dispone del poder discrecional"[1809].

Uno de los fallos paradigmáticos es el caso "*Abate Bouteyre*"[1810] de 1912. Aquí el Consejo de Estado francés se pronunció respecto de un concurso docente[1811]. En 1911 el abate BOUTEYRE se había inscripto en la lista de candidatos al concurso para una cátedra de filosofía de la educación secundaria. El Ministro de Educación Pública, le informó que el estado eclesiástico al cual él se había consagrado, se oponía a que sea admitido dentro del cuerpo docente. No era procedente autorizarle a participar en las pruebas destinadas a proveer a la contratación de profesores de Liceos. El abate interpuso recurso de anulación por exceso de poder.

1806 A juicio de CARRE de MALBERG, la separación de poderes hacia 1922, se concebía a partir de atribuir a cada clase de órgano o de autoridad, grados diferentes de potestad en el ejercicio de funciones. Esto, en sí, no tenía relación estricta con una separación material de las funciones y sería todo lo contrario de la igualdad de los órganos. Ver: CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 844 y 845.

1807 Esta locución ha sido adoptada por la doctrina francesa.

1808 Ver LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 111.

1809 LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 111.

1810 CE 10 de mayo de 1912, ABATE BOUTEYRE, Rec. 553, concl. Helbronner, síntesis y observaciones del fallo en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 92 a 95.

1811 El decreto de 10 de julio de 1852 en su artículo 7 establecía las condiciones exigidas a los candidatos a la administración en cátedra de educación secundaria mediante oposición. Entre otros, disponía que los candidatos debían presentar autorización ministerial. El reglamento del 29 de junio de 1885 prescribía en su artículo 4° "Los aspirantes se inscribían, por lo menos dos meses antes del día de la apertura del concurso al secretariado de la Academia en la cual residen. El rector debe avisar de esta inscripción en los ocho días siguientes, al Ministro de Educación, anexando sus observaciones". A su vez, el artículo 5° dispuso que la lista definitiva de candidatos era establecida por el ministro. Quince días antes de la apertura del concurso, debía advertirse a los candidatos admitidos para tomar parte en las pruebas. Ver, LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 92 y 93.

El comisario del gobierno Helbronner sostuvo, entre otras cosas, que el poder de apreciación que habitualmente se calificada como "discrecional", se otorgaba a la administración en forma expresa o implícita[1812].

Sin embargo, el comisario reconocía que el poder de apreciación debía ejercerse legalmente y de acuerdo con el objetivo para el cual fue creado. También el principio de igualdad debía ser respetado. La inmunidad jurisdiccional se consagraba respecto de las "razones por las cuales se ejercía el poder", a no ser que se configurase desviación de poder.

El rechazo de la pretensión finalmente respondió al siguiente argumento central: al tomar los hábitos eclesiásticos el candidato manifestó (por un acto exterior) que no sería apto a dar muestras de imparcialidad y neutralidad requeridas. El interés del servicio, determinaba que las funciones de eclesiástico resultaban incompatibles con las de profesor de educación pública de secundaria[1813].

§4. El control de la calificación jurídica de los hechos

Si bien el Consejo de Estado en el fallo "*Pariset*"[1814] de 1875, consagró la desviación de poder como una nueva forma de nulidad,en 1910 comenzó a controlar el error de hecho[1815]. Sin embargo, se atribuye al caso "*Gomel*"[1816] el punto de partida de la abundante jurisprudencia relacionada con el control de la *calificación jurídica de los hechos* por el juez de la acción de nulidad[1817].

[1812]En este último caso, se admitía cuando el gobierno se ocupaba de preservar el buen funcionamiento de los servicios públicos Ello según el fallo CE 7 de febrero de 1936, "Jamart"

[1813] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 94.

[1814] CE 26 de noviembre de 1875, PARISET, Rec. 934 ver sumario y observaciones del fallo en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 16 a 20.

[1815] "Pessay", 13 de mayo de 1910, REc. 405, citado en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 107.

[1816] CE 4 de abril de 1914, Rec. 488. La síntesis y las observaciones de la doctrina al fallo se pueden apreciar en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 106 a 109.

[1817] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 107.

Este tipo de revisión puede ser descripta sucintamente del siguiente modo: cuando la administración deba ponderar circunstancias de hecho a las que se refiere una norma, el juez debe controlar si los "hechos" eran los que el texto presuponía. Es decir, si realmente los hechos justificaban la decisión adoptada.

En "*Gomel*" (1914) la discusión que se había sometido a decisión del Consejo de Estado, se relacionaba con la facultad del prefecto para denegar la licencia de construcción[1818], cuando un proyecto atentare contra "una perspectiva monumental". La facultad del prefecto, no se hallaba subordinada a una clasificación previa de las perspectivas monumentales. Debía entonces, conciliar la conservación de dichas perspectivas con el derecho de propiedad.

El Consejo de Estado entendió[1819] que era competente para: por un lado, verificar si la ubicación de la construcción proyectada estaba incluida dentro de una perspectiva monumental existente. Por otro, y en caso afirmativo, debía desentrañar si la construcción podría atentar contra la misma.

a) El célebre fallo "Camino" (1916)[1820] y el control de la exactitud material de los hechos. La inmunidad jurisdiccional de la "conveniencia" de los actos administrativos.

El doctor Camino era un Alcalde que había sido suspendido por resolución del prefecto y luego destituido por decreto. La destitución se basaba en que, por un lado no había velado por la "decencia de un cortejo fúnebre al cual asistía"[1821]. Por el otro, el

[1818] El artículo 3° del decreto del 26 de marzo de 1852 disponía que: "todo constructor de casas, antes de iniciar la obra, deberá solicitar la alineación y la nivelación de la vía pública en frente de su terreno y conformarse con ello". El artículo 4° del decreto fue modificado por la ley del 13 de julio de 1911 (art. 118) y establecía: "Paralelamente deberá enviar a la administración un plano de los perfiles o secciones de las construcciones que proyecta, y someterse a las instrucciones que se le hagan en interés de la seguridad pública, de la salubridad así como la conservación de las perspectivas monumentales y de las zonas históricas, salvo acción ante el Consejo de Estado por la vía contenciosa".

[1819] El señor Gomel, impugnó el rechazo de la licencia de construcción en la plaza Beauvau en París por vía de la acción de nulidad.

[1820] CE 14 de enero de 1916, CAMINO, Rec. 15 (S. 1922.3.10, concl. Corneille. RDP 1917.463, concl. Corneille, nota Jéze. Ver síntesis y observaciones del fallo en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 109 a 111.

[1821] En concreto se le reprochaba que había introducido el ataúd por una brecha abierta en el muro que encierra el cementerio. Además, el Decreto sostuvo que había hecho cavar una fosa insuficientemente

texto sostenía que había ejercido ciertas "vejaciones" con respecto a una ambulancia privada.

El Consejo de estado sostuvo:

> "Considerando que si bien por *la vía de la acción de nulidad el Consejo de Estado no puede apreciar la conveniencia de los Actos administrativos*, si le compete, por un lado *verificar la materialidad de los hechos que motivaron esos actos* y, por otro lado, en caso en que éstos se establezcan, buscar si de acuerdo con la ley, podrían motivar la aplicación de las sanciones previstas por la disposición precitada (el destacado es propio)[1822].

Sobre esta plataforma, se resolvió: a) la exactitud de los hechos y alegatos no se establecieron a través de los documentos aportados al expediente; b) la "vejación" estaba incompletamente probada y las conductas no constituían faltas cometidas en el ejercicio de las funciones de CAMINO. Además, sostuvo que por su naturaleza no justificaba la separación del señor CAMINO de la dirección de la administración municipal.

También en "Trépont"[1823] (1922) el Consejo de Estado anuló la decisión que otorgaba a un prefecto una licencia no remunerada por estar basada en un hecho inexacto. Aquí se trató de una "causa jurídica inexistente" por cuanto el interesado en realidad no había presentado ninguna solicitud de licencia.

Por último, podemos mencionar el fallo "*Barel*"[1824] que definió con precisión los límites del poder discrecional y estableció las reglas sobre la carga de la prueba y las

---

profunda para marcar su desprecio con respecto al difunto.

[1822] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 110.

[1823] CE 20 de enero de 1922, Trépont, Rec. 65, citado en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 110.

[1824] CE 28 de mayo de 1954, BAREL, Rec. 208, concl. Letourneur, síntesis y observaciones en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 360 a 365.

facultades de instrucción del juez administrativo. En el plano político, fijó completamente el alcance del principio de libertad de opinión de los funcionarios[1825].

§5. La concepción actual de la separación de poderes y la escisión entre autoridades administrativas y judiciales

El 23 de enero de 1987, el Consejo Constitucional francés se pronunció respecto de la competencia de la jurisdicción administrativa[1826]. El caso sometido al Consejo Constitucional, se vinculaba con el dictado de la ley del 2 de julio de 1986. Por esta norma se habilitó al gobierno a modificar o abrogar ciertas disposiciones de la legislación económica relativas a los precios y a la libre concurrencia. Se pretendía definir "un nuevo derecho de la concurrencia".

La ordenanza del 1 de diciembre de 1986, creó un organismo administrativo (el Consejo de la concurrencia) con importantes poderes para reprimir las prácticas opuestas a la libre concurrencia. Podía imponer sanciones pecuniarias. Contra estas sanciones, la ordenanza disponía (inicialmente) que contra las decisiones del Consejo de la libre concurrencia, se podía interponer el recurso de plena jurisdicción ante el Consejo de Estado.

Luego de publicada la ordenanza, el parlamento aprobó una ley que otorgaba competencia a la corte de apelación de París para conocer de las decisiones del Consejo de la libre concurrencia. Antes de la promulgación del texto, los diputados lo sometieron al control del Consejo Constitucional.

El "cargo" se fundamentaba, entre otras cuestiones, en la violación del principio de la separación de los poderes afirmado por el art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano[1827].

[1825] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 362.

[1826] CC número 86-224; DC del 23-enero-1987, síntesis del fallo y observaciones en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, Librería Ediciones del Profesional LTDA., Colombia, 2009, p. 532 a 541

[1827] Además pretendía invocar las disposiciones de la leyes del 16 y 24 de agosto de 1790 relativas a la organización de justicia. Ver, LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P.,

El Consejo Constitucional francés, en el fallo diferenció "valor constitucional de la separación de poderes" del "principio de valor constitucional" de la jurisdicción administrativa y su competencia propia. Para explicar esta suerte de juego de palabras, acudimos a la explicación doctrinaria francesa. Veamos.

El Consejo Constitucional francés, determinó que la separación entre autoridades administrativas y judiciales, *per se*, no tiene "valor constitucional"[1828]; es decir, no constituye una consecuencia necesaria del principio de separación de poderes[1829]que sí lo tiene[1830].

La noción de "principio fundamental reconocido por las leyes de la República[1831], se presenta como un principio esencial prescripto por el legislador republicano. La existencia de la jurisdicción administrativa "…competente para censurar los actos ilegales del poder público constituye una garantía para la defensa de los derechos y libertados de los individuos"[1832]. Sobre esta base, la jurisdicción administrativa y su competencia propia, constituye un "principio de valor constitucional".

GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 535.

[1828]La doctrina moderna francesa, al analizar el fallo, entiende que conforme "la concepción francesa de la separación de los poderes", existen "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República". Uno de ellos es el que determina la separación entre la jurisdicción administrativa y la autoridad judicial. Ver: LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 536.

[1829] CC número 86-224; DC del 23-enero-1987. Ver, LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, segunda edición actualizada, Librería Ediciones del Profesional LTDA., Colombia, 2009, p. 535. Se argumenta que esta prohibición a lo sumo, es una consecuencia de "…una tradición legislativa que permite resaltar un principio fundamental reconocido por las leyes de la República en el sentido que le da a esta última noción el Preámbulo de la Constitución de 1946, el cual remite al Preámbulo de la Constitución de 1958". Ídem, p. 536.

[1830] El valor constitución del principio de separación de los poderes proclamado por el art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, fue reconocido por el Consejo Constitucional en la decisión N° 70.104; DC del 23 de mayo de 1979, Rec. 27; RDP 1979.1695; nota Favoreu; D. 1981 I.R. 363, obs. L. Hamon, citado en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 535 y 536.

[1831] Entre otros, el Consejo Constitucional reconoció, entre otros principios fundamentales prescriptos por las leyes de la República, la libertad de asociación (decisión n° 71.44 DC del 16 de julio de 1971, Rec. 29) y el principio del derecho a la defensa (N° 76.70 DC del 2 de diciembre de 1976, Rec. 39). Ver, LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 537.

[1832] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 537.

En resumidas cuentas: la separación de poderes posee valor constitucional y determina una serie de principios fundamentales que tienen valor constitucional. De ahí que la jurisdicción administrativa constituya un principio de valor constitucional.

a) Los criterios para evidenciar la existencia de la jurisdicción administrativa.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo Constitucional distingue dos ámbitos.

El primero se refiere a "las materias reservadas por naturaleza a la autoridad judicial". Estas materias, se relacionan con los aspectos relativos a la libertad individual, al derecho de propiedad, al Estado y a la capacidad de las personas y al funcionamiento de los servicios judiciales.

El Segundo tiene que ver con el dominio específico de la competencia de la jurisdicción administrativa con fundamentos en los criterios *orgánicos* y *formales*.

El criterio orgánico abarca el ámbito de las decisiones tomadas "por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos públicos colocados bajo su autoridad o control". El criterio formal se relaciona con el "*ejercicio de las prerrogativas (exorbitantes del derecho común[1833]) del poder público*"[1834]. Además, se reconoce al legislador la posibilidad de regular los detalles del principio[1835].

Como dato anecdótico, el Consejo constitucional no declaró la inconstitucionalidad por la transferencia de competencia dispuesta por ley, sino que lo hizo porque se había violado el derecho de defensa[1836].

[1833] Estas palabras textuales utilizan LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 538.

[1834] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 537.

[1835] El Consejo constitucional se sitúa únicamente en un plano constitucional y no impide la adopción de otros criterios de competencia como "la noción de servicio público". LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 537.

[1836] LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 538. "…el Consejo constitucional estimó, dada la amplitud

§6.- Sinopsis.

a) La noción de Soberanía en DUGUIT

1) La asamblea nacional francesa tenía en mente una noción de Soberanía indivisible, *per se*, aún cuando los diversos elementos que la constituían serían delegados por representación a un órgano distinto. Cada órgano sería independiente y soberano en la esfera de soberanía que se les atribuyó por representación.

2) Los poderes se concebían como los elementos mismos de la voluntad del Estado y en modo alguno eran concebidos como órganos. Los órganos, representaban la voluntad soberana en cada parcela que les ha sido asignada.

b) La consolidación formal de la doctrina "pura" de la separación de poderes

1) A partir de 1789, los franceses atravesaron por un proceso de rechazo del estado mixto y la doctrina de la Constitución equilibrada, consolidando formalmente la doctrina "pura" que se consagró de forma generalizada.

---

de las sanciones que pueden ser impuestas por el consejo de la competencia (multas que pueden ascender hasta el cinco por ciento del importe de las ventas o diez millones de francos si el contraventor no es una empresa), que el principio del derecho de la defensa hacía necesario el establecimiento de un procedimiento de suspensión provisional con relación a las decisiones del consejo de la competencia. Mientras tal procedimiento existe ante el Consejo de Estado en virtud de las disposiciones del art. 48 de la ordenanza del 31 de julio de 1945, hacía falta ante la corte de apelación de París en la hipótesis estudiada por la ley sometida al examen del juez constitucional. Por esta razón, la ley fue declarada inconstitucional, lo que tuvo como efecto inmediato no conferir fuerza de la ley a ninguna de las disposiciones de la ordenanza del 1° de diciembre de 1986. Posteriormente a esta decisión, una ley del 6 de julio de 1987 dio competencia a la corte de apelación de París y estableció, al mismo tiempo, ante esta jurisdicción un procedimiento de suspensión provisional de las decisiones del consejo de la competencia". Ver LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 539.

2) La interpretación rígida o pura de la doctrina de la separación de poderes, respondió, en esencia, a una realidad histórica: situar un sistema opuesto a la antigua monarquía que había concentrado en sí todos los poderes.

3) Comenzó a gestarse a partir de dicho período, un lento y progresivo proceso de sujeción de la actividad de la Administración al Derecho.

4) SIEYÈS pretendió conciliar tres necesidades. La primera consistía en distribuir las funciones del Estado entre distintas instancias. La segunda se orientaría a prevenir los abusos de poder por parte de las ramas del Estado. Por último, se buscaría asegurar la colaboración sin destruir el sistema de separación prescindiendo de acudir al sistema de frenos y contrapesos.

5) Se comenzó a plantear el problema esencial de los Estados modernos: "¿Cómo puede controlarse el ejercicio del poder sin destruir la armonía en el sistema de gobierno?".

6) Se consolidaría hacia 1790, la distinción formal entre jurisdicción y administración al igual que se consagraría la escisión entre gobierno y administración. La pretensión era concreta: evitar que la autoridad judicial intentase transformarse en un poder político rival del rey.

7) El correlato entre la doctrina de la separación de poderes y la separación de autoridades, determinó que la primera se sitúe en el plano de la organización de los poderes políticos. La segunda, en cambio, se refirió a la ordenación de la competencia de las autoridades subordinadas.

8) Se inició la paradoja de la versión rígida de la separación de los poderes: bajo la premisa de una sumisión total a la ley comenzaba a admitirse la actuación de la administración al "margen" de la ley, por conducto de la "discrecionalidad administrativa".

c) La separación de poderes en la Constitución de 1791.

1) La constitución francesa de 1791 fue un punto de referencia de todas las Constituciones que descansan sobre un principio democrático.

2) Postuló un aislamiento e independencia de los poderes. Cada órgano no podía ejercer ninguna acción sobre los otros.

3) La doctrina comenzó a advertir la imposibilidad de impedir la interacción entre los órganos. Se inició un reclamo hacia la colaboración continua entre los órganos.

4) La legitimación del rey provendría exclusivamente de la ley.

5) Se postuló la separación de la administración respecto de la acción de gobierno en la que quedó englobada. El Ejecutivo tendría como función principal ejecutar las leyes y, la Administración, se presentaría como el medio a su servicio para realizar tal cometido.

d) Las prerrogativas como fundamento de una jurisdicción contencioso administrativa ajena al poder judicial.

1) La separación entre autoridades administrativas y judiciales, no sólo pretendió separar el cuerpo judicial de los poderes políticos; aspiró a impedir que aquél se transformase en poder.

2) El principio de separación de poderes se presentaba como el fundamento para que los tribunales se abstuviesen de "molestar" al Parlamento y al Gobierno.

3) Las leyes 16 del 24 de agosto de 1790 (que regulaba la organización judicial en el título II, arts. 10, 12 y 13), 27 de noviembre de 1790 y la 6/1790 de 11 de septiembre (que regulaba el contencioso en materia de contribuciones y administración), consolidaron formalmente la separación entre autoridades judiciales y administrativas. Se gestó la auténtica jurisdicción contencioso-administrativa ajena al poder judicial.

4) Desde cierto sector, se preguntaban si el principio de separación de poderes estrictamente aplicado, no exigía el conocimiento de lo contencioso-administrativo a las autoridades judiciales. A nuestro criterio, sobre esta plataforma encontramos un punto

de convergencia entre lo "discrecional" (entendido en términos históricos) y la jurisdicción contencioso-administrativa ajena al poder judicial: *la prerrogativa*.

5) La jurisdicción administrativa aparecía ligada a la noción de prerrogativa: al "privilegio de competencia" de que gozaba la autoridad administrativa para los litigios suscitados por sus actos. Se consagraba su inmunidad en relación a la jurisdicción civil.

6) La prerrogativa era concebida, entre otras facetas, como la expresión de una parte de la soberanía del Estado atribuida al poder gubernamental. Se argumentaba que el poder se manifestaba en presencia de la acción administrativa por la existencia de las prerrogativas. El derecho administrativo "…se une, por ella [la prerrogativa], al resto del Derecho Público, y en particular, al Derecho Constitucional".

7) La institución de la justicia administrativa respondió, en esencia, a razones históricas y al privilegio de exención de jurisdicción del que gozaba la potestad administrativa.

8) El principio de separación de autoridades incluyó una regla política sobre la separación de los poderes: *la prohibición de que el poder judicial ejerza poder político*.

9) El Tribunal de Conflictos se ocupó de relacionar el principio de la separación de los poderes con los textos que escindían las autoridades judiciales de las administrativas. Así, en "*Pelletier*" se estableció que las leyes que excluyeron las autoridades administrativas de las judiciales[1837], se derivaron y pretendieron la exacta aplicación del principio de la separación de los poderes[1838].

e) La Constitución del año III y la consolidación del poder discrecional.

1) La norma fundamental del Año III, retomó la idea de la doctrina pura de la separación de poderes. Se produjo un reforzamiento de las potestades ejecutivas al igual que se sostuvo la distinción entre Gobierno y Administración.

[1837] Se refiere aquí a la ley del 16-24 de agosto de 1790, título 2, artículo 13 y al decreto del 16 fructidor, año 3.
[1838] TC 8 de febrero de 1873, Rec. 1er. Suplemento 61. Conclusiones David, citado en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 5

2) En el Directorio residía el gobierno, el pensamiento y la deliberación. Una vez finalizado el proceso, debía comenzar la acción que sería desarrollada por los niveles de la escala administrativa.

3) El poder reglamentario alcanzaría su consagración absoluta durante la Constitución Napoleónica del Año VIII (1799). Se produjo desde esa fecha, una vuelta hacia un sistema semejante al del "Antiguo Régimen".

4) A partir del Siglo XIX, CONSTANT se ocupó de abordar el poder discrecional. Para él, *dicho poder tendría el papel de equilibrar los choques que se pudiesen producir entre el poder ejecutivo, legislativo y judicial.* Tales poderes eran los de veto, disolución, destitución de ministro e indulto.

5) Con NAPOLEÓN habría un retorno hacia los principios de jerarquía, disciplina y uniformidad. Es decir, comenzaba a consolidarse el "modelo burocrático".

6) El afianzamiento del Consejo de Estado produjo la distinción entre funciones ejecutivas y consultivas. Aquí comenzaban a surgir "nuevas" prerrogativas que se inscribirán sobre antiguos privilegios monárquicos.

f) La Carta de 1814 y la transición de la concepción del poder ejecutivo: el poder reglamentario autónomo y las potestades discrecionales.

1) La potestad reglamentaria autónoma se consagró en el artículo 14 de la Carta de 1814. La división de poderes representaría una mera distribución de funciones o competencias distribuidas *discrecionalmente* por el monarca.

2) Se resquebrajaba así, en el plano constitucional, la función de un Ejecutivo de mero delegado del Poder Ejecutivo.

3) Con el reconocimiento de una potestad normativa autónoma del monarca, se destruyó el canon de la rigurosa separación orgánica de los poderes. Se allanaba el camino hacia la afirmación del principio de la no necesaria coincidencia entre la noción sustancial y formal de función soberana.

g) La Constitución de 1830. De la III a la V república. "Gobierno"/"Administración", actos políticos y actos discrecionales: la inmunidad jurisdiccional.

1) La Constitución de 1830 consagró une especie de vuelta al principio de soberanía popular revolucionario. La monarquía se fundamentaba en el pacto entre el pueblo y el soberano. En este período, se modificó la Constitución de 1814 y se limitó la potestad reglamentaria del Rey al subordinarla expresamente a la voluntad parlamentaria.

2) Hacia la tercera república, el modelo francés consolidaba la inmunidad judicial de ciertos actos. Francia consolidó la "teoría de los actos de gobierno en razón del *móvil político*".

2) Desde cierto sector, se alzaban voces que utilizaban la doctrina de la separación de poderes para atacar al sistema de tribunales administrativos, ante el peligro de que éstos coadyuvaren a que el ejecutivo se arrogase con una parte del Poder Judicial.

3) Los teóricos de esta época comenzaron a examinar la naturaleza de la Constitución de la Tercera República. En ciertos casos encontraron en la teoría jurídica alemana que se había desarrollado a lo largo de los años anteriores, un recurso útil y accesible, no obstante los alemanes lo habían creado con propósitos diferentes.

4) Se mantuvo la situación *extrajurídica* del Gobierno que poseía un espacio constitucional para su actividad política, en base a la ausencia de control jurídico.

5) La conexión dogmática francesa referenciaba los "ámbitos libres de ley" del siguiente modo: como la función administrativa se definía y caracterizaba por su subordinación a la ley, una parte muy importante de ella no se encontraba bajo ésta sumisión.

6) Se desarrolló un elemento extraído de la teoría inglesa: el concepto de equilibrio que regía en el gobierno parlamentario de mediados del siglo XIX.

7) En DUGUIT se advierte un rechazo hacia la separación absoluta de poderes. Retomó fuerza la cooperación entre ellos.

8) En este contexto se producirá la distinción entre actos de poder público y actos de gestión.

9) Los actos de gestión eran aquellos que la Administración dictaba en calidad de "gerente e independiente de los servicios públicos". La Administración no emanaba tales actos como depositaria de parte de la soberanía.

10) El Estado era irresponsable respecto de la Administración activa. Tenía privilegio de jurisdicción y no podía ser juzgado por los tribunales judiciales.

11) Las autoridades ostentaban un "*altísimo grado de discrecionalidad*" en la evaluación de las causas de higiene y salubridad pública, al igual que en la administración de los bienes públicos.

h) La constitución de 1875. El comienzo progresivo del control jurisdiccional.

1)Durante este período comenzará la búsqueda del sometimiento del Estado al derecho. Además, se inició una revalorización del Ejecutivo desde cuatro enfoques:

i) la búsqueda de la eficacia de la acción gubernativa;

ii) legitimación democrática en la estructura constitucional del Presidente[1839] al igual que el Parlamento;

iii) a través del desarrollo jurisprudencial y la construcción del derecho administrativo bajo la noción de servicio público y;

iv) la construcción y consagración de la línea conceptual del acto político exento de control jurisdiccional. Se abandona la noción de móvil político y entra en escena la

[1839] Bajo esta constitución, el poder ejecutivo y sus atributos diversos se colocaron a nombre del Presidente y no a nombre de los ministros. Ver, CARRE de MALBERG, Teoría General del Estado, p. 820.

naturaleza del acto y la "lista" jurisprudencial como criterios definidores de los actos de gobierno.

i) La plataforma jurisprudencial del Tribunal de Conflictos. Los célebres fallos "Blanco" y "Pelletier".

1) En "*Blanco*"[1840] y "*Pelletier*"[1841] se reafirmó (con diverso alcance y sustento) la plataforma normativa que escindió tempranamente las autoridades judiciales de las administrativas.

j) El siglo XX.

1) A fines de siglo XIX y principios del siglo XX, desde un sector doctrinal se comenzó a propiciar un nuevo rol del Poder Ejecutivo. BARTHÉLEMY, al igual que la doctrina alemana, planteaba que las necesidades de la vida de un Estado, eran demasiado variadas y complejas como para poder ser satisfechas por medidas rigurosamente previstas y reglamentadas con anterioridad.

2) El dominio propio e inherente del Ejecutivo, debía coexistir con las leyes, las reglas directrices y los límites jurídicos que constituían el marco en el que debía desarrollar su actividad. Aquí es donde surge, según BARTHÉLEMY, una separación de poderes que resguardó un ámbito propio de cada poder, sin perjuicio de que debía existir colaboración entre ellos.

[1840] TC 8 de febrero de 1873, Rec. 1er. Suplemento 61. Conclusiones David. Ver síntesis del fallo y observaciones en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 1 a 4.

[1841] TC 30 de julio de 1873. Rec. 1er. Supplt. 117, Concl. David. Ver síntesis del fallo y observaciones en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 4 a 9.

3) El paradigma revolucionario que pretendía eliminar la potestad reglamentaria se vio frustrado. La realidad marcaba un acentuado desarrollado de la potestad en cuatro facetas.

La *primera*, en función del creciente desarrollo de los *reglamentos de prerrogativa* que se derivaban del antiguo principio monárquico y se referían a materias como la organización y el régimen jurídico de las colonias.

La *segunda*, se vinculaba con la potestad originaria de desarrollo de las leyes no dependiente de la habilitación expresa por parte de éstas.

La *tercera*, se relacionaba con la potestad reglamentaria autónoma, de forma tal que podía regular las materias en las que la ley no hubiese regulado.

Por *último*, la que se refería a técnicas dirigidas a atribuir a las normas del gobierno, una función o fuerza equivalente a las leyes.

4) Aún cuando se concebía una separación de poderes que presentaba en la práctica, colaboración de los órganos de representación y reparto de las funciones, ello no alteró el hecho de que se mantuviese la teoría rígida de la separación de los poderes como base del derecho político francés.

k) El "control mínimo" de las potestades discrecionales que instaura el Consejo de Estado francés.

1) La doctrina francesa denomina "control mínimo" a las siguientes nociones: i) el control de la exactitud material de los hechos; ii) el error de derecho; iii) el error manifiesto de apreciación; y iv) la desviación de poder[1842]. El control mínimo comenzó a partir de 1875 y se consolidó a lo largo del siglo XX. Se dio aún frente a los actos mediante los cuales la administración "dispone del poder discrecional".

[1842] Ver LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 111.

l) El poder de apreciación y su asimilación a lo "discrecional"

1) En 1912 el Consejo de Estado en el fallo "*Abate Bouteyre*"[1843] se argumentó, entre otras cosas, que el poder de apreciación que habitualmente se calificada como "discrecional", se otorgaba a la administración en forma expresa o implícita (en este último caso, se admitía cuando el gobierno se ocupaba de preservar el buen funcionamiento de los servicios públicos).

2) Se reconoció que el poder de apreciación debía ejercerse legalmente y de acuerdo con el objetivo para el cual fue creado. También el principio de igualdad debía ser respetado.

3) La inmunidad jurisdiccional se consagraba respecto de las "razones por las cuales se ejercía el poder", a no ser que se configurase desviación de poder.

ll) El control de la calificación jurídica de los hechos

1) El Consejo de Estado en el fallo "*Pariset*"[1844] de 1875, consagró la desviación de poder como una nueva forma de nulidad,en 1910 comenzó a controlar el error de hecho[1845]. Sin embargo,

2) Ello no obstante, se atribuye al caso "*Gomel*"[1846] (1914) el punto de partida de la abundante jurisprudencia relacionada con el control de la *calificación jurídica de los hechos* por el juez de la acción de nulidad.

[1843] CE 10 de mayo de 1912, ABATE BOUTEYRE, Rec. 553, concl. Helbronner, síntesis y observaciones del fallo en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 92 a 95.

[1844] CE 26 de noviembre de 1875, PARISET, Rec. 934 ver sumario y observaciones del fallo en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 16 a 20.

[1845] "Pessay", 13 de mayo de 1910, REc. 405, citado en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 107.

[1846] CE 4 de abril de 1914, Rec. 488. La síntesis y las observaciones de la doctrina al fallo se pueden apreciar en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes

3) El control de la calificación jurídica de los hechos implica que, cuando la administración deba ponderar circunstancias de hecho a las que se refiere una norma, el juez debe controlar si los "hechos" eran los que el texto presuponía. Es decir, si realmente los hechos justificaban la decisión adoptada.

4) En "*Gomel*" la discusión que se había sometido a decisión del Consejo de Estado, se relacionaba con la facultad del prefecto para denegar la licencia de construcción, cuando un proyecto atentare contra "una perspectiva monumental".

5) El Consejo de Estado entendió que era competente para: por un lado, verificar si la ubicación de la construcción proyectada estaba incluida dentro de una perspectiva monumental existente. Por otro, y en caso afirmativo, debía desentrañar si la construcción podría atentar contra la misma.

m) El célebre fallo "Camino" (1916) [1847] y el control de la exactitud material de los hechos. La inmunidad jurisdiccional de la "conveniencia" de los actos administrativos.

1) En "Camino" el Consejo resolvió que no se puede apreciar la conveniencia de los actos administrativos en el marco de la *acción de nulidad.*

2) En cambio, le compete, por un lado *verificar la materialidad de los hechos que motivaron esos actos.* Por otro, en caso en que éstos se establezcan, buscar si de acuerdo con la ley, podrían motivar la aplicación de la hipótesis prevista por la norma.

Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 106 a 109.

[1847] CE 14 de enero de 1916, CAMINO, Rec. 15 (S. 1922.3.10, concl. Corneille. RDP 1917.463, concl. Corneille, nota Jéze. Ver síntesis y observaciones del fallo en LONG Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DEVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa, p. 109 a 111.

n) La demarcación precisa de los límites del poder discrecional en el fallo del Consejo de Estado "*Barel*" (1954).

1) El fallo "*Barel*" provocó una gran trascendencia jurídica y política en Francia.

En lo jurídico, definió con precisión los límites del poder discrecional y estableció las reglas sobre la carga de la prueba y las facultades de instrucción del juez administrativo.

En el plano político, fijó completamente el alcance del principio de libertad de opinión de los funcionarios.

ñ) Breves consideraciones acerca de la concepción jurisprudencial actual de la separación de poderes y la escisión entre autoridades administrativas y judiciales (artículos 10 y 13 de las leyes 16 y 24 de agosto de 1790).

1) El 23 de enero de 1987, el Consejo Constitucional francés se pronunció respecto de la competencia de la jurisdicción administrativa. Se alude al "valor constitucional" de la separación de poderes y de la justicia administrativa

2) El Consejo Constitucional francés distingue el "valor constitucional de la separación de poderes" del "principio de valor constitucional" de la jurisdicción administrativa y su competencia propia.

3) Se determinó que la separación entre autoridades administrativas y judiciales, *per se*, no tiene "valor constitucional"; es decir, no constituye una consecuencia necesaria del principio de separación de poderes que sí lo tiene.

4) La doctrina moderna francesa, al analizar el fallo, entiende que conforme "la concepción francesa de la separación de los poderes", existen "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República". Uno de ellos es el que determina la separación entre la jurisdicción administrativa y la autoridad judicial.

La noción de "principio fundamental reconocido por las leyes de la República", se presenta como un principio esencial prescripto por el legislador republicano.

5) Sobre esta base, la jurisdicción administrativa y su competencia propia, constituye un "principio de valor constitucional".

6) Por tanto, la separación de poderes posee valor constitucional y determina una serie de principios fundamentales que tienen valor constitucional. De ahí que la jurisdicción administrativa constituya un principio de valor constitucional.

o) Los criterios para evidenciar la existencia de la jurisdicción administrativa según el Consejo Constitucional

1) La jurisprudencia del Consejo Constitucional distingue las materias reservadas *por naturaleza* a la autoridad judicial. Estas materias, se relacionan con los aspectos relativos a la libertad individual, al derecho de propiedad, al Estado y a la capacidad de las personas y al funcionamiento de los servicios judiciales.

2) En otro ámbito, se presenta un dominio específico de la competencia de la jurisdicción administrativa con fundamentos en los criterios *orgánicos* y *formales*.

3) El criterio orgánico abarca el ámbito de las decisiones adoptadas "por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las colectividades territoriales de la República o los organismos públicos colocados bajo su autoridad o control".

4) El criterio formal se relaciona con el "*ejercicio de las prerrogativas (exorbitantes del derecho común) del poder público*". Además, se reconoce al legislador la posibilidad de regular

los detalles del principio. El Consejo constitucional se sitúa únicamente en un plano constitucional y no impide la adopción de otros criterios de competencia como: "la noción de servicio público".

NOTAS AL CAPÍTULO II, III, IV Y VII

ESTADOS UNIDOS: ESTADO DE DERECHO Y PODERES DISCRECIONALES.

§1. Introducción.

LOCKE [1848] y MONTESQUIEU proporcionaron a los norteamericanos las herramientas argumentales para presentar la separación de poderes como un principio fundamental. Sin embargo, la doctrina de la separación de poderes sería "atravesada" por la concepción de los frenos y contrapesos [1849]. Por ello,a diferencia de Francia,Estados Unidos es desde sus inicios un Estado Constitucional en sentido moderno.

En Estados Unidos la discrecionalidad nunca pudo concebirse como una actividad completamente libre, pues desde sus inicios el Poder Ejecutivo nació limitado por el derecho. No obstante, como veremos a lo largo de este capítulo, se terminó moldeando con la aceptación y el uso de los tribunales judicialesde la "doctrina de la deferencia".

Para comprender la problemática de la discrecionalidad en Norteamérica, es preciso repasar brevemente el surgimiento histórico de su Estado.

[1848] MUÑOZ MACHADO, además de la influencia de LOCKE, destaca la de PUFFENDORF y J.J. BURLAMAQUI en los orígenes ideológicos de la revolución norteamericana. Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. I, p. 128.

[1849] En 1770, un periódico de Boston publicaba que "los derechos y privilegios del pueblo habían cedido su lugar a un sistema de equilibrio (cheks and balances). Ver DIPPEL, Horst, Constitucionalismo moderno, p. 31 con cita de Merrill JENSEN, The American RevolutionwithinAmerica, New York, 1974, p. 170 y 171. Desde un sector doctrinal, los frenos y contrapesos de la Constitución americana, suponían correcciones al absoluto monopolio de cada una de las funciones por el poder titular de las mismas, "…pero sin permitir que ningún poder pueda asumir más de una función. Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. I, p. 141 y 142. Por otra parte, la doctrina prescindía a priori, de la tradición monárquica o aristocrática. Ver VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 158. Por lo general se sostiene que los Estados que participaron en la Convención de Filadelfia y suscribieron la Constitución americana, incorporaron la mayoría de los principios e instituciones del sistema jurídico británico vigente durante la época colonial. Ver, por todos, CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), Civitas, Madrid, 1996, p. 94 y 95, y los autores americanos citados en nota 5. En nuestro país, se afirma que la Constitución de Filadelfia tenía, entre otras características esenciales, un sistema de separación de poderes con frenos y contrapesos. Ver, GARCÍA-MANSILLA, M. J., RAMÍREZ CALVO, R., Las Fuentes de la Constitución Nacional, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 16. Asimismo, los precitados autores entienden que Madison (cuya influencia fue decisiva en el derecho norteamericano), comprendió que no era suficiente establecer facultades limitadas de los poderes públicos sino que resultaba también necesario crear incentivos para que cada poder se opusiera a las usurpaciones de los otros poderes. Madison, entonces, establecía una división parcial de funciones dentro de un sistema recíproco de controles. Ídem, p. 20.

En 1776 se dictó la Constitución de Virginia[1850] (ratificada el 29 de junio de 1776) que concretó el surgimiento formal del constitucionalismo moderno [1851] . Ese instrumento jurídico – político comenzaría a ocupar un rol central la cuestión de la limitación del poder[1852]. Veamos los principios básicos enunciados en la Declaración de Derechos de Virginia: 1) la soberanía del pueblo, 2) los principios universales, 3) los derechos del hombre, 4) el gobierno representativo, 5) la Constitución como ley suprema, 6) la separación de poderes, 7) el gobierno limitado, 8) la independencia e imparcialidad del poder judicial y 9) el derecho del pueblo a enmendar y revisar la Constitución[1853].

Estos principios, darían surgimiento al constitucionalismo moderno en Norteamérica[1854] , y claramente concibieron a un "ejecutivo" (aunque se lo postulara

---

[1850] En el fallo "*InmigrationNationalService v. Chadha*" (462 US 919,1983), la Corte trajo a colación el principio en los siguientes términos: "…el principio de separación no es tan sólo una generalización abstracta en la mente de los constituyentes, sino que por el contrario se incluyó en el documento que redactaron en Filadelfia en el verano de 1787". Ver, BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 482 y 482, con cita del fallo "*Buckley v. Valeo"* (1976).

[1851] Se sostiene en forma tajante que el constitucionalismo moderno nace el 12 de junio de 1776 con la promulgación de la "Declaración de Derechos de Virginia". Ver, DIPPEL Horst, *Constitucionalismo moderno*, Traducción de Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 185.

[1852] Con la declaración de derechos de Virginia, por primera vez un texto constitucional se convertía en el fundamento y la base del gobierno. Ver DIPPEL, Horst, *Constitucionalismo moderno*, p. 186.|| Tal como afirma LOWEINSTEIN: "Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo". El fundamento de su teoría constitucional radica en determinar si "…el poder [entre los diferentes sistemas políticos], a lo largo del proceso gubernamental, está atribuido a varios, en sí independientes, detentadores del poder, entre los cuales, por lo tanto, está distribuido para un común ejercicio del dominio, o si dicho poder del dominio está concentrado en un solo detentador del poder, que lo monopoliza" (Ver: LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, segunda edición, traducción y estudio de GALLEGO ANABITARTE Alfredo, Ed. Ariel, Barcelona, 1976, p. 29 y ss.).

[1853] Ver, DIPPEL, Horst, *Constitucionalismo moderno*, p. 186.

[1854]En nuestro país CASSAGNE afirma la influencia de MONTESQUIEU en el derecho norteamericano. Ver, CASSAGNE, Juan Carlos, *La Justicia Administrativa*, *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, T. I, p. En el derecho español, desde un sector de la doctrina se ha reconocido la influencia de LOCKE, MONTESQUIEU y ROUSSEAU en el ánimo de los constituyentes de Filadelfia, Ver, BOQUERA OLIVER, *Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa*, p. 59. También es relevante destacar que CASSSAGNE recientemente ha destacado la influencia de las concepciones políticas y principios jurídicos fundamentales del antiguo Derecho hispánico en las *Fundamental Orders* de la colonia de Connecticut de 1639, considerada como la primera expresión de los principios liberales y republicanos que se plasmaron luego en las Constituciones de las demás colonias y distintos Estados "…*cuya recepción culminó en la Constitución de 1787*". Ver CASSAGNE J. C., *El principio de legalidad y el control judicial de la actividad administrativa*, p. 58 con cita de RODRÍGUEZ VARELA A., *La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, p. 234 y ss. JELLINEK ha resaltado que la Fundamental Orders de Connecticut apareció bajo la forma de un contrato llevado a cabo entre los colonos. Ella fue la base de la carta que concedió a la colonia Carlos II, carta que fue confirmada por el pueblo en 1776 como Constitución del Estado libre y sustituida más tarde en 1818 mediante una nueva Constitución. Ver, JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, p. 636 y 637. Por el contrario, TRISTÁN BOSCH entendía que MONTESQUIEU no influyó en la formación constitucional de los Estados Unidos. El autor argentino reconocía que esta opinión era contraria a lo que comúnmente sostenían los autores que se ocupan de esta materia. Por otra parte, consideró que la obra de MONTESQUIEU se hizo popular en los

como un poder fuerte e independiente[1855]) en una posición diferente a la de otros países del derecho continental europeo[1856].

Tempranamente en Norteamérica se estructuró al Estado en tres ramas distintas y diferenciadas y se abolieron los Consejos del Gobernador que intervenían en todos los asuntos[1857]. Aquí es donde se pretendió despojar a los Gobernadores de los poderes "discrecionales" al eliminar el "derecho de veto"[1858], dejando como "*único vestigio de poder discrecional*"[1859] al poder ejecutivo la tarea de conceder indultos.

En este esquema, se pretendió modificar el rol otorgado al poder ejecutivo: debía ser el encargado de poner en práctica las normas elaboradas por el poder legislativo. Se consagraba, así, el principio de vinculación positiva mediante el cual no podía ejercerse ningún poder que no estuviera definido por ley y, además, tampoco debía establecerse ninguna disposición aplicable a circunstancias no previstas en la ley[1860].

Estas razones, llevan a VILEa sostener que se eliminaba así:

Estados Unidos y éstos, vieron en ella, una conformación racional de sus ideas prácticas. En definitiva, la influencia de MONTESQUIEU real fue ínfima aunque en sus lineamientos generales coincidió con los principios de organización estatal dados en la citada obra. (*Ver*: TRISTÁN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, p. 133, 134 y nota nº 155 y p. 148 a 150). A posteriori, el autor argentino se refirió en los siguientes términos respecto de la Constitución de Filadelfia: "*se han hecho aplicación de los verdaderos principios*" de la obra de MONTESQUIEU, aún cuando el sistema se presentó más complejo y diverso en muchos otros sentidos. (TRISTAN BOSCH, *ob. Cit.*, pp. 165 y 166).

[1855] Conforme el examen de la convención constituyente que redactó la Constitución de Filadelfia. *Ver*: TRISTÁN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, p. 158. La doctrina francesa, entendía que la Constitución americana de 1787 establecía una separación rígida entre los poderes políticos y, en particular, entre el Ejecutivo y el Legislativo. Ver: HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ediciones Ariel, traducción de la cuarta edición francesa por José Antonio González CASANOVA, España, 1971, p. 239.

[1856]Como bien ilustra MUÑOZ MACHADO, en América existía una desconfianza hacia el legislativo y no del ejecutivo. El primero tenía una tendencia más natural al abuso de su poder. *Ver*: MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 134. En tal sentido, el autor español describirá "Dos métodos para evitar el absolutismo legislativo". Ellos serían el Federalismo y la supremacía de la Constitución. (MUÑOZ MACHADO, *ob. cit.*, p. 135 a 141).

[1857] La declaración de independencia de 1776 procura disminuir el poder del órgano ejecutivo y en forma correlativa, el aumento de las facultades atribuidas al cuerpo legislativo. TRISTÁN BOSCH, Jorge, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, p. 135.

[1858] La Corte Suprema de Estados Unidos hacia fines del siglo XX se pronunció en relación al derecho de veto en el precedente "*InmigrationNationalService v. Chadha*" (1983). Se analizó el principio de separación de poderes y, desde cierto sector de la doctrina española, se sostiene que "En pocas ocasiones el principio de separación de poderes ha sido tan detenidamente interpretado…". Ver, la traducción y presentación en BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 476, con cita del fallo publicado en 462 US 919. Entre otras cosas, en el fallo precitado se sostiene, con cita de HAMILTON, que la primera ventaja de conferir el poder de veto al ejecutivo es darle un arma para defenderse. Ídem, p. 484.

[1859]VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 150.

[1860]VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 150.

"…*de un plumazo el problema que suponía la existencia de un poder con facultades discrecionales en el seno del Estado, un asunto al que LOCKE había prestado gran atención, que Montesquieu había pasado por alto en gran medida, y que finalmente, en la atmósfera de exaltación democrática de los patriotas americanos, dejó simplemente de existir*"[1861].

§2. El debate por los poderes discrecionales

Si bien por un lado se comenzaba a construir un sistema "sin poderes discrecionales" sustanciales, por otro se comenzaron a plantear sucesivos intentos para modificar las funciones propias de un "presidente ejecutivo"[1862]. Se originó así una evidente necesidad de independencia del ejecutivo, que venía acompañada por un replanteo en cuanto a su supuesto rol de mero aplicador de la ley[1863].

Es decir, la dinámica del ejercicio de la función ejecutiva requería, en los hechos, *potestades discrecionales*[1864] que no encajaban en el modelo teórico adoptado. Por tanto, se planteaba si "…*aquel recurso seguía siendo necesario cuando, en vez de un rey, lo que había era simplemente un cargo ejecutivo*"[1865]. Más aún, la historia de la doctrina constitucional durante la década que transcurrió entre la Constitución de Georgia (1777) y la constitución

[1861]VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, ps. 150 y 151.

[1862]Como bien destaca VILE no se puede afirmar que estas manifestaciones reflejen con exactitud la realidad de todos los Estados integrantes del país norteamericano. No obstante, a nuestro entender, en cierta medida las manifestaciones de VILE evidencian un problema que, a posteriori, se abordaría principalmente por la nutrida jurisprudencia norteamericana emanada en el siglo pasado (Ver, VILE, Ob. Cit., p. 151) TRISTÁN BOSCH, por su parte, destacaba que, como contrapartida a un típico sistema judicialista, comenzaba a justificarse en norteamericana la delegación del ejercicio de las funciones jurisdiccionales en órganos del poder administrador. Ver, TRISTÁN BOSCH, ¿*Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración?*, p. 224 y ss.

[1863] HAMILTON sostenía que un buen gobierno presupone, como uno de sus elementos salientes, un poder Ejecutivo con una energía esencial para proteger (entre otros) a la comunidad y para la firme administración de las leyes. Textualmente afirmaba "Un Ejecutivo débil significa una ejecución débil del gobierno. Una ejecución débil no es sino otra manera de designar una ejecución mala; y un gobierno que ejecuta mal, sea lo que fuere en teoría, en la práctica tiene que resultar un mal gobierno". Ver, El Federalista, Prólogo y traducción de VELASCO R., Gustavo, *Fundación de Cultura Económica*, tercera reimpresión, México, 2010, p. 297.

[1864] Textualmente argumenta VILE: "Los demás vestigios de poder discrecional presentaban dificultades similares. ¿Quién debía disponer del poder para nombrar a los cargos? La solución más frecuente entre los revolucionarios fue confiar esta tarea al cuerpo legislativo en la medida de lo posible, disminuyendo así la autoridad del Gobernador; sin embargo, el considerar aquella capacidad como parte del poder legislativo tenía difícil justificación. Por otra parte, conceder este poder al Gobernador podía darle la oportunidad de crear una red de relaciones e influencias que le convirtiera en algo más que un simple cargo ejecutivo, e incluso le permitiera aspirar a un poder semejante al que había obtenido la Corona en Inglaterra a través de aquellos dudosos métodos". VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 159.

[1865]VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 159.

Federal consistió (en parte), en una búsqueda de bases teóricas para resolver "…*el problema que planteaban los antiguos poderes discrecionales de la Corona*"[1866].

En concreto, se discutió el poder de veto, el poder de firmar tratados o de declarar la guerra y la paz y, lo que se denominaba *impeachment*británico, que constituía una herramienta utilizada para controlar el poder del monarca.

En este contexto, 1779 y 1780[1867]fueron años en donde se comenzó a gestar la reacción contra el sistema, planteándose considerar "aceptable" conceder a los Gobernadores la posibilidad de vetar legislación con el fin de limitar el poder legislativo. No obstante, esta iniciativa no se concretó en al artículo XXX de la Constitución de Massachussets de 1780, cuya redacción resultaba, en lo que a nuestro ordenamiento importa, particularmente familiar.

Allí se afirmaba que:

> *"En el gobierno de esta república, el departamento legislativo jamás ejercerá los poderes ejecutivo y judicial, ni ninguno de ellos por separado; el ejecutivo jamás ejercerá los poderes legislativo y judicial, ni ninguno de ellos por separado; y el judicial jamás ejercerá los poderes legislativo y ejecutivo, ni ninguno de ellos por separado, con el fin de que sean las leyes las que rijan este Estado…"*[1868].

Desde esta plataforma compleja, que pretendía formalmente una separación drástica de los poderes, aparecieron dos elementos de vital importancia que "atravesarían" el organizacional del Estado y alterarían la relación rígida postulada hacia los tres grandes órganos. Nos referimos al control judicial de constitucionalidad (*judicial review*)[1869] y a la admisión de las cuestiones no justiciables[1870].

[1866]VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 159.

[1867] En el período 1780/1870, se consagraría (en la interpretación de BIANCHI) la "puesta en marcha" del Constitucionalismo. Ver BIANCHI, A., *Apunte preliminar para el estudio de la Historia del Derecho Constitucional*, El Derecho, Tomo 183, Buenos Aires, 1999, p. 1056 y ss.

[1868]VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 166. En similar sentido, se referencia en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control de la administración*, Thomson-Civitas, Sexta edición, 2009, p. 206.

[1869] Los orígenes del control judicial de constitucionalidad pueden ser apreciados en BIANCHI Alberto, *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, T. II, p. 151 a 157. Como bien señala el precitado autor, en los comienzos del control de constitucionalidad deben ser identificados tres períodos distintos: a) desde la Independencia hasta la publicación del n°78 de El Federalista de Alexander Hamilton; b) desde este hasta "Marbury" y c) desde el fallo citado hasta la finalización de la Corte bajo Marshall. Ídem, p. 157 nota 87, con cita de SNOWISS, Sylvia, *The Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven, Londres, 1990, p. 1 a 5. En el mismo sentido, BIANCHI A., *Control de Constitucionalidad*, T. 1, p. 74 y nota 133.

La doctrina de la separación de poderes, por sí sola, no resultaba suficiente para justificar una doctrina del control judicial de constitucionalidad[1871]. De hecho, desde cierta concepción, aquella doctrina se presentaba como incompatible con dicho control[1872].

En suma, en este período, la discusión en Norteamérica, a grandes rasgos, discurría por dos cuestiones esenciales que producían un quiebre o fisura en el desarrollo clásico o rígido de las funciones de los tres grandes órganos del Estado.

Por un lado, los diferentes poderes discrecionales (por ejemplo el poder de veto) y, por otro, el control de constitucionalidad[1873]. Ambos requerían un desarrollo teórico que aportaría la doctrina del sistema de frenos y contrapesos como límite al uso impropio del poder.

Ahora bien, desde un plano normativo, el Consejo de Revisión previsto por la Constitución de Nueva York de 1777 y las revoluciones de los primeros tribunales de los Estados, contribuyeron a consagrar en la Convención Federal[1874] el control de

---

No debe perderse de vista que el denominado "judicial review" fue ampliamente debatido entre la elite revolucionaria hasta el extremo de que en 1787 incluso la Convención constitucional acabó por rechazar la idea de que el Tribunal Supremo "pudiera declarar nula una ley inconstitucional". Ver DIPPEL, Horst, *Constitucionalismo moderno*, p. 34 con cita de los debates del 21 de julio y 15 de agosto de 1787, en FARRAND (ed.), Records of the Federal Convention, II, p. 73 a 80 y 299 a 301.

[1870] Como bien señala BAEZA, el *judicial review* fue una creación pretoriana al igual que la doctrina de las cuestiones políticas (*politicalquestions*). Ver, BAEZA, Carlos, *Cuestiones Políticas*, p. 125.

[1871] A lo largo del siglo XVIII, principalmente en los últimos treinta años, los tribunales norteamericanos dictaron diversas sentencias que reconocieron el principio de supremacía del ordenamiento constitucional. Ver, BIANCHI Alberto*, Historia Constitucional de los Estados Unidos*, T. II, p. 155 y 156, nota 85, con cita de LINARES QUINTANA, Segundo V., T*ratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, vol. 2, Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 258.

[1872] VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 176. En similar sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, trae a colación las palabras de JEFFERSON quien afirmaba "…la opinión de que la Constitución ha dado a los jueces el derecho de decidir lo que es constitucional y lo que no lo es, no sólo en su propia esfera de acción, sino también en las del Legislativo y el Ejecutivo, haría del Poder Judicial un poder despótico". Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control de la administración*, Thomson-Civitas, Sexta edición, 2009, p. 203 y 204. En el mismo sentido, KELSEN sostuvo que el *judicial review* constituyó un: "…indudable quebrantamiento del principio de la separación de poderes".

[1873]Para VILE, el control de constitucionalidad, se justificaba en parte, por el argumento de que la mera existencia de una Constitución hace que el cuerpo judicial tenga el deber de no aplicar las leyes que entren en conflicto con esta norma fundamental, circunstancia que no era receptuada por todos los países que tenían Constitución escrita. VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 176. En nuestro país, con el rigor metodológico y la exhaustividad que lo caracteriza, BIANCHI pone de relieve la génesis y evolución del Control de constitucionalidad, ver, BIANCHI, Alberto B., *Control de Constitucionalidad,* T. I, 2ª edición, actualizada, reestructurada y aumentada, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 29 y ss.

[1874]La Convención concebía el modelo de separación de poderes combinado con el de los frenos y contrapesos.

constitucionalidad[1875]. Se atribuyó así de forma expresa la facultad de los jueces para dejar sin efecto todos los actos inconstitucionales[1876].

Paralelamente, la doctrina francesa calificaría a la Constitución Americana de 1787 (al igual que la francesa del 3 de septiembre de 1791), como una separación rígida entre los diversos poderes[1877]. Sin embargo, HAURIOU reconocía que la separación total de poderes organizada por la Constitución de 1787, se vio atenuada en la práctica de dos maneras. Primero, porque se aumentó el papel del presidente de los Estados Unidos. Segundo, por "…haberse establecido un cierto ´parlamentarismo de pasillos´, [ya que] los diversos secretarios o ministros toman contactos oficiosos pero eficaces con el Congreso"[1878].

§3. La inmunidad judicial de las potestades discrecionales y de los actos políticos. A propósito de *"*Marbury v. Madison*"*

La doctrina que por lo general se ocupa de "*Marbury v. Madison*"[1879]/[1880], pretende destacar la consolidación del control de constitucionalidad de las leyes[1881]. Aunque

---

[1875] En sus orígenes, numerosos autores se levantaron contra el control de constitucionalidad, parafraseando a tales controles como "ligaduras de tela de araña para atar leones". FISCHER David H., *The Myth of the Essex Junto*, William and Mary Quarterly, vol. XXI, nº 2, abril de 1964, p. 207, citado por VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 108, nota al pie nº 106. Alexander BICKEL decía al respecto: "la menos peligrosa de las ramas del gobierno norteamericano es la más extraordinariamente poderosa corte de justicia que el mundo haya conocido. El poder que distingue a la Corte Suprema de los Estados Unidos es el control constitucional de los actos de los (sic) restantes ramas del gobierno federal y de los estados. Curiosamente, este poder de revisión judicial, como es llamado, no deriva de ningún mandato constitucional explícito. La autoridad para determinar el significado y aplicación de una Constitución escrita no está definida o mencionada en parte alguna del documento. Ello no significa que el poder de revisión judicial no tenga lugar en la Constitución o que no pueda ser encontrado en ella". Ver BIANCHI, Alberto, *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo. (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos). Primera Parte*, El Derecho, 1999, T. 184, p. 938 y nota 322, con cita de BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, the Supreme Court at the Bar of Politics, 2nd. ed., Yale University Press, 1986, p. 1.

Desde cierto enfoque doctrinal argentino, se entiende que la interpretación de la separación de poderes y la creación de todos los frenos y contrapesos (así como la vigencia de la Constitución como norma jurídica inmediatamente invocable por los particulares) determinaron el control judicial de constitucionalidad. Ver, GARCÍA-MANSILLA-RAMIREZ CALVO, *Las fuentes de la Constitución Nacional*, p. 23, con cita de MCILWAIN, Charles H., *The Fundamental Law venid theConstitution of theUnitedStates,* en TheConstitutionReconsidered, Columbia UniversityPress. Nueva Cork, 1938, p. 3.

[1876] VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 176 y 177.

[1877] *Ver*: HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Ediciones Ariel, traducción de la cuarta edición francesa por CASANOVA, José Antonio González, España, 1971, p. 239 y CARRE de MALBERG, *Teoría General del Estado*, p. 772, 774 a 777.

[1878] HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 241.

[1879] En la lectura de MUÑOZ MACHADO, este caso era la continuación de una doctrina que ya había sido establecida incluso antes de la aprobación de la Constitución Federal a través de una serie de resoluciones de los Tribunales de los Estados en los que se anteponía la Constitución a las leyes. Cita a los precedentes "*Commonwealth v. Cato*" resuelto por la Corte de Apelación de Virginia en 1782; "*Trevett v. Weeden*" de 1786 del Tribunal Supremo de Rodhe Island; "*Bayard v. Singleton*" de 1787 resuelto por el Tribunal Supremo de Carolina

éstno es la única consecuencia relevante de la conocidísima sentencia. Veamos este caso en que se resolvió la inmunidad judicial de los actos discrecionales.

El 17 de febrero de 1801, a 24 años de la declaración de independencia y a 11 años de la sanción de la *JudiciaryAct*, luego de una reñida elección presidencial que había culminado con un empate virtual, la Cámara de Representantes eligió a Thomas JEFFERSON como presidente de los Estados Unidos.

El 4 de febrero de ese año, se designa a John MARSHALLcomo Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Marshall, antes de ocupar este cargo se desempeñó como Secretario de Estado de la Administración saliente, encabezada por John Quincy ADAMS.

Desde la elección de JEFFERSON hasta su asunción como presidente el 4 de marzo ocurrirían hechos trascendentes.

El presidente saliente – además de la designación de MARSHALL – dispuso tres medidas que originarían un fuerte enfrentamiento con el presidente entrante.

Por un lado, propuso la modificación de la *JudiciaryAct* y redujo el número de jueces de la Corte Suprema de seis a cinco. La razón ofrecida públicamente fue que el sexto juez del alto tribunal, CUSHING, estaba enfermo y no podía desempeñar su función. Pero era obvio que esa reducción le quitaba a Jefferson la posibilidad de, una vez, asumido su cargo, designar a un reemplazante. En el proyecto también se creaban 16 cargos de jueces de circuito. Esta propuesta fue aprobada por el Congreso el 13 de febrero.

---

del Norte. Ver, MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 137.

[1880] Ver GARCÍA de ENTERRÍA, E., Democracia, Jueces y Control de la Administración, Sexta Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2009, p. 181 y BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América,* Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 93.

[1881] En relación a este precedente, LOZANO argumenta con acierto que constituye el primer pronunciamiento en que, aplicando las reglas de un sistema de revisión judicial, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de la ley de oficio porque la ley ampliaba la competencia de la Corte originaria que había sido establecida exclusivamente por la Constitución. Ver, LOZANO Luis, F., *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Ad-Hoc, Estudios de Derecho Procesal Constitucional –III-, Buenos Aires, 2004, p. 19 y nota 3, con cita del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Electrometalúrgica Andina c/Provincia de San Juan" (Fallos, 302:150). En este último precedente, sin pedido de parte legitimada, nuestro máximo tribunal federal declaró que su jurisdicción no podía ser extendida por ley a controversias que no reuniesen las condiciones de un caso justiciable.

Por otro lado, envió un nuevo proyecto referido a la Carta Orgánica del Distrito de Columbia. En ese proyecto se creaban juzgados de paz para el distrito, unidades que estarían a cargo de jueces que se desempeñarían por 5 años en el puesto. El Congreso aprobó la ley el 27 de febrero y autorizó al presidente a designar los magistrados para ocupar esos puestos.

El 2 de marzo, es decir, un día antes de que JEFFERSON asumiera el cargo de presidente, Adams propuso a 42 personas para cubrir esos cargos y al día siguiente el Senado prestó acuerdo. Rápidamente, Adams firmó todas las designaciones y comenzó a notificar a cuantos jueces se pudiera. Se trabajó durante toda la noche corriendo con esas diligencias pero, a causa de la cantidad de nombramientos, los correspondientes a Marbury y sus tres lites consortes quedaron sin ser formalmente comunicados a sus destinatarios. El oficial notificador era James MARSHALL, hermano del nuevo presidente de la Corte y simultáneamente, secretario de Estado.

Una vez que JEFFERSOn asumió ordenó a su secretario de Estado, WillianMADISON, que retuviera las designaciones pendientes.

En ese contexto, MARBURYy otros que también contaban con acuerdo del Senado, solicitaron al Secretario de Estado que se les notificaran sus designaciones. Pero Madison nunca lo hizo. Ante el silencio de Madison, los cuatro perjudicados, iniciaron demanda ante la Corte Suprema, invocando su competencia originaria y solicitándole que ordenara a Madison, a través del *writ of mandamus*, que los pusiera en funciones.

El tribunal solicitó al demandado que informara sobre la exactitud del reclamo y, eventualmente, las causas por las cuales habían retenido esas notificaciones. Madison nunca respondió.

Por una ley del Congreso de 1802 se impidió que la Corte resolviera, aboliendo el inicio de los períodos de reuniones de la misma. De allí que la decisión se conociera dos años después de iniciada la causa en 1803[1882].

[1882] La referencia histórica que hasta aquí se presentó es una reproducción de la realizada por GARAY, Alberto en su artículo: "*La enseñanza del caso "Marbury vs. Madison"* publicado en: *Revista Academia. Revista sobre la enseñanza del derecho*, año 7, número 13, 2009, ps. 121 – 136.

Finalmente, la Corte decide que la ley invocada por MARBURYpara surtir competencia originaria del Tribunal era inconstitucional, lo que la privaba de la jurisdicción del caso. Hasta aquí los hechos relevantes del caso.

Esta sentencia, a la vez, cambia radicalmente el estilo judicial imperante hasta entonces pues se establece lo que se conoce hasta hoy en día como la "Opinión de la Corte" (*Opiniun of theCourt)*.

Ahora bien, con relación a la compresión de los poderes discrecionales de la Administración, este fallo resulta de particular importancia para su comprensión, puesto que consagró, de modo expreso, las siguientes categorías[1883]:

i) La "doctrina de las cuestiones políticas"[1884] o de los actos políticos;

ii) La inmunidad judicial de los actos discrecionales[1885].

Sin embargo, las *Politicalquestiones* y los actos discrecionales constituyeron categorías asimilables *ab initio* [1886]. Como bien ilustraba TOCQUEVILLE, los

---

[1883] Para entender todas las circunstancias y los hechos relevantes del caso, remitimos al lector a BIANCHI A., *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, T. I, p. 157 a 174 y el mismo autor en Control de Constitucionalidad, T. 1, p. 72 a 92; asimismo, ver BAEZA, Carlos, R., *Cuestiones políticas*, El control de constitucionalidad y las autolimitaciones de la Corte Suprema, Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 76 a 80. En el derecho español, ver la introducción y la traducción del fallo en BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 93 a 121. Para SAGÜES, María Sofía, este fallo constituye el primer "salto cualitativo" en el desarrollo de la jurisdicción constitucional en los Estados Unidos de América. Sostiene así que "*Tras este primer salto cualitativo en cuanto a la función de la Corte Suprema y del Poder Judicial Federal como órganos de constitucionalidad, la Corte continua perfilando, a través de una vasta jurisprudencia, los límites y paradigmas de un sistema difuso de control de constitucionalidad*". Ver, "*Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de "Lawrence v. Texas"*, en www.iidpc.org/revistas/1/pdf/211_231.pdf, p. 200 y 201 con cita de TRIBE, Laurence H., *American ConstitutionalLaw*, Mineola, New York, TheFoundationPress, Inc., 1978, p. 25 y STONE, Geoffrey R., SEIDMAN, Louis M., SUNSTEIN Cass R., TUSHNET Mark V., *Constitutionallaw*, Secondedition, Little, Brown and Company, p. 1 y ss, especialmente 84 a 126.

[1884] John MARSHALL, Presidente de la Corte Suprema, escribió: "En virtud de la Constitución de los Estados Unidos, el Presidente posee ciertas facultades políticas importantes, en el ejercicio de los cuales debe hacer uso de su propia discreción, y por las cuales es, en su carácter político, responsable solo ante su país y ante su propia conciencia… Los asuntos son políticos. Al haber sido confiados al Poder Ejecutivo, la decisión de este es definitiva. Las cuestiones que, en su naturaleza política, o que en virtud de la constitución o de otras leyes, estén reservadas al Poder Ejecutivo nunca podrán ser entendidas por este tribunal". *Ver*: CHEMERINSKY, Erwin, *Federal Jurisdiction*, Fourth Edition, Aspen, New York, 2003, p. 144, con cita de 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

[1885] GARCÍA de ENTERRÍA tempranamente advirtió la incidencia de este precedente en la materia contencioso-administrativa. *Ver*: GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Sexta Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2009, p. 181 a 183. En el mismo sentido: BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V.*, Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 98.

[1886] Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. I, p. 144.

norteamericanos reconocieron a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes: "…un derecho semejante ha sido algunas veces solicitado por los tribunales de otros países; pero no se les ha concedido nunca. En los Estados Unidos de América, es reconocido por todos los poderes…"[1887].

a) Los aspectos más relevantes del caso "Marbury". En concreto, la Corte Suprema decidió declarar inconstitucional la Sección 13 de la *JudiciaryAct*de 1789[1888]. Así, a la tercera pregunta del ponente del fallo (el juez Marshall), en cuanto a si *¿dicho remedio debe ser una orden (mandamiento) emanada de la Corte?,* el Tribunal respondió negativamente declarando la inconstitucionalidad de la sección 13 precitada[1889].

No obstante, el *poder discrecional* en el fallo[1890] es concebido, en primer término, al desarrollar la respuesta a la primera pregunta[1891]. Se consagró dicho poder de designación de las autoridades inferiores de los Estados Unidos[1892] cuando el Congreso lo autorizaba por ley. Se resolvió entonces que: "Cuando se trata de un funcionario *no revocable discrecionalmente*, es necesario fijar una fecha a partir de la cual cesan los poderes que sobre él tiene el Gobierno o la autoridad que lo nombró"[1893] (el destacado es nuestro).

Asimismo, se destacó que:

> *"En el caso de los funcionarios que pueden ser cesados discrecionalmente por el Gobierno, las circunstancias y requisitos que se refieren a su nombramiento no son*

[1887] TOCQUEVILLE Alexis de, La democracia en América, estudio introductoria de GONZÁLEZ PEDRERO, Enrique, Fondo de Cultura Económica, decimocuarta impresión, México, 2009, p. 107.

[1888] Coincidimos con BIANCHI en cuanto a que la Corte pudo haber rechazado el *writ of mandamus*(orden judicial dirigida a un funcionario, para que cumpla tareas específicas determinadas por ley. Es una acción o remedio extraordinario, que se requiere en forma inmediata y presupone la existencia de daños irreparables)por error en el planteo procesal, en vez de realizar una declaración de inconstitucionalidad por entender que no era competente para emitir el *writ of mandamus*. Ver: BIANCHI, Alberto, *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, T. I, p. 174.

[1889] Ver BIANCHI, Alberto, *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, T. I, p. 163 y 164.

[1890] Los extractos del fallo que citamos se han extraído de la traducción del mismo efectuada por BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V.*, Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*," 2da edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 99 a 121. Estos autores, citan al fallo publicado en 5 US (1*Cranch*) 137.

[1891] La pregunta se formulaba del siguiente modo "1° ¿Tiene el demandante derecho a que se le expida el nombramiento que reclama?"

[1892] "…la sección 2ª del artículo II de la Constitución autoriza al Congreso, por ley, a atribuir al Presidente, a los Tribunales de Justicia o a los jefes de los Departamentos ministeriales un poder discrecional de designación de las autoridades inferiores de los Estados Unidos…". Ver, BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 102.

[1893] BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América,* p. 103.

relevantes, ya que el nombramiento es en cualquier momento revocable…"[1894]*. "La discrecionalidad del Gobierno se puede ejercitar hasta el momento en que el nombramiento ha sido efectuado"*[1895].

Al abordar la segunda cuestión, que se relacionaba con el interrogante acerca de si al Sr. MARBURY ¿le proporcionan las normas un recurso adecuado?, la Corte entre otras cuestiones trajo a colación el "acto político" en los siguientes términos:

> *"¿La negativa a notificar o a expedir el acta de nombramiento puede considerarse un acto puramente político, que pertenece en exclusiva al Gobierno…? (…) de ser así (…) el interesado no tendría ningún recurso posible, al margen de la entidad o gravedad de su perjuicio. No se puede dudar de que estos casos existan. Pero no podemos admitir que cada acto obligatorio o vinculante que deba ser realizado por los Ministerios represente uno de tales actos políticos"* [1896] (el destacado nos pertenece).

Con posterioridad, y desde una perspectiva similar al derecho francés, la Corte entendió que resultaba necesario determinar "…si un acto del Gobierno o de un Ministerio puede ser enjuiciado por un Tribunal *depende de la naturaleza del acto de que se trate*. Si algunos actos son revisables y otros no lo son, entonces debe existir *alguna regla de Derecho* para guiar al Tribunal *en el ejercicio* de su jurisdicción"[1897] (el destacado nos pertenece).

La Constitución de los Estados Unidos, señalaba el fallo de la Corte, "…confiere al Presidente ciertos poderes políticos importantes, en ejercicio de los cuales *puede utilizar su propia discrecionalidad, respondiendo ante su país únicamente desde el punto de vista político* y, asimismo, ante su conciencia" (el destacado es nuestro). Si los funcionarios que auxilian al presidente, actúan por la "autoridad conferida y de conformidad con sus órdenes", entonces, los actos de aquellos serían también actos del Presidente. Ambos actos, en esta inteligencia, eran concebidos como:

[1894] BELTRÁN DE FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 107.

[1895] BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 108.

[1896] BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 109 y 110.

[1897] BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 111.

*"…**poderes discrecionales (…) que no están sometidos a ningún tipo de control.Las materias sobre las que versan son de naturaleza política**. Son poderes que conciernen a la nación, no a los derechos individuales, y desde el momento en que están confiados al Gobierno, la decisión que adopten es definitiva"*[1898] (el destacado no es del original).

Esto es reiterado luego cuando el Tribunal concluyó que:

"…cuando los responsables de los departamentos ministeriales actúan como agentes políticos y los miembros del poder ejecutivo ejecutan la voluntad del Presidente, o están llamados a actuar en aquellos casos en los cuales el Gobierno posee un poder discrecional otorgado por la Constitución o las leyes, es evidente que en tales casos sus actos son fiscalizables sólo políticamente"[1899].

Cuando la Corte abordó la tercera cuestión (respecto de si el recurrente tenía derecho a obtener el pronunciamiento que pide), al analizar la naturaleza de la reparación que solicitara MARBURY (punto a), con cita de BLACKSTONE (respecto de la definición del *mandamus*) afirmó:

"El papel de este Tribunal es únicamente pronunciarse sobre los derechos de los individuos, y no plantearse la manera en la cual [el] (sic) Gobierno y sus funcionarios llevan a cabo las funciones para las cuales son depositarios de un poder discrecional. Los asuntos políticos por naturaleza, o que la Constitución y las leyes colocan bajo la autoridad del Gobierno, no pueden ser discutidos ante este Tribunal"[1900].

En suma, en "MARBURY v. MADISON" se configuró claramente en una especie de relación de "mandato" entre el Presidente y los funcionarios que configuraba el poder discrecional de éstos cuando actuaran en "nombre" y a "cuenta" de la voluntad del "gobierno". Esta circunstancia se perfiló claramente cuando la Corte afirmó que si un funcionario "…actúa ejercitando sus poderes discrecionales, cuando es un mero

[1898] Y continúa: "La aplicación de este principio se percibe perfectamente analizando la Ley del Congreso por la que se crea el Departamento de Asuntos Extranjeros. Es obligación del titular del Departamento cumplir con sus funciones de acuerdo con la voluntad del Presidente. Es un mero órgano por el cual tal voluntad se exterioriza. Los actos de este funcionario no pueden ser examinados por los Tribunales". Ver, BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 111.

[1899] BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 112.

[1900] *Ídem*, p. 113.

órgano de la voluntad del Gobierno, cualquier intento de un Tribunal de censurar su conducta podría ser rechazado sin el menor problema"[1901].

Ahora bien, no obstante en *Marbury v. Madison* se trató por primera vez la doctrina de las cuestiones políticas, como bien afirma CHEMERINSKY, la Corte propuso una definición bastante reducida de dicha expresión.

En efecto, sólo incluía asuntos en los que el Presidente contaba con discreción ilimitada y, por lo tanto, no contemplaba violaciones constitucionales. Por ejemplo, el Presidente podía escoger entre firmar o vetar un proyecto de ley o decidir a quién designar en caso de existir una vacante en el Poder Judicial Federal. En suma, la Constitución confería al Presidente facultades plenarias estas áreas, y no se configuraban fundamentos para entablar una demanda por violación de la Constitución a pesar de la conducta del presidente. Pero si existía una demanda por algún otro tipo de violación de derechos individuales y si el demandante poseía legitimación activa, dicha acción no planteaba una cuestión política en virtud de lo establecido en *Marbury v. Madison*[1902].

§4. El tránsito hacia la consagración normativa del control de la discrecionalidad administrativa. El surgimiento de la doctrina de la deferencia y la evolución de la distinción entre "política" y "administración"

Hacia 1816, JEFFERSON comenzaba a rechazar el sistema de frenos y contrapesos, para inclinarse por la doctrina pura de la separación de poderes. Esta afirmación se sustentaba en la "antipatía hacia el poder ejecutivo y el respeto de las aspiraciones del Tribunal Supremo de lograr la supremacía judicial sobre otras ramas del Estado". Como solución al problema de los controles, se inclinaría por el control popular sobre los órganos del Estado.

Cabe destacarse que la Constitución de Filadelfia introdujo la idea de supremacía constitucional, al producir la diferenciación entre "normas constitucionales" y las

[1901] *Ibídem*, p. 114.

[1902] Cfr: *Howard Fink & Mark Tushnet*, *Federal Jurisdiction: Policy and Practice,* pp. 231 (2da edición, 1987), citadoen CHEMERINSKY Erwin, *Federal Jurisdiction*, Fourth Edition, p. 144 y 145 y nota 7. En esta nota el autor aclara: "…nótese el efecto de la clasificación de MARBURY: la legitimación es tan sólo el anverso de las cuestiones políticas. Si un demandante alega que un derecho individual ha sido socavado, la acción, por definición, no implica una cuestión política".

"legislativas ordinarias", estableciendo entre ellas una vinculación jerárquica bajo la vigilancia de los tribunales.

A la vez, tomando los aportes doctrinarios de WILSON y MADISON, el poder de veto del ejecutivo y el control de constitucionalidad, tendrían por objeto que el legislativo respetara la autoridad del pueblo. En este contexto, los "jeffersonianos" comenzaron a levantarse contra los avances de la Constitución Federal, argumentando que se pretendía introducir a los Estados Unidos los conceptos de monarquía y aristocracia (elementos que estaban presentes en la Constitución inglesa).

De aquí deviene el origen del argumento "contra-mayoritario" que sería vertido por JEFFERSON en su crítica a la Constitución de Virginia hacia 1816: "ni los Gobernadores ni los jueces era elegidos por la votación popular"[1903].

A su turno, John MAYOR (miembro del Senado de Estados Unidos y "jeffersoniano") concibió una teoría política sistemática que, entre muchas otras cuestiones, apuntaba a otorgar a cada uno de los departamentos del Estado la porción de poder necesaria para el cumplimiento de las funciones que les fueran propias, asegurando la dependencia de todos ellos respecto de la Nación. En la concepción de TAYLOR, a diferencia de Inglaterra y Francia, en Estados Unidos no era necesario que el jefe del ejecutivo tuviera "prerrogativas o elementos de poder discrecional", ya que con ello se abriría la posibilidad de recrear el sistema monárquico.

En concreto, este autor criticaba la concesión de poderes discrecionales al presidente, "especialmente el poder para designar altos cargos, las competencias en el terreno militar y diplomático y el poder para nombrar jueces". También, recurrió al argumento contra – mayoritario para rechazar el control judicial de constitucionalidad, tal como había ocurrido en Francia.

Como colorario, en este período, la influencia de la filosofía de JEFFERSON determinaba que los cargos ejecutivos y judiciales pasaran a convertirse en cargos electivos. Sobre esa base, y al ser los tres poderes públicos directamente dependientes del electorado, se produjo una paralización de la acción de Gobierno. Esta circunstancia

[1903] Creemos importante destacar que aquí encontramos un punto de convergencia con la postura que SIEYÈS mantuvo en Francia hacia 1789: ambos rechazaban en forma absoluta el sistema de frenos y contrapesos.

sustentó, al menos en parte, las fuertes críticas vertidas durante la "era progresista" de finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

Más aún, la doctrina francesa señalaba a TAYLOR como uno de los primeros en afirmar la posibilidad de fundar la gestión de las empresas sobre principios científicos.

En este escenario, la Corte Suprema norteamericana 16 años después (en 1819) de haberse pronunciado en *"Madison v. Marbury"*, resaltaba en *"McCulloch v. Maryland"* una distinción entre los poderes "principales, esenciales, sustanciales y autónomos". Estos poderes, entre otros, representaban la declaración de guerra, la recaudación de impuestos y la regulación del comercio. Al lado de estos, había otros denominados "instrumentales, secundarios, inferiores" que constituían la puesta en práctica de aquellos.

A partir del caso "*MacCulloch*", como bien sostiene BARRA, el principio o la regla de la "deferencia" a favor del legislador o del administrador es casi tan antiguo como la construcción de la revisión judicial de constitucionalidad[1904]. Y esta deferencia que cristalizó un cambio de paradigma en relación al modelo originariamente adoptado[1905], en última instancia, se justificó a partir del principio de división de poderes[1906].

Ahora bien, pese a que este último fallo no trasuntó de modo expresó por la precitada línea argumental, sí se hallaba implícitala distinción entre "Gobierno y Administración" tal como el mismo tribunal se ocupó de referenciar[1907].

[1904] Ver, BARRA, Rodolfo, Tratado de derecho administrativo, T. I, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 607, nota 42. Sin embargo, desde un sector de la doctrina española se considera a J. B. THAYER como el precursor de la doctrina de la deferencia a raíz de un artículo que publicó en la *Harvard LawReview* en 1893. Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago, Tratado de derecho administrativo y derecho público general, T. I, p. 501.

[1905] GARCÍA de ENTERRÍA sostiene con "cierto asombro" que, tras la espectacular y ejemplar afirmación histórica de la jurisdicción del Tribunal Supremo sobre las Leyes, se admitía que las "zorras cuiden las casas de las gallinas". Esta ejemplificación burda, es referenciada por el autor español al citar la obra de SUNSTEIN. Así, destacaba que: "Un principio cardinal del constitucionalismo americano es que aquellos que están limitados por el Derecho no tienen el poder de decidir sobre el sentido de tal limitación: las zorras no pueden guardar las casas de las gallinas. La regla de Chevron rompe este principio al permitir a las Agencias interpretar el Derecho que limita y controla su autoridad. La necesidad de un árbitro judicial independiente es aquí especialmente urgente". Ver, Democracia, Jueces y Control de la Administración, p. 203, con cita de SUNSTEIN Cass R., AftertheRightsRevolution, ReconcevingtheRegulatoryState, HardvardUniversityPress, Cambridge, Mass., 1990, p. 224.

[1906] Textualmente afirma GARCÍA de ENTERRÍA: "El peso singular del principio de la división de poderes como fundamento de la doctrina de la deferencia es claro; es verdaderamente, su justificación esencial y última", Ver, Democracia, Jueces y Control de la Administración, p. 203.

[1907] Durante las décadas de 1840 y 1850, la teoría de la separación de poderes y la de los frenos y contrapesos, habían perdido el vigor ideológico que las había caracterizado en el pasado. Sin embargo, al finalizar la guerra

Posteriormente en *"Decatur v. Paulding"* (1840), se admitió que el poder judicial federal sólo estaba capacitado para interferir en las decisiones del ejecutivo, en base a los expresamente establecido por el Congreso (*statutoryreview*). Es decir, se matizaba fuertemente la línea trazada en *"Marbury"*.

Por diversas razones queno cabe profundizar, la Guerra de Secesión significó un punto de inflexión en el pensamiento político estadounidense. Se generó un cambio de actitud popular hacia la libertad y respecto del papel que el Estado debía cumplir en la sociedad. Se hizo necesario elaborar un nuevo esquema teórico que rechazara las teorías "simplistas" de los anteriores constitucionalistas liberales.

En este nuevo escenario, se requería un sistema de gobierno que diera expresión a las crecientes demandas de acción estatal; uno en el que la unión o "armonía" de los poderes del Estado fuera un factor tan importante como su separación.A este factor, se adicionó la influencia de la Europa continental (principalmente de Francia y Alemania) en lo que se refería al crecimiento del derecho administrativo. Se perfilaban nuevos desarrollos institucionales y un interés creciente por la reforma de la Administración y la simplificación burocrática.

Si bien estas razones no provocaron que se rechace en forma indiscriminadala doctrina de la separación de poderes, sí se comenzó a rechazar la versión "pura" de la separación, por considerarla "*indefendible intelectualmente e imposible de aplicar en la práctica*"[1908].

Esta situación puede evidenciarse de forma nítida en los argumentos de WILSON. Este autor tenía especial interés en la realidad inglesa[1909]. Entre otras cuestiones, entendía que el gobierno de Gabinete se presentaba como una forma de acercar las ramas ejecutiva y legislativa en una relación de cooperación y armonía, sin

---

de la Secesión, la Constitución formal de los Estados Unidos continuó plasmando la combinación de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos que se había diseñado en 1787.

[1908]VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 297. Tampoco se podría sostener que los reformistas estadounidenses estaban totalmente alejados de la separación de los poderes. Véase, D. WALDO, TheAdministrativeState, Nueva Cork, 1948, p. 105, citado por VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 297.

[1909] El análisis de WILSON sobre el Gobierno de la Gran Bretaña ocupa una parte importante de su obra. Ver, WILSON Woodrow, El Estado, Elementos de política histórica y práctica, introducción de BROWNING O., traducción y estudio preliminar de POSADA Adolfo, Editorial Americana, Buenos Aires, 1943, p. 351 a 412, párrafos 832 a 1.031.

unir ni confundir sus funciones[1910] ni tampoco escindirlas en forma tajante.

Para WILSON el sistema estadounidense concebía un sistema de separación y equilibrio de poderes que producía, en la práctica, concentración y confusión de todos los poderes del Congreso. Desde aquí postuló que resultaba adecuado un sistema de gobierno de Gabinete que asegurase que las funciones del Estado se mantuvieran separadas[1911] y coordinadas al mismo tiempo[1912]. En definitiva, pretendía "ablandar" la línea pétrea que existía entre el poder ejecutivo y legislativo[1913].

§5. La consolidación del control jurisdiccional de la administración. A propósito del New Deal

Tras el desarrollo de una tendencia a rechazar el enjuiciamiento de las decisiones, actuaciones y omisiones administrativas, en ausencia de previsión legislativa expresa[1914], la Corte Suprema norteamericana resolvió el caso "*School of MagneticHealing v. MacAnnulty*" (1902)[1915]. Desde cierto sector doctrinario, se afirma que esta decisión marcó un giro muy significativo en la posición jurisprudencial[1916]. Así, se argumenta que la asignación de potestades administrativas:

[1910]VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 300.

[1911]WILSON era crítico con el sistema norteamericano. Así, afirmaba que "Las relaciones existentes entre el ejecutivo y el legislativo, influyen también sobre todas las demás cuestiones administrativas (…) en Inglaterra tenemos una verdadera y completa dirección de los ministros en la legislación, uniéndose á tal dirección una plena responsabilidad (…) En nuestro sistema tenemos aislamiento, más irresponsabilidad – la irresponsabilidad resulta del aislamiento.- Y de ahí el punto principal en que difiere nuestro gobierno de todos los demás del mundo. Otros ejecutivos dirigen: el nuestro obedece. Ver, WILSON Woodrow, El Estado, p. 524, párrafo 1.386.

[1912] Afirmaba textualmente WILSON: "Las relaciones entre la administración, que es la rama que ejecuta las leyes, y la legislatura, rama que las hace, entrañan la esencia de un sistema de gobierno. Legislación y administración deben marchar mano a mano bajo un sistema bien dividido. La ley debe recibir la consagración de su prudencia y posibilidad, de manos de la administración, y ésta debe tomar su fuerza y su política de la legislación. Sin legislación la administración resultaría coja, y sin administración la legislación no tendría efecto (…) Una inteligencia perfecta entre el ejecutivo y el legislativo es, por lo tanto, indispensable, y esta inteligencia no puede existir sin el establecimiento de relaciones de plena confianza é intimidad entre las dos ramas". Ver, WILSON Woodrow, El Estado, Elementos de política histórica y práctica, introducción de BROWNING O., traducción y estudio preliminar de POSADA Adolfo, Editorial Americana, Buenos Aires, 1943, p. 523, párrafo 1.384.

[1913]VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 300.

[1914]Como apuntamos al destacar el fallo *"Decatur v. Paulding"* en 1840, 14 Pet. 497, US 1840, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 93.

[1915] 187 US 94, 96, 1902, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 104 y 105

[1916] CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 105.

"…no siempre y necesariamente excluye la jurisdicción de los tribunales para otorgar protección a la parte perjudicada (…) Los actos de todos los funcionarios han de estar justificados por alguna ley y en el caso de que un funcionario viole la ley en perjuicio de una particular, generalmente los tribunales tienen competencia para proporcionar una reparación o compensación"[1917].

En definitiva, a través de este precedente se desarrolló la jurisprudencia a favor del control de los actos de la Administración [1918], circunstancia que continuó consolidándose en "*Riverside Oil Co. v. Hitchcock*" (1903) [1919] y en "*Geogiow v. Uhl*" (1915)[1920].

Hacia los albores de la primera Guerra Mundial, se perfilaban los embates del movimiento progresista contra la Constitución. Esencialmente, se dirigían hacia dos objetivos principales:

1. Concretar la responsabilidad de las partes del Estado ante el pueblo mediante los mecanismos de democracia directa;
2. Obtener una relación armoniosa y efectiva entre las ramas del Estado.

Como exponente de relevancia del progresismo, hallamos a CROLY, quien hacia 1915, se empeñaba en fortalecer el poder ejecutivo y el legislativo haciéndolos directamente responsables ante el pueblo. CROLYreformuló la separación de poderes. Los funcionarios responsables de llevar adelante los cometidos de los tres principales departamentos del Estado, debían especializarse, controlarse y sostener un sistema de equilibrio. En este aspecto, desarrollaba una fórmula casi idéntica a la expuesta por SIEYÉS en 1795[1921].

En síntesis, la campaña progresista que se encaminaba a "acabar con la corrupción en los servicios públicos estadounidenses", terminó por derivar (entre otros factores) en que se exija la separación de estos servicios de la "política". Aquí es donde

---

[1917] CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 105.

[1918] Ver: MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 144.

[1919] 190 US 316, 1903, citado por CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 105.

[1920] 239, US 3, 1915, citado por CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 105.

[1921]VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 306.

se produjo la influencia inglesa y se postuló que la rama ejecutiva del Estado, dejara de ser un "mero ejecutivo" para convertirse en un Gobierno al estilo inglés, con influencia e incluso predominio en el diseño de políticas estatales.

Es decir, se concretó en este esquema la división funcional entre la "política" y la "Administración" que se desarrolló luego a partir de las premisas de la imparcialidad y eficiencia.

La Administración se presentaba como un campo de actividades alejado de las prisas y conflictos de la política. Formaba parte de la vida política sólo en la medida en que la maquinaria de una fábrica formaba parte del producto "manufacturado". Los políticos determinaban las tareas que había de llevar a cabo la Administración. Sin embargo, tras determinarlas, no debían inmiscuirse en su desarrollo. Los "políticos", en esta interpretación, no debían tener la posibilidad de manipular los cometidos de la Administración[1922].

La postura de WILSON en este aspecto, resultaba paradójica: se presentaba como un detractor de la separación de poderes y, no obstante, aplicaba las viejas ideas de un modo sutilmente diferente en un contexto "ligeramente" distinto pero con fines análogos[1923]. Desde la óptica de VILE, la distinción entre las funciones del Estado esbozada por la doctrina estadounidense[1924], no podía trazar (al menos de forma adecuada) las líneas precisas entre la política y Administración.

Así, la política debía supervisar la puesta en ejecución de la voluntad del Estado y debía controlar a la Administración; no obstante, no podía excederse de los límites necesarios. En consecuencia, el administrador debía gozar del mismo grado de independencia que los jueces[1925]. Surge entonces el intento por delimitar un área "propia" de la Administración tanto en términos institucionales, como en el área

[1922] Ver, WILSON Woodrow, *TheStudy of Administration*, PoliticalScienceQuarterly, junio de 1887, p. 212, citado por VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 309.

[1923]VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 309.

[1924]Como exponente se puede referenciar a GOODNOW, Frank, J., *Politics and Administration*, Nueva Cork, 1900, p. 7, 16 y 23, citado por VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 311.

[1925]GOODNOW Frank, J.,*Politics and Administration*, Nueva Cork, 1900, p. 26, 38 y 45, citado por VILE M.J.C., Constitucionalismo y separación de poderes, p. 311.

conceptual de las funciones del Estado. Esto, sin más, era una forma o un modo de concebir la separación de poderes[1926].

GOODNOW intentó resolver la dificultad acudiendo a las áreas de la acción estatal que debían ser ajenas a la política (ámbitos de acción de carácter semi - científico, cuasi-judicial, cuasi-empresarial). Por tanto, la función de establecer, preservar y desarrollar la organización del Estado, debían estar protegidas de las intromisiones de las ramas políticas[1927].

Durante las cinco décadas entre la Guerra de Secesión y la Primera Guerra Mundial, se concretó en los Estados Unidos, un debate de la teoría constitucional de gran envergadura. Entre otros factores, la doctrina comenzó a defender el "proceso administrativo" como un sistema eficaz y responsable que nacía por la incapacidad derivada del sistema tripartito. Aquí, es donde aparece el "margen" que requería el proceso para lograr los cometidos que tutelaba. No obstante, en este país todavía se mantenía un apego muy grande respecto de las ideas de la separación de poderes[1928].

En la concepción de VILE, la doctrina de la separación de poderes en el siglo XIX, comenzaba a dejar de tener trascendencia. Desde esta óptica, se cristalizaba un traslado en el foco de atención: desde las "funciones" hacia los "procesos". Así, el eje se trasladaba así desde lo "formal" o "teórico", hacia lo "real" o "práctico". La organización del Estado pasaba a ser un asunto de política práctica y no de argumentos abstractos.

A la vez, la Corte Suprema norteamericana pretendía abordar el problema de las funciones "propias" de cada rama del Estado, circunstancia que pondría de relieve las dificultades del constitucionalismo y la resistencia que presentaba la doctrina de la separación de poderes[1929].

[1926]Como exponente se puede referenciar a GOODNOW, *Politics and Administration*, Nueva Cork, 1900, p. 7, citado por VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 311.
[1927]VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 312.
[1928]VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 316.
[1929]VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 318 y 319.

§6. De la inmunidad judicial a la limitación de las potestades discrecionales. A propósito de *"Humphrey'sExecutor v. UnitedStates"*[1930] *(1935)*

En la segunda mitad de la década de 1920, la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció en relación a la separación de los poderes y su vinculación con los poderes discrecionales en los casos "*Myers v. UnitedStates*"[1931] y "*J. W. Hampton Jr. & Co. v. UnitedStates*"[1932].

Luego, en 1935 con la resolución del caso "*Humphrey´s*", se volvió sobre una cuestión que había sido tratada en *"Myers"*: *la potestad "libre" y "discrecional" para remover funcionarios por parte del Presidente.*En *"Myers"* se sentó el principio según el cual, si el Presidente es el responsable de la ejecución de las leyes, entonces tiene plena libertad para cesar a sus subordinados si pierde la confianza en ellos[1933].

Contrariamente en *"Humphrey´s"*, la Corte Suprema de los Estados Unidos falló en sentido contrario. En este precedente - calificado por SCHWARTZ como "la base del moderno Derecho administrativo"[1934] - expresamente aclaró el punto de partida de la doctrina de *"Myers":*

> *"…ese tipo de funcionario [se refiere un delegado de correos] es tan sólo uno de los engranajes del poder ejecutivo y, por consiguiente, está sometido a la persona*

[1930] 295 US 602, citado, traducido y comentado por BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 216 a 224.

[1931] 272 U.S. 52 (1926) citado en BIANCHI, A., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, T. II, p. 45 y nota 91; el mismo autor: *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos. Primera Parte*, El Derecho, 1999, T. 184, p. 935.

[1932] 276 U.S. 394 (1928) citado en BIANCHI, A., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, T. II, p. 45 y nota 92; el mismo autor: *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos), Primera Parte*, El Derecho, T. 184, 1999, p. 935 nota 295. En este precedente, la Corte declaró constitucional la delegación legislativa y sostuvo que, las tres ramas del Estado, eran partes coordinadas de un Gobierno y, cada una, en el terreno de sus atribuciones, podía apelar a la actividad de las otras dos en la medida en que dicha apelación, *no constituyera una usurpación de la competencia constitucional de aquéllas*. Estableció así la Corte que: "*La extensión y el carácter que puede tener la ayuda que un poder pueda requerirle a otro debe ser determinada por el sentido común y por las necesidades inherentes de la coordinación gubernamental*". Ver BIANCHI, A., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, T. II, p. 46. A posteriori, en *"Schechter v. US."* (1935), el presidente del Tribunal Supremo sostenía que el Congreso no podía transferir sus "funciones legislativas esenciales". Ver, 295 U.S. 495, citado por VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 319 y nota 57.

[1933] Esta conclusión del fallo es extraída por BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 217.

[1934] *Vid*: *"Shootingthe piano player?"*, *JusticeScalia and AdministrativeLaw*, en AdministrativeLawReview, núm. 47, Winter, 1995, p. 2, citado en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, p. 187 y nota 11; en consonancia, BELTRÁN DE FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 218.

que está en la cúspide del poder ejecutivo y a la potestad que este tiene de cesarle"[1935].

En *"Humphrey´s"* se resolvió que el poder del Presidente de `cese discrecional´ sólo se aplicaba a los funcionarios del poder ejecutivo[1936]. Sobre esta base se estableció la siguiente regla: para saber si el poder de "libre cese discrecional" del Presidente, debía prevalecer sobre el poder del Congreso de someter dicho cese a limitaciones (fijando un plazo y tasando los motivos de cese[1937]), resultaba preciso "…acudir a *la naturaleza de la función ejercida por el empleado público*"[1938] (el destacado es nuestro).

Se trazaba así, implícitamente, una línea entre dos clases de funcionarios que, a nuestro entender, tiene un correlato con el binomio "política"/"administración".

Un año después del caso "*Humphrey´s",* la Corte Suprema norteamericana resolvió, en "*St Joseph Stockyards v. UnitedStates*" (1936)[1939], que la exclusión de revisión podría plantear difíciles problemas constitucionales y expresó: "la supremacía de la ley exige que exista una oportunidad de que un tribunal decida si se aplicó una norma errónea y si el procedimiento en que se adoptó la decisión (administrativa) se adecuó a lo establecido (por la ley)[1940].

A posteriori, con el correr de la década de 1940, la Corte Suprema norteamericana estableció una doctrina que impuso a los tribunales federales una autorrestricción en la revisión de las interpretaciones que las llamadas agencias administrativas[1941] realizaban de las leyes y de los reglamentos que ellas mismas habían dictado[1942].

[1935] BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 221.

[1936] La Corte aquí trajo a colación los debates sobre un proyecto de ley de MADISON del año 1789. Ver,BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 223 y 224.

[1937] En este caso se entendió que la potestad del Presidente no podía extenderse a los funcionarios como los aquí examinados. Se trataba de un funcionario que no dependía estrictamente del Ejecutivo (llamado "ordinario") sino que era miembro de las agencias federales de regulación.

[1938] BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 224.

[1939] 298, US 38, 46, 1936, citado por CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 105.

[1940] Ver CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 105 y nota 33.

[1941] Como bien ilustra BIANCHI, en los Estados Unidos, en el orden federal, se entiende por agencia (agency –según la definición legal de la USC & 551) a todos los entes y órganos del gobierno con excepción de: el Congreso, los tribunales, los gobiernos de los territorios o posesiones; el gobierno del Distrito de la Columbia, los tribunales militares y algunos cuerpos administrativos integrados por representantes de las partes en disputa sometidos a la decisión de aquellos. BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración*

*§7. Hacia un cambio de paradigma: la sanción de la*AdministrativeProcedureAct *(A.P.A.)*

La sanción de la *AdministrativeProcedureAct*[1943](1946) determinó la regulación, entre otros aspectos, de la justiciabilidad de los actos y omisiones de la Administración en general[1944].

Desde cierto sector, se afirmaba que la norma agravó los problemas de fragmentación de los poderes en el sistema estadounidense. Ello, respondía a la "autonomía" de estas entidades "administrativas" que en esencia tenderían a desviar la atención pública del intento de fusionar el diseño de políticas y su ejecución en las mismas manos[1945].

Si bien los artículos 701 y 702 habilitaban (y habilitan) el control judicial en términos genéricos, las excepciones se configuraban cuando las leyes excluían la revisión jurisdiccional o cuando la actuación administrativa era "discrecional según la ley". Esta previsión, generó muchas confusiones en la doctrina.

Por un lado, de una interpretación literal del artículo 701.a).2) de la A.P.A., los tribunales no debían intervenir cuando la acción administrativa se dejaba por la ley a la discrecionalidad de la Administración[1946]. Sin embargo, la propia A.P.A. se había ocupado del control de la discrecionalidad administrativa[1947] a través del artículo & 706, punto 2), B)de la Sección 10 de la Ley[1948].

Este control se hallaba en la esfera relativa a las "cuestiones de hecho". Se ejercía (entre otras circunstancias) cuando las decisiones fueran arbitrarias, caprichosas

---

Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia, p. 84, nota N° 59.

[1942] BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 84.

[1943] Para apreciar sucintamente, algunos aspectos relevantes de la ley, ver TRISTÁN BOSCH, *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?*, p. 241 a 244.

[1944] Ver, GARCÍA de ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, p. 188. En nuestro país MAIRAL ha destacado los aspectos relevantes de la A.P.A. (MAIRAL Héctor, *Control judicial de la administración pública*, T. I, p. 37 y ss.). Por su parte, TAWIL entiende que la A.P.A. reforzó la presunción a favor de la revisión judicial del obrar administrativo (TAWIL Guido, *Administración y justicia*, T. I, p. 466.)

[1945]Ver, KEY V.O., *Politicas and Administration*, en *The Future of Government in the United Status*, ed. De J. D. White, Chicago, 1942, p. 146, citado por VILE M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 316.

[1946] Ver CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 130, 131 y 138. Entre nosotros: TAWIL Guido, *Administración y justicia*, T. I, p. 467.

[1947] TAWIL Guido, *Administración y justicia*, T. I, p. 467 y CUCHILLO FOIX, *Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 130.

[1948] Tres situaciones podrían ser revisadas como "cuestiones de derecho": a) cuando afectaban la Constitución; b) cuando excedieran la jurisdicción legalmente reconocida a la autoridad administrativa y c) cuando se hubieran dictado sin observar las formas prescriptas por el procedimiento administrativo. *Ver*: TRISTÁN BOSCH, J., *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?,* p. 242 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, p. 189.

o constituyesen un "*abuso en el ejercicio de facultades discrecionales"*[1949] o de otro modo no conformes a derecho[1950].

Ahora bien, es importante considerar que el posible aumento de la intensidad del control judicial en relación a la actividad administrativa, no presentaba obstáculos desde un punto de vista teórico. Como bien señala TRISTÁN BOSCH, como en los Estados Unidos no tuvo ninguna influencia la interpretación francesa de la misma, "…*a nadie se le ocurrió sostener en principio que las cortes judiciales no pudieran cumplir por tal razón un contralor más ajustado de la actividad administrativa*"[1951].

A partir de este escenario y hasta "*Chevron*", comenzó un debate entre jueces, legisladores y doctrinarios, en relación a uno de los problemas más preocupantes del derecho administrativo actual: cómo restringir, dentro de los límites tolerables, la extraordinaria facultad discrecional para dictar normas que tienen los órganos[1952].

§8. La cristalización del cambio de paradigma: un núcleo amplio de inmunidad judicial de la discrecionalidad administrativa y del margen de integración de los conceptos jurídicos indeterminados bajo el amparo de la doctrina de la deferencia[1953]

En forma contemporánea al nacimiento de la ley de procedimientos administrativos, se consolidaba la denominada "*doctrina de la deferencia*"[1954]. Esta teoría presenta dos facetas de análisis. La primera viene dada por la autorrestricción (*self-*

[1949] MAIRAL Héctor*, Control judicial de la administración pública*, T. I, p. 41. Además, se consagraba el control, cuando las decisiones no estaban fundadas en una "prueba sustancial" y cuando no estuviesen debidamente basadas en los hechos, en los casos en que éstos, se encontraban sujetos a juicio *de novo* ante la corte de revisión. *Ver*:, TRISTÁN BOSCH, J., *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?*, p. 242.

[1950] Ver, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, p. 189.

[1951] Ver, TRISTÁN BOSCH*, ¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para Juzgar a la Administración Pública?*, p. 231 y 232.

[1952]Ver, PIERCE, R., *The role of […] AdministrativeLaw, "Texas LawReview"*, volumen 64, n° 3, noviembre, 1985, citado por BARRAGUIRRE Jorge Alberto, *Discrecionalidad administrativa, Revista de derecho administrativo*, Año 8, n° 21 a 23, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 73.

[1953] Ver el nacimiento de la doctrina en BIANCHI A., *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, T. II, p. 185 a 187 y el mismo autor en "*El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia"*, Estudios de derecho administrativo, T. X, *El proceso administrativo en la República Argentina*, Dike, Mendoza, 2004, p. 69 y ss y *"El control judicial de la Administración Pública",* en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 188 y ss.

[1954] Una de los primeros autores en ocuparse de la doctrina de la deferencia fue O. W. HOLMES al publicar un artículo en la Harvard LawReview en 1899 *"Thetheory of legal interpretation"* y luego al intervenir siendo Ministro, en una de las importantes sentencias de la Corte Suprema norteamericana en *"Missouri v. Holland"* de 1920 y en *"Lochner v. New York"* de 1905. *Ver*: MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, p. 501.

restraint) de los tribunales respecto del control de la potestad reglamentaria de la Administración[1955].

La segunda ha sido enunciada del siguiente modo: la interpretación administrativa de los términos de una ley[1956], influye de modo determinante en el control judicial, a no ser que sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea[1957].

En otros términos, el análisis de la doctrina de la deferencia se vincula con: a) la interpretación administrativa de las leyes, y b) la interpretación administrativa de los reglamentos[1958]. Se suele caracterizar a esta doctrina como un elemento extraño en el sistema de división de poderes[1959], no obstante diversos fallos de la Corte Suprema[1960] norteamericana, constituyeron la antesala de la consolidación de la doctrina hacia 1945.

a) Interpretación administrativa de un reglamento. El *leading case* "Bowles v. *Seminole Rock & Sand Co.* El precedente "*Bowles v. Seminole Rock &Sand Co*"[1961] se presenta como el *leading case* en relación a la deferencia vinculada con la interpretación administrativa de los reglamentos. En efecto, en "Bowles" se origina la doctrina según la cual la interpretación de la agencia administrativa es "*controlante o influye en el ámbito judicial a menos que sea manifiestamente errónea o contradictoria con la regulación*"[1962].

[1955] En los Estados Unidos existen, en el orden federal, tres clases de reglamentos (*rules*): 1) *substantive rules*, también llamados *legislative rules* (en nuestro derecho reglamentos autónomos*)*; 2) *interpretative rules* y 3) *procedural rules*. Estas "rules" no deben ser confundidas con las llamadas órdenes ejecutivas *(executiveorders*) y las proclamaciones (*proclamations*) que son dos tipos de reglamentos típicos y exclusivos del Presidente, nacidos de poderes delegados por el Congreso o bien inherentes a la función ejecutiva. *Ver*: BIANCHI, Alberto. *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 93 y 94 con amplias referencias de la doctrina y jurisprudencia norteamericana.

[1956] El punto neurálgico entonces, discurría por determinar hasta qué punto, los tribunales, deberían admitir la interpretación que las comisiones reguladoras y otras agencias hacían de las leyes. Ver, BIANCHI, A., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, T. II, p. 187.

[1957] Ver, BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 184, 185, 187 y 188.

[1958] Ídem, p. 188.

[1959] Ver voto discrepante de Juez Scalia en el fallo *"Morrison v. Olson"* (1988). No hemos consultado el fallo y la cita puede verse en BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 480.

[1960] BIANCHI trae a colación, entre otros, los siguiente fallos: "*Yakus v. UnitedStates*" (321 U.S. 414, 1944); "*Fahey v. Mallonee*" (332 U.S. 245 (1947); "*Lichter v. UnitedStates*" (334 U.S. 742, 1948). BIANCHI, A., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, T. II, p. 185. Ver, asimismo, el mismo autor en *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, en Estudios de derecho administrativo, T. X, *El proceso administrativo en la República Argentina*, Dike, Mendoza, 2004, p. 75 y ss.

[1961] 325 U.S. 410 (1945), citado en BIANCHI, A., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, T. II, p. 187 y nota 392.

[1962] BIANCHI, A., *Historia constitucional de los Estados Unidos*, T. II, p. 187 y el mismo autor en: *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 82 a 84.

La cuestión debatida en "Bowles" (que luego fuera ratificada en diversos precedentes[1963]) se relacionaba con una ley de control de precios que estableció el Congreso (1942) mediante la cual se estableció como autoridad de aplicación a la llamada "*Office of Price Administration"*. Esta última dictó diversas normas de aplicación de la ley, entre ellas la *Maximun Price Regulation* N° 188, que establecía el precio máximo de la piedra partida utilizada en la construcción[1964].

El caso se originó a raíz de que la empresa *Seminole Rock &Sand Co,* vendió piedra partida por un valor superior a lo permitido por la regulación administrativa. Sobre esta plataforma, y en lo que aquí nos interesa, la Corte estableció el siguiente "criterio principal"[1965] y sus excepciones:

1) Criterio principal: la interpretación administrativa de un reglamento tiene "peso decisivo" (*controllingweight*)

2) Excepciones: la regla precedentemente expuesta cede cuando i) La interpretación del sentido de las palabras empleadas esté en duda; ii) cuando la interpretación sea manifiestamente errónea o inconsistente con la regulación[1966]

La Corte americana, a su vez, sostuvo que la intención del Congreso o los principios de la Constitución, en ciertas situaciones, pueden ser relevantes –en primer término- para elegir entre varias interpretaciones. De ahí que el problema a dilucidar en este caso –sostuvo la Corte- *"…consiste en descubrir el significado de ciertas porciones de la Maximun Price Regulation N° 188. Nuestras únicas herramientas, por ende, son las simples palabras de la regulación y cualquier interpretación relevante de la Administración"*[1967].

b) La deferencia en el caso de la interpretación administrativa de las leyes: la inmunidad judicial de la discrecionalidad (integración de conceptos indeterminados). A través de la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos, a

[1963] Ver BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 83 y jurisprudencia allí citada.

[1964] BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 82.

[1965] Este concepto es utilizado textualmente por la Corte.||Cfr.: BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 83, nota n° 50.

[1966] BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 83.

[1967] BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 83.

principios del siglo XX se comenzó a esbozar y a consolidar la deferencia en relación a la interpretación administrativa de las leyes y de los reglamentos administrativos.

El derrotero de los precedentes ha sido destacado con claridad meridiana por BIANCHI[1968]. En relación a la interpretación administrativa de las leyes, los casos más paradigmáticos son "*Gray v. Powell*"[1969] y "*Chevron USA v. Natural ResourcesDefense Council, Inc.*"[1970]. Además, en lo que nuestro estudio interesa, cabe destacar muy brevemente a los siguientes fallos:

1.- En "*American Telephone&Telegraph Co v. UnitedStates*"[1971], la Comisión Federal de Comunicaciones dispuso la implementación de un sistema de facturación para todas las compañías telefónicas sujetas a la Ley de Comunicaciones de 1934. La Corte Suprema norteamericana, al convalidar la decisión autorrestringió sus facultades y decidió que carecía de libertad para sustituir "*con su propia discrecionalidad*" la ejercida por la Comisión. Además, la Corte consideró que la comisión se había mantenido dentro de los límites de su competencia y sin alterar los principios fundamentales de la debida contabilidad[1972].

2.- En "*Mississippi Valley Barge Line Co. v. UnitedStates*"[1973] y en "*Rochester Telephone Corp. V. UnitedStates*"[1974] se sostuvo el criterio según el cual no puede haber revisión judicial cuando existen bases racionales para las conclusiones aprobadas por el órgano administrativo[1975].

[1968]A nuestro entender, el precitado autor describe y analiza al derecho norteamericano como ningún otro autor latinoamericano o del derecho continental europeo. En lo que aquí interesa, ver BIANCHI, Alberto, El control judicial de la Administración Pública, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 188 y 194 y BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, en Estudios de derecho administrativo, T. X, El proceso administrativo en la República Argentina, Dike, Mendoza, 2004, p. 75 y ss.

[1969] 314 U.S. 402 (1941), citado en BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en *Derecho procesal administrativo*, T. 1, p. 188.

[1970] 467 U.S. 837 (1984), citado en BIANCHI, A., Historia constitucional de los Estados Unidos, T. II, p. 187 y nota 393. Ver asimismo, BIANCHI, Alberto, El control judicial de la Administración Pública, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 188.

[1971] 299 U.S. 232 (1936), citado por BIANCHI, Alberto, El control judicial de la Administración Pública, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 189.

[1972] BIANCHI, Alberto, El control judicial de la Administración Pública, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 189, con cita en 299 U.S. en p. 236 y 237.

[1973] 292 U.S. 282, 287 (1934), citado en BIANCHI, Alberto, El control judicial de la Administración Pública, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 129.

[1974] 307 U.S. 125, 146 (1939), citado por BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública, en Derecho procesal administrativo*, T. 1, p. 189.

[1975] Según BIANCHI, en estos precedentes giran en torno a la razonabilidad de la decisión administrativa. Ibídem.

c) La consolidación de una concepción "revisora" y "limitada" del poder judicial. En el fallo "*Gray v. Powell*"[1976] se consagró la regla que veda, en principio, la posibilidad de que se sustituya la actividad administrativa por parte de los tribunales judiciales[1977]. Se trababa en el caso de la ley de Carbón Bituminoso que regulaba los precios del carbón. La norma estipuló la exención a quienes eran, a la vez, productores y consumidores.

Una compañía ferroviaria que había otorgado a terceros contratistas la explotación de los yacimientos del carbón consumido por ella, solicitó ante la Comisión del Carbón Bituminoso que se la encuadrase dentro de la exención prevista. El fundamento de la petición, radicaba en el hecho de que la compañía se hallaba incluida dentro de la categoría de productor y consumidor.

El punto medular del fallo, radicaba en determinar el alcance del concepto "*productor*". Luego de que se denegó la petición administrativa y que se admitió luego por la justicia, la Corte, al revocar la decisión judicial, sostuvo los siguientes argumentos que demuestran la deferencia respecto de la decisión administrativa:

1. La función revisora de los tribunales se concreta cuando ha imperado lo que actualmente se conoce como el debido proceso adjetivo[1978];
2. Como el congreso no legisló las excepciones a la ley, era más eficiente delegar tal cometido en un órgano administrativo;
3. La delegación debe ser respetada y la decisión no puede ser modificada porque no es propio de los tribunales "…absorber las funciones administrativas (…) a tal extremo que la Administración se convierta en una mera recopiladora de datos fácticos, privada de facultades decisorias"[1979]

[1976] Hemos tomado como fuente, la descripción e interpretación de BIANCHI en relación a este fallo. Ver, BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública, en Derecho procesal administrativo*, T. 1, p. 190 y 191.

[1977] Siempre y cuando la reglamentación administrativa sea razonable. Ver, BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública, en Derecho procesal administrativo*, T. 1, p. 189 y 190.

[1978] Más precisamente, el fallo refiere que *"…la función revisora de los tribunales (…) está completamente realizada cuando han determinado que las partes fueron escuchadas, han producido prueba y fundado sus peticiones, obteniendo una decisión justa y razonable"* (Ver, BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en *Derecho procesal administrativo*, T. 1, p. 190 y nota 30).

[1979] BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 190 y nota 30.

d) El alcance "limitado" de la revisión judicial. En el caso"*National Laboral RelationsBoard v. HearstPublications Inc.*"[1980], cuatro editores de diario fueron demandados por el sindicato de distribuidores de diarios para que suscribieran un convenio colectivo de trabajo.

El juicio, en esencia, tenía por objeto determinar si los distribuidores eran o no empleados de los demandados. Al igual que acontecía en "*Gray v. Powell*", se volvía a tratar el alcance e interpretación de un concepto. En este caso, se trataba de la noción de "*empleado*" que figuraba en la legislación laboral aplicable[1981]. En consonancia con el caso *"Gray",* el Tribunal supremo revocó la decisión judicial argumentado, básicamente, los siguientes aspectos:

1. Las cuestiones de interpretación de la ley deben resolverse dando el "peso apropiado a la decisión adoptada por la autoridad de aplicación de la norma";
2. Cuando se trata de la aplicación específica de un término amplio, cuya interpretación ha formulado la autoridad de aplicación, la función "revisora" del tribunal es "limitada", en la medida en que se haya fundamentado en una base razonable en la ley.

Por otra parte, en "*Ford Motor Co. v. NationalLabourRelationsBoard*" (1979)[1982]se consolidaba la doctrina inicial respecto del denominado estándar de la razonabilidad[1983] en la integración y aplicación de diversas nociones. En el caso se trató una norma emanada del NationalLaborsRelatiosBoard (NLRB), que ordenaba a la compañía a negociar con el sindicalismo las condiciones para poner el servicio de cafetería y máquinas expendedoras de bebidas y alimentos. En concreto, se analizó judicialmente la razonabilidad de la interpretación de la noción "*términos y condiciones del empleo*" que se había expresado en la ley laboral, concluyendo en la deferencia.

[1980] 322 U.S. 111 (1944), citado por BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 191.

[1981] BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 191.

[1982] 441 U.S. 488 (1979), citado por BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 191 y 192.

[1983] BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 191.

En otros precedentes, también la Corte trató la noción de "relación de empleo"[1984] (a los fines de determinar si un daño se producía en tal contexto); la condición de un trabajador como "miembro de una tripulación"[1985] y la definición y alcance de "empleado agropecuario"[1986] .

e) La doctrina de la deferencia y la división de poderes. Un año antes del fallo "Chevron", la Corte aludió a la doctrina de la separación de poderes en "*InmigrationNationalService*"[1987]. En este precedente, un inmigrante Keniata solicitó la inconstitucionalidad de la norma que previó el veto legislativo. La Corte, que declaró inconstitucional la norma, se perfiló hacia una concepción rígida de la doctrina de la separación de los poderes, razón por la cual, sólo invocaremos los siguientes argumentos esenciales:

1. Se volvió a insistir en la plasmación concreta que tuvo el principio en el documento que redactaron en Filadelfía[1988];

2. Se mencionaron algunas ideas de MADISON, HAMILTON y WILSON;

3. Se reafirmó la necesidad de "dividir y dispersar poderes con el fin de proteger la libertad"[1989];

4. Expresamente destacó el fallo: "La constitución pretendió dividir los poderes delegados al nuevo Gobierno federal en tres categorías definidas, legislativo, ejecutivo y judicial, para que, en la medida de lo posible, cada uno de los órganos se mantuviese dentro de las responsabilidades que le eran asignadas…"

[1984] *"O´Leary v. Brown Pacific-MaxonInc"*, 340 U.S. 504 (1951), citado por BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 192.

[1985] *"Norton v. Warner Co.",* 321 U.S. 565 (1944), citado en BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 192.

[1986] *"BaysideEnterprises v. NLRB"*, 429 U.S. 298 (1977), citado en BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 192.

[1987] En "*InmigrationNationalService v. Chadha*" (462 US 919,1983) pareciera consagrarse una concepción rígida de la doctrina. El fallo puede apreciarse en BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, p. 476 a 492.

[1988] BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 482 y 483.

[1989] BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 486.

Aun cuando el fallo reitera que la relación entre los poderes no presupone "comportamientos herméticamente estancos"[1990], las atribuciones y competencias que la Constitución otorga a los tres poderes son funcionalmente identificables. "Cuando cualquiera de ellos actúa se presume que está ejerciendo las atribuciones y competencias que le ha otorgado la Constitución"[1991].

Sobre esta plataforma interpretativa de la división de poderes, un año después la Corte Suprema de justicia en Norteamérica consolidaría la doctrina de la deferencia a partir del precedente "Chevron".

*§9. El fallo "*Chevron USA inc. v. Natural ResourcesDefense Council*" (1984)*[1992]

Se ha considerado a "*Chevron*", como el fallo más relevante en el campo del derecho administrativo norteamericano de los últimos treinta años[1993]. También se ha dicho de él,que constituye uno de los precedentes más importantes en la historia de este Derecho[1994]. Amén de tales consideraciones y aun cuando hasta la década de 1980 se habían extendido (con vaivenes) los poderes del juez en relación al control judicial de la actividad administrativa[1995], con "*Chevron*" se consolidó y expandió[1996] la doctrina de la deferencia[1997].

[1990] Aquí, el Tribunal citó al precedente *"Buckey v. Valeo", 1*976, citado en BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 487. Este fallo es traído a colación por la doctrina argentina. En él, se argumentó en contra de la separación rígida del principio de la separación de los poderes ya que "…la exclusión hermética de las tres ramas de gobierno de una a otra impediría el establecimiento de una Nación capaz de gobernarse a sí misma en forma efectiva". Ver, GAUNA, Juan O., *La problemática del control judicial de los actos de la Administración Pública. La teoría de la separación del poder*, La Ley, Buenos Aires, 1979-C-924. Ver asimismo TAWIL Guido, Administración y Justicia, T. I, p. 65 y nota 65.

[1991] Con cita de *"Hampton J. W. & Co v. UnitedStates"*, 276 US 394, 496 (1928), citado en BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 487.

[1992] 467 US 834, citado, comentado y traducido parcialmente, no obstante se vuelcan los aspectos esenciales, por BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, p. 498 a 505. En nuestro derecho, ver el comentario y análisis de BIANCHI, Alberto, El control judicial de la Administración Pública, en Derecho procesal administrativo, T. 1, p. 192 a 194.

[1993] BELTRÁN de FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, p. 493.

[1994] Ver BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública*, en Derecho Procesal Administrativo, T. 1, p. 210 y BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia, p.* 98.

[1995]*Ibídem*. En 1983, la doctrina ponía el acento en la práctica establecida de deferencia judicial hacia la interpretación administrativa de la ley. Ver: CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 150, con cita de MONAGHAN, *Marbury and theAdministrativeState*, 83, Columb. L. Rev., 1, 1983, p. 2.

[1996] BIANCHI afirma que *"Chevron"* sintetizó los dos estándares del control judicial que la Corte había empleado por espacio de cuarenta años. Así, según este autor, este precedente incorporó, para la interpretación de las leyes, el de la interpretación de los reglamentos, y así amplió el ámbito de la deferencia

La doctrina, en su gran mayoría, no ha reparado que en "Chevron"[1998]. se trató, en esencia, del análisis de conceptos jurídicos indeterminados[1999] y de la interpretación y aplicación que la Administración había efectuado sobre ellos. Se trataba de la interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados tales como: "*fuente contaminante*", "*gran fuente de contaminación*", "*burbuja*" [bubble]" o "agrupamiento en burbuja". El esquema conceptual que emana de la doctrina de la deferencia luego del fallo "Chevron"[2000] es el siguiente:

> 1) Si una ley es clara y sin ambigüedades, no puede ser desconocida por la administración y los tribunales[2001].
>
> 2) Si hay silencio o ambigüedad, la doctrina entiende que se pueden presentar dos grados posibles de deferencia[2002]: i) si la delegación es expresa, existe "*deferencia total"* y la reglamentación tiene peso decisivo a menos que sea arbitraria, caprichosa o manifiestamente contraria a la ley; ii) si la delegación es implícita, se configura "*deferencia atenuada*" el tribunal no puede sustituir con su propia interpretación la que razonablemente haya realizado la Administración[2003].

---

judicial hacia la decisión administrativa. Ver: BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 85.

[1997] BIANCHI destaca que en este fallo se cristalizaron dos graduaciones diferentes en la deferencia según sea la delegación legislativa. Ver, BIANCHI, Alberto, *El control judicial de la Administración Pública, en Derecho procesal administrativo*, T. 1, p. 192. Por su parte, CASSAGNE ha destacado que la doctrina de la deferencia se presenta como una de las tres razones fundamentales por las cuales el sistema norteamericano ha evolucionado hacia un sistema mixto de control judicial de la administración. Según este autor, el funcionamiento del modelo norteamericano ha evolucionado hacia un sistema mixto básicamente por tres razones fundamentales: a) el reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria; b) la limitación de la revisión judicial en principio a los aspectos de fondo o de derecho o por la llamada doctrina de la deferencia; c) la exclusión de la revisión judicial por la ley o el marco regulatoria específico e incluso, por la actuación discrecional de la agencia. Ver CASSAGNE, Juan Carlos, *Principios y fuentes de la justicia administrativa en Latinoamérica*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Daniel Hugo Martins*, Augusto Durán Martínez Coordinador, Fundación de Cultura universitaria, Montevideo, 2008, ps. 277 y 278.

[1998]Un sector importante de la doctrina norteamericana y también la jurisprudencia de la Corte Suprema, al igual que sucede con la interpretación administrativa de las leyes y de los reglamentos, afirman que la doctrina de la deferencia que emana de "Chevron" resulta aplicable a los actos administrativos individuales (*adjudication*)*Vid.*: BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 96 y 97 y jurisprudencia y doctrina allí citada.

[1999] Con excepción de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control Judicial de la Administración*, p. 200.

[2000] Ver, BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 84 y 85.

[2001] En esta hipótesis, como bien afirma BIANCHI, no hay deferencia alguna hacia la Administración ya que ella está obligada a ejecutar la ley tal como es. Ver, BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 85.

[2002] BIANCHI Alberto, *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, p. 85.

[2003] BIANCHI, A, *El control judicial de la Administración Pública, en Derecho procesal administrativo*, T. 1, p. 197 y 198; en un sentido similar (aunque con menor depuración y detalle): *ver*: GARCÍA de ENTERRÍA, E.,

En suma, la lógica estructural de "*Chevron*" supone el siguiente punto de partida: las opciones normativas deben ser realizadas por el poder de gobierno con mayor responsabilidad política, sin que ello se observe en las decisiones del poder judicial[2004].

Además de esta lógica general, "*Chevron*" plantea los siguientes postulados en cuanto al control jurisdiccional:

i) Frente al silencio o ambigüedad de la ley, el juez realiza un control de razonabilidad

ii) El Tribunal no necesita llegar a la conclusión de que la interpretación es la única posible;

iii) El juez, frente a una delegación expresa conferida por ley a una agencia administrativa, sólo ejerce control si las decisiones "…son arbitrarias, caprichosas o manifiestamente contrarias a la ley";

iv) El juez, frente a una delegación implícita, también efectúa un control de razonabilidad. No obstante, no puede sustituir una resolución razonable realizada por la agencia administrativa, por la interpretación que él mismo haga de dicha disposición";

v) En suma, si la resolución administrativa representa un equilibrio razonable entre las políticas o intereses opuestos y, además, no altera la delegación otorgada, entonces los tribunales no interfieren a no ser que se hubiese resuelto en contra de la "propia ley" o de la "historia legislativa";

vi) La Corte claramente consagra el carácter revisor del poder judicial. Precisamente, no se adentró a analizar si el concepto de "*burbuja*" resultaba o no adecuado en el contexto general de un programa destinado a mejorar la calidad del aire. En cambio, debía determinar si la decisión de la agencia que lo consideró

Democracia, Jueces y control judicial de la administración, p. 200 y CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 151. Esta última autora, entiende que cuando el congreso no vincula de modo expreso a la administración, la administración puede hacerlo.

[2004] BARRAGUIRRE Jorge Alberto, *Discrecionalidad administrativa, Revista de derecho administrativo*, Año 8, n° 21 a 23, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 84, con cita de PIERCE, R., *The role of […] AdministrativeLaw*, "Texas LawReview", volumen 64, n° 3, noviembre, 1985. Cabe aclarar que no se identifica el número de página.

correcto, es o no razonable;

vii) Por tanto, concluye la Corte que de las diversas interpretaciones posibles de la expresión "fuente de contaminación", la agencia encargada de ejecutar la legislación ambiental la ha interpretado siempre "razonable" y "flexiblemente" en el marco de una política ambiental determinada y en situaciones de alta complejidad técnica. Es decir, las diferentes interpretaciones que hizo la EPA del concepto "fuente", merecen la deferencia;

viii) La ley le confiere a la EPA y no al tribunal, la ejecución de la ley ambiental. Inclusive, se pretende trasladar una batalla en la que se debaten argumentos que no se mencionaron ni discutieron en el Congreso;

ix) "Los jueces no son especialistas en esta materia y no forman parte de ninguna de las ramas políticas del sistema constitucional. Los tribunales pueden, en ciertos casos, conciliar intereses políticos contrapuestos, pero no pueden hacerlo sobre la base de las preferencias políticas personales de los jueces"

x) Los criterios políticos: "…una agencia en la que el Congreso ha delegado responsabilidades de configuración política puede, dentro de los límites de la delegación, tomar decisiones conforme a criterios políticos"

xi) Si bien las agencias no son directamente responsables ante el pueblo, el cabeza del Ejecutivo sí lo es;

xii) Los jueces que no han sido elegidos, están obligados a respetar las decisiones sobre políticas públicas adoptadas por quienes sí lo han sido;

xiii) "No recae sobre los tribunales de justicia la responsabilidad de determinar el acierto y la sabiduría de estas decisiones, ni la de resolver la pugna entre las concepciones enfrentadas del interés general: `Nuestra Constitución ha otorgado tales responsabilidades a los poderes políticos".

§10. La extensión posterior de la doctrina de la deferencia en "Stinson v. UnitedStates"[2005].

GARCÍA DE ENTERRÍA se ocupó de señalar lo que para él constituye "la marcha atrás, el retroceso del reloj jurídico" que se consolidó a fines del siglo XX en el derecho administrativo norteamericano. Paradójicamente, mediando un control difuso de constitucionalidad y una versión de la doctrina de la separación de poderes atravesada por la concepción de los frenos y contrapesos, ahora –afirma el autor español-, se reafirmaba con énfasis la doctrina de la deferencia. Es una suerte de vuelta a los argumentos "*jeffersonianos*".

Esto se concreta – desde la óptica de GARCÍA de ENTERRÍA – en la sentencia "*Stinson v. UnitedStates*" (1993) y lo que extendió, en definitiva, la doctrina de "*deferencia*". Así, en caso de ausencia o ambigüedad de la ley, se deja un espacio para que la Agencia lo complete.

Inclusive, la posibilidad de poner en duda esa deferencia inicial y de principio a la Agencia, sólo procede si existen indicaciones compulsivas ("*compellingindications*") o imperiosas en contra. Es decir, no basta con la prueba que pueda apoyar una conclusión distinta. Se debe compeler forzosamente a ésta para ser atendible[2006]. Pero veamos esto con mayor detenimiento.

Actualmente, la Constitución americana sanciona el principio de separación de poderes (arts. I, II y III) ytanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que ese principio expresa un dogma constitucional fundamental indispensable para garantizar el imperio de la ley[2007].

La posición jurisprudencial, a fines del siglo XX, consolidó una "deferencia" respecto de la Administración[2008]. La autorrestricción judicial como regla, de cara a las

---

[2005] Ver GARCÍA de ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, p. 199 con cita de SCHWARTZ, *AdministrativeLaw cases during 1993*, en AdministrativeLawReview, 1994, p. 326.

[2006]Cfr: GARCÍA de ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control Judicial de la Administración*, p. 200, con cita de SCHWARTZ, *AdministrativeLaw cases during 1993*, en AdministrativeLawReview, 1994, p. 327 y 328.

[2007] Cfr.: CUCHILO FOIX, Montserrat, *Jueces y administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Civitas, Madrid, 1996, p. 74.

[2008]Cfr.: SCHWARTZ, *Shooting the Piano Player? Judge Scalia and Administrative Law*, 47 "Adm. L. Rev" 1.1995, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 139 y nota 75.

potestades discrecionales, consolida la paradoja de una sistema que, dos siglos antes, dictó un fallo como "*Marbury v. Madison*".

§11. Sinopsis jurisprudencial

A nuestro criterio, podemos enunciar las siguientes *líneas fundamentales generales* que, a trazo grueso y con diversos matices, la jurisprudencia norteamericana ha consolidado de cara al siglo XXI:

a) Una concepción rígida de la separación de los poderes (cuando menos en el aspecto aquí abordado). En similar sentido que en Alemania, pero sin el desarrollo dogmático propio de ese país, se consolidan ámbitos propios de los tres poderes [2009]. La discrecionalidad constituye una faceta de este fenómeno insertada principalmente, en el ámbito del Poder Ejecutivo;
b) Se advierte un afianzamiento de los siguientes argumentos que, en mayor o menor medida, justifican la doctrina de la deferencia[2010]: i) la independencia y mayor legitimación democrática de la Administración[2011]/Ejecutivo y del legislativo; ii) la experiencia, capacidad profesional e idoneidad técnica[2012], como criterios que a priori, determinarían la existencia de la "deferencia"; iii) la menor capacidad de los tribunales para supervisar ciertas decisiones (como podrían ser las económicas y de gestión)[2013];
c) Se consagra la regla que presupone que los tribunales no pueden interferir en la actividad administrativa para garantizar la economía, eficacia y

[2009] Ver asimismo, CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 140.

[2010] Parte de la doctrina considera que la actitud deferencia actual hacia fines del siglo XX, se fundamenta en dos elementos. El primero tiene que ver con la ausencia de un ordenamiento jurídico-administrativo informado por principios y criterios susceptibles de aplicación unitaria y coherente. El segundo, se relaciona con el rechazo de aquellos principios y acciones del derecho común colonial, incorporados por la mayoría de los Estados pero no por la Federación, que "…reconocen a los tribunales facultades inherentes o implícitas a los efectos de controlar la adecuación de la actuación administrativa al bloque de la legalidad". Ver, CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 167 y 168.

[2011] El carácter democrático de la Administración y la ausencia de esta nota en el poder judicial, "…desautorizan la implicación de la magistratura en las cuestiones que, por su carácter `político`exceden del ámbito de lo jurídico al que el poder judicial debe circunscribirse". Ver, "Greater Boston TelevisionCorp v. FCC", 444 F.2d 841, 851, D. C. Cir, 1970, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 167.

[2012] CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 141.

[2013] Cabe aclarar que se refería a las tratadas en el caso "*Hahn v. Gottlieb*", 430 F.2d 1243, 1249, 1st Cir. 1970, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 141 y nota 83.

celeridad[2014]; Se admite la deferencia como regla respecto de los tribunales con funciones cuasi-judiciales o arbitrales en materias tales como: transporte, seguridad social, telecomunicaciones, entre otras;

d) Se afianza la distinción entre el tipo de función que se ejerce y los diferentes derechos o materias en los que la administración regula.
e) Se postula un control judicial intenso cuando se trata del derecho a la vida, la libertad y la propiedad, al igual que los derechos económicos, sociales y, en concreto, vivienda, salud y medio ambiente[2015].

§12. Síntesis y conclusiones: el panorama general en torno a la discrecionalidad en los Estados Unidos

A nuestro modo de ver, en Estados Unidos la discrecionalidad no se concibe como un ámbito libre de ley. La presencia de una actuación discrecional, como regla, implica que no hay "ley especial aplicable"[2016]. Eso no quita que existe una importante tendencia "deferencial" en cuanto a su control.

El control judicial de la discrecionalidad podría ser resumido en dos grandes premisas:

Primero: la revisión jurisdiccional de la discrecionalidad se ejerce a través del control de razonabilidad, arbitrariedad o el error. Siempre y cuando previamente se ha verificado que no hay obrar irrazonable, arbitrario o abusivo, entonces ahí la discrecionalidad produce el siguiente fenómeno: no hay ley aplicable (porque es discrecional la actuación) y, como los tribunales "definen la ley", entonces ellos inhiben su propia intervención[2017];

[2014] Ciertas sentencias establecen que: "…el escrutinio judicial detallado conduce inevitablemente a procesos de decisión más formalizados (…) y ello desalentaría la creciente implicación del sector privado que constituye, en este caso, el objetivo de la actuación de la Administración en cuestión". Ver, "*Hahn v. Gottlieb*", 430 F.2d 1243, 1249, 1st Cir. 1970, citado en CUCHILLO FOIX, Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa), p. 142 y nota 84.

[2015] Ver, CUCHILLO FOIX, *Montserrat, Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 120 y 121.

[2016] Ver, CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 143.

[2017] Ver CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, p. 163.

Segundo: la distinción entre gobierno y administración que se correlaciona con actos justiciables y no justiciables. Los actos políticos y los actos discrecionales son asimilados y se encuadran, a priori, en la categoría de no justiciables.

En lo que respecta a las cuestiones políticas no justiciables vinculadas a actos políticos y a la discrecionalidad, podemos enunciar siete postulados generales:

1) A fines del siglo XVIII el ejecutivo era concebido como un poder instrumental: debía poner en práctica las normas elaboradas por el poder legislativo. Se consagró desde los albores, el principio de vinculación positiva: no podía ejercerse ningún poder que no estuviera definido por ley y tampoco debía establecerse ninguna disposición aplicable a circunstancias no previstas en la ley.

2) Al comenzar el siglo XIX se inició una tendencia hacia la independencia del ejecutivo: ya no sería un mero aplicador de la ley. Aquí es donde comienzan a consolidarse las potestades discrecionales en el ejercicio de la función ejecutiva. En este contexto, se gestó el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*) y las cuestiones no justiciables.

3) El fenómeno del *judicial review* y las cuestiones no justiciables no encajaban con el modelo constitucional estadounidense inicial. La separación de poderes, por sí sola, no resultaba suficiente para justificar ambas categorías. Aparece en escena la doctrina de los frenos y contrapesos que se combinaría con aquella.

4) Durante las primeras décadas del siglo XX, se trataría la cuestión relativa a la potestad "libre" y "discrecional" para remover funcionarios por parte del Presidente (entre otros fallos, "*Humphrey'sExecutor v. UnitedStates*"y *Myers v. UnitedStates*"**)**. Se entendía que "Si el Presidente era el responsable de la ejecución de las leyes, entonces tenía plena libertad para cesar a sus subordinados si ya no gozaban de su confianza". El límite a la potestad de nombramiento, sólo se aplicaba a los funcionarios del poder ejecutivo. A partir del precedente "*Humphrey's"* se estableció la siguiente regla: para saber si el poder de "libre cese discrecional" del Presidente, prevalece sobre el poder del Congreso de someter dicho cese a limitaciones (fijando un plazo y tasando los motivos de cese), resulta preciso "…acudir a *la naturaleza de la función ejercida por el empleado público*".

Implícitamente, entendemos, se trazaba una línea entre dos clases de funcionarios que respondía al binomio "política"/"administración".

5) La consagración normativa del control judicial de la discrecionalidad administrativa llegaría con la sanción de la *AdministrativeProcedureAct* (1946), que determinó la regulación (entre otros aspectos) de la justiciabilidad de los actos y omisiones de la Administración en general. Los artículos 701 y 702 de dicho instrumento habilitaban el control judicial en términos genéricos, las excepciones se configuraban cuando las leyes excluían la revisión jurisdiccional o cuando la actuación administrativa era "discrecional según la ley".

Sin embargo, el control de la discrecionalidad administrativa se instauró través del artículo & 706, punto 2), B)de la Sección 10 de la Ley. El control se hallaba en la esfera relativa a las "cuestiones de hecho". Se ejercía (entre otras circunstancias) cuando las decisiones fueran arbitrarias, caprichosas o constituyeran un "*abuso en el ejercicio de facultades discrecionales"* o de otro modo no conformes a derecho.

Desde esta base, el control se ejercía de modo negativo. Por regla se excluía de la competencia la discrecionalidad calificada por la ley. Sin embargo, sólo un abuso en el ejercicio ameritaba la revisión judicial.

6) En forma contemporánea al nacimiento de la ley de procedimientos administrativos, se consolidaba la denominada "*doctrina de la deferencia*". Esta teoría presenta dos facetas de análisis. La primera, viene dada por la autorrestricción (*self-restraint)* de los tribunales respecto del control de la potestad reglamentaria de la Administración. La segunda, ha sido enunciada del siguiente modo: la interpretación administrativa de los términos de una ley, influye de modo determinante en el control judicial, a no ser que sea irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea. La interpretación administrativa se subdivide en: a) por un lado, la interpretación administrativa de las leyes, y b) por otro, la interpretación administrativa de los reglamentos.

7) Posteriormente, en "*Stinson v. UnitedStates*" se consolidaría y extendería la doctrina de "*deferencia*". Como regla, en caso de ausencia o ambigüedad de la ley, se deja un espacio para que la Agencia. Deferencia inicial y por principio a la Agencia. Como

excepción, si existen indicaciones compulsivas ("*compellingindications*") o imperiosas en contra, el juez puede ejercer control y obligar a que se respeten.

En resumidas cuentas, la historia jurisprudencial y dogmática de los Estados Unidos demuestra que en líneas generales, el ámbito la discrecionalidad es el margen de interpretación de los textos normativos que aplica el poder Ejecutivo.

NOTAS AL CAPÍTULO II Y VII

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO DOGMÁTICA DE LADISCRECIONALIDAD EN ARGENTINA

§1.Introducción.

A pesar de la temprana programación constitucional, no fue hasta las décadas de 1950 y 1960, el momento en que la doctrina argentina se ocupó de brindar explicaciones acerca del poder discrecional de la Administración[2018].Para ello recurrió a diversos argumentos.

En primer lugar, la doctrina utilizó el argumento de la "eficacia". El desarrollo eficaz de la administración pública requería la discrecionalidad para la plena realización de los intereses sociales. Esta noción representaba el "porqué" de la discrecionalidad.

A ese argumento se sumaba el carácter práctico e inmediato que presentaba la función de custodiar los intereses públicos, lo que requería de la necesaria existencia de las facultades discrecionales. A la vez, la imposibilidad práctica para determinar todos los detalles por parte de las leyes, fundamentaba la atribución al poder administrador de cierta facultad discrecional.

En este contexto, la jurisprudencia argentina ratificó la tendencia mundial que hacia 1950 se negaba a intervenir en el control de los actos dictados en el ejercicio de la actividad discrecional de la administración pública. En este sentido, o bien los consideraba actos "privativos" de la administración o bien se refería a ellos como facultades discrecionales[2019].

§2. Los primeros desarrollos teóricos de la discrecionalidad administrativa.

Hasta mediados de la década de 1950 –a excepción de la obra de Fiorini- el fenómeno de la discrecionalidad en esencia había sido inadvertido e indiferente[2020].

[2018] Distinta fue la historia con relación a las cuestiones políticas no justiciables las que a partir del precedente "Cullen c/ Llerena" encontraron recepción en la Jurisprudencia de la CSJN, como veremos en los apartados finales de este capítulo.

[2019] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 20 y 21.

[2020] LINARES advertía que esta indiferencia e inadvertencia doctrinaria, "…hizo tanto mal como el aplauso y las expresas justificaciones de ciertas medidas de fuerza que los gobiernos centrales y municipales adoptaron en los últimos diez años anteriores a 1943". Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 9

Inclusive, con sustento en una interpretación de la "división de poderes", existía una manifiesta tendencia conservadora en el sentido de negar recursos o acciones (salvo expresa autorización legal) contra actos meramente "inoportunos" o "con desviación de poder"[2021].

En 1948 y en 1958 aparecen dos obras que tratan integralmente la problemática de la discrecionalidad administrativa. Nos referimos a los trabajos "*La discrecionalidad en la administración pública*", y "*Poder discrecional administrativo*" de Bartolomé Fiorini y Juan Francisco Linares respectivamente. A continuación, enunciaremos los aspectos centrales de ambas tesis, poniendo de relieve aspectos relevantes a los fines de llevar adelante nuestro cometido: reconstruir el fenómeno discrecional.

a) Bartolomé FIORINI. FIORINI fue el primer autor argentino que trató en forma exhaustiva la discrecionalidad administrativa hacia 1948. Siguiendo de cerca a los autores alemanes, franceses e italianos, se ocupó de abordar exhaustivamente en el "problema universal del derecho administrativo".

El punto de partida inicial de FIORINI, se relacionó con los interrogantes jurídicos acerca de "…qué es, cómo es y cómo debe actuar la libertad de la administración". Éstos se manifestaban en un contexto en el cual, por un lado, se advertía una tendencia a crear un "concepto ajurídico de las facultades discrecionales" y, por otro, la gestión oportuna, eficiente y eficaz se presentaba como valor trascendental (junto al valor jurídico de un acto legítimo).

Su tesis central, en lo que se refiere a la ubicación de la discrecionalidad, se relacionó con acentuar el criterio *finalista* respecto del derecho en general, y de la facultad discrecional en particular. Ubicó a la discrecionalidad engarzada con la función administrativa y con los "fines administrativos". Para FIORINI, la función jurídica otorgaba un contorno a la discrecionalidad. Las facultades discrecionales no eran patrimonio exclusivo de la administración, sino que resultaba privativa de ésta la discrecionalidad *con* "fines administrativos".

Para entender la tesis de FIORINI, es importante destacar tres postulados básicos de su obra. **Primero.**Se ocupó de *escindir arbitrariedad y discrecionalidad* como problemas

---

y 10.

[2021] Cfr. LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 160 y nota 9. El autor hablaba de "timidez" de los jueces impresionados por el mito de la "división de poderes".

distintos de la juridicidad en la administración pública. Por ello entendió que la razonabilidad debía presentarse ante facultades discrecionales, además de las regladas o reglamentarias.

Segundo: Advirtió*la imposibilidad de que la ley regule todos los detalle*s posibles hacia el futuro, además de que tal cometido sería inoperante. Además, puntualizó que la norma jurídica[2022] estática no alcanzaba para satisfacer las diversas tareas; se requería asimismo que el funcionario actúe en forma diversa del simple ejecutor de la ley. Aquí es donde advirtió acerca de la *diferencia cuantitativa entre actividad reglada y discrecional.*

Tercero: en cuanto al control de la discrecionalidad, puntualizó el *problema de excluir la libre voluntad de un órgano del control jurisdiccional.* A su juicio, existía un problema de la "falsa limitación de los controles jurisdiccionales" sobre la actividad de la administración pública. Para él, los jueces del poder judicial o de la administración debían ejercer una función idéntica: "*dirimir el derecho en una contienda*".Según FIORINI, producto de un equívoco, los sistemas judicialistas excluyeron el control de la discrecionalidad. Para FIORINI, *no resultaba válido confundir irrevisibilidad judicial con facultad discrecional*[2023], al igual que se debían desgranar las funciones jurídicas de control de la discrecionalidad respecto de la discrecionalidad en sí misma;

Ahora bien, la dimensión de la tesis del autor en comentario, sólo puede apreciarse a partir de escindir ciertos puntos centrales que constituyen una síntesis de su pensamiento. A continuación, hemos seleccionado seis aspectos que se relacionan con: 1) las pautas de ejercicio de la discrecionalidad; 2) los "momentos" de su ejercicio; 3) los criterios distintivos; 4) los límites; 5) la discrecionalidad técnica y 6) la motivación.

1) La temprana exigencia de pautas, principios y directrices para ejercer la discrecionalidad. FIORINI se ocupó con agudeza de encauzar la actividad discrecional en el marco de principios procesales y objetivos previamente establecidos que debían regir la apreciación para poder dictar actos oportunos[2024]. Veamos en sus

[2022] FIORINI ligó la actividad discrecional con la norma, tal como acontecía con la actividad vinculada. Cualquier actividad ejercida por los órganos debía tener como fundamento normas de carácter administrativo, legislativo o constitucional. "*Toda la administración está vinculada a una norma jurídica*".

[2023]Escindió facultades privativas del ejercicio de la discrecionalidad. La irrevisibilidad en las primeras, se relacionó con el contenido privativo de la facultad y no respecto a la manifestación exterior creadora de relaciones jurídicas si se encontraba en colisión con disposiciones legales.

[2024] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 55. Destacaba en tal sentido

propias palabras:

> *"Así como las normas positivas o de lógica jurídica rigen la validez exterior del acto administrativo, esta disciplina ahonda en la gestión de la administración para poder determinar los principios objetivos y directrices que deben regir a la discrecionalidad para dictar actos oportunos"*[2025]

Esto implica que concibió un amplio margen de la libertad de la Administración, no obstante advirtió que éste se encontraba encausado*dentro* del derecho; ello en la medida en que sostuvo la existencia de principios y directrices para encauzar el poder discrecional de la Administración.

2) Los "momentos" y los "procesos" en el ejercicio de la discrecionalidad. La actividad administrativa, en la tesis de FIORINI, era concebida como un proceso complejo integrado por distintos momentos y distintas clases de gestiones. La discrecionalidad se presentaba como una parte de la unidad de la gestión, como un sector de actividad (entre otras) que debía concurrir para dictar el acto.

La discrecionalidad se entendía como un *proceso intelectivo de apreciación* que no se identificaba con el "momento" específico de exteriorización del acto administrativo. Lo exclusivo y lo privativo del "momento procesal denominado discrecionalidad", tenía que ver con la modalidad para determinar cuál era el acto más oportuno y eficaz.

Es decir, la discrecionalidad se presentaba como un "momento procesal previo de la manifestación administrativa del acto". El proceso intelectivo de determinación, se escindía en esta lectura, del objeto de la determinación[2026]. El acto administrativo representaba un complejo jurídico en donde incidían distintos "momentos procesales". La discrecionalidad era uno de éstos[2027].

3)Los criterios distintivos que determinan la existencia de la discrecionalidad: la oportunidad y el mérito. FIORINI escindió dos situaciones. En la primera, la voluntad administrativa creaba una situación jurídica nueva (elección

---

que: "Si no se determinan previamente los principios procesales y objetivos que rijan la apreciación para poder dictar actos oportunos, indirectamente, el administrador, se transforma en creador de normas como en el Estado policía" (FIORINI, *Ob. Cit.*, p. 55 nota 3, con cita de MAYER, O., *Le droitadministratifallemand*, T. II, 1906, p. 37).

[2025] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 56.

[2026] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 61 y 62.

[2027] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 62.

de la opción más conveniente entre varias posibilidades). En la segunda, se confirmaba una norma o disposición ya existente.

En esta lectura, la oportunidad y el mérito, se situaban en un plano analítico diverso al de la legalidad; a lo "reglado"[2028]. Verificar si se había cumplido determinados requisitos impuestos por la norma, y "apreciar" determinadas circunstancias y motivos determinantes, constituían fenómenos que se desarrollaban en planos diferentes. Apreciar la oportunidad y el mérito, constituían procesos intelectivos que se ejercían en el ámbito de la discrecionalidad administrativa.

4) Los límites de la discrecionalidad. FIORINI desarrolló tres tipos de límites de la discrecionalidad: negativos, relativos y positivos. Estas limitaciones se sustentaban en una premisa inicial: la discrecionalidad debía tener idénticas restricciones que la función administrativa[2029].

Los límites a la libre apreciación de la discrecionalidad, se correspondían con tres situaciones jurídicas distintas. La primera se relacionaba con las limitaciones que impone en general el orden jurídico a la administración. La segunda se vinculaba con límites expresos y especiales que impone a la discrecionalidad la misma administración. La tercera debía tener en cuenta el "proceso de la administración"[2030].

i) Los límites negativos[2031]**.** Los límites negativos y relativos constituían el valladar infranqueable del ejercicio de la potestad discrecional[2032]. La declaración de inconstitucionalidad o la ilegalidad del obrar administrativo, debían ser decretadas en caso de violación de los límites negativos y relativos[2033].

Los límites negativos estaban dados por los dos grados que precedían al "momento discrecional". Se refería así FIORINI a lo que se conoce actualmente como "principio de legalidad".

[2028] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 81 y 82.

[2029] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 89.

[2030] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 89. Las dos primeras fueron luego sostenidas por DIEZ, M. M., *Derecho administrativo*, T. I, p. 133.

[2031] El desarrollo de esta denominación puede verse en FIORINI Bartolomé A., La discrecionalidad en la administración pública, p. 90 a 94.

[2032]Según DIEZ, la Constitución, las leyes, los actos normativos generales de la administración constituían límites al ejercicio de la discrecionalidad. Cfr., DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. I, p. 126 y 127.

[2033] FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 166.

En este contexto, la actividad administrativa debía observar la Constitución, las leyes, a los reglamentos delegados[2034] (o cualquier norma de carácter general dictada por la administración[2035]) y las sentencias judiciales[2036]. BIELSA, en similar sentido, se refería a los límites "virtuales" y agregaba, a los expuestos por FIORINI, los principios de moral administrativa, la objetividad, imparcialidad, igualdad ante la ley y la economía en los gastos (entre otros)[2037].

FIORINI lúcidamente advirtió que los límites negativos no se vinculaban de modo específico con la discrecionalidad, sino que se relacionaban con toda la gestión administrativa[2038].

ii) Los límites relativos. A estos límites se denominó las demarcaciones que creaba normativamente el administrador para determinados actos de la administración. Se los llamaba relativos porque la propia administración podía dejarlos sin efecto. Aquí se hablaba de un "ejercicio general de discrecionalidad" que luego se perfeccionaría por un ejercicio específico de discrecionalidad[2039].

iii) Los límites positivos[2040]**.** FIORINI desarrolló dos procesos de contenido funcional que integraban los límites positivos. A) El ámbito de la labor de acierto y conocimiento por un lado y, B) la apreciación ponderativa por otro[2041].

A) El ámbito de labor de acierto y conocimiento podía ser controlado jurisdiccionalmente. El control sobre la apreciación ponderativa estaba "…completamente prohibido actuar en el segundo so pena de destruir el principio de la división de poderes"[2042].El juez no debía controlar la intención, sino que su misión

[2034] Se refería a todas las disposiciones de substancia legislativa.
[2035] DIEZ, M. M., Derecho administrativo, T. I, p. 131
[2036] "Las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales en litigios en que debaten situaciones normativas de esencia legislativa". Ver, FIORINI Bartolomé A., La discrecionalidad en la administración pública, p. 95. La inclusión de la jurisprudencia dentro de los límites del derecho es muy importante, pues como se verá luego en el capítulo dedicado a la dogmática de la discrecionalidad, las normas jurídicas incluyen tanto la formulación o el enunciado normativo (el "texto" de la Ley) como su interpretación por el operador jurídico (autoridad normativa).
[2037] BIELSA, R., Derecho administrativo, T. I, quinta edición, p. 208.
[2038] FIORINI Bartolomé A., La discrecionalidad en la administración pública, p. 91 y 92.
[2039] FIORINI Bartolomé A., La discrecionalidad en la administración pública, p. 96.
[2040] Ver, FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 109 a 123.
[2041] Ídem, p. 170.
[2042] Ídem, p. 170.

consistía en verificar si el dato objetivo mentado en la norma, se identificaba con el objeto o el juicio objetivo que surge de la realidad[2043].

Los ejemplos que utilizó FIORINI para clarificar su postura, en su gran mayoría son conceptos jurídicos indeterminados ("Peligrosidad pública", "significación histórica", entre otros.), aunque el autor no se refirió a ellos como categoría conceptual[2044].

A su vez,denominó límites positivos de la discrecionalidad a los que: i) regulaban la eficacia del acto; ii) constituían garantías para una buena realización de la actividad discrecional; iii) más que prohibiciones, eran guías directivas que debía tener en cuenta la actividad creadora del acto oportuno; iv) se presentaban como obligaciones de hacer por parte de la administración[2045].

El fin objetivo (el interés público específico determinado por la norma) debía representar el interés específico que determinaba el camino, la dirección y el campo de la apreciación discrecional[2046].

5) La discrecionalidad técnica y los "estándares jurídicos". La escisión entre reglas técnicas y "*estándares*" [2047] jurídicos se hallaba presente en la tesis de FIORINI. Las primeras se referían al conocimiento especializado[2048]. Los segundos se creaban en el seno de las ciencias normativas y se referían a las conductas de las personas[2049]. En ambos casos, para el autor, existía la labor previa para considerar justa y oportuna la aplicabilidad de dichas reglas o "standards"[2050].

[2043] FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 173.

[2044] FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 175.

[2045] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 109.

[2046] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 114.

[2047] También se alude a la existencia de "*standars*" valorativos, sociales, políticos y económicos a la luz de los cuales se aprecian o sopesan las consecuencias de la inclusión o exclusión por parte del intérprete. Estos criterios adicionales son los que dan fundamento a la decisión; no la regla o reglas del orden jurídico que simplemente no se oponen a ella. Ver, CARRIÓ Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 57.

[2048] Contrariamente, BIELSA y VILLEGAS BASAVILBASO entendían que la discrecionalidad técnica se diferenciaba de la discrecionalidad. Así, se concebía a la actividad puramente técnica era una actividad libre o puramente discrecional no jurídica de la administración. Ver, BIELSA, R., Derecho Administrativo, T. I, quinta edición, p. 225 y VILLEGAS BASAVILBASO B., Derecho administrativo, T. II, ps. 237 y 238. Según este último autor, los preceptos o reglas científicas, eran extrañas a toda apreciación legal o administrativa. Destruían la libertad que era el fundamento de la discrecionalidad. Sin embargo, la actividad técnica y la actividad administrativa se vinculaban cuando la apreciación técnica debía resolverse en relación con el interés colectivo. Ibidem.

[2049] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 124.

[2050] En la tesis de LINARES, el "standard" de FIORNI entrañaba, en sí, una fórmula elástica y estaba comprendido en el concepto de razonabilidad. Debía servir de auxilio para valorar lo razonable o irrazonable

Es decir, sendos parámetros constituían directivas para la realización de la apreciación pero de ningún modo se podían calificar como límites positivos o "definitivos" de la discrecionalidad[2051].

6) El proceso de la discrecionalidad. La motivación como eje central. La asimilación que suele presentarse entre la motivación (como elemento del acto) y la discrecionalidad, posiblemente hunda sus raíces en las siguientes manifestaciones de FIORINI: "Toda la discrecionalidad se reduce a la apreciación de los motivos del acto en relación con el fin que debe satisfacer"[2052].

Es decir, la administración en ejercicio de la discrecionalidad, debía realizar una labor previa de conocimiento de todos los motivos que concurrían a modificar la realización práctica del interés esencial. La labor de conocimiento, tenía como norte advertir previamente los objetos (ideales, naturales y culturales) del mundo real que debían ser conocidos de acuerdo al método que imponía su naturaleza. A partir de aquí se debía apreciar y ponderar todos los elementos para dictar el acto más oportuno. Intereses secundarios en juego, debían ser sopesados en aras de garantizar el interés esencial[2053].

En conclusión, en la tesis de FIORINI "*la discrecionalidad (…) se presenta en dos momentos interdependientes: conocimiento pleno del interés esencial y de los secundarios y apreciación ponderativa para el acto justo*"[2054].

b) Juan Francisco Linares. Así como FIORINI abordó por primera vez y en forma sistémica el problema de la discrecionalidad, LINARES diez años después (hacia 1958) publicó el estudio más agudo y profundo para la época acerca del poder discrecional administrativo desde un plano jurídico-dogmático[2055].

Ahora bien, más allá del título de su obra y de que, paradójicamente, no abordó de modo concreto el problema del poder discrecional administrativo, su análisis versó sobre el fenómeno que él prefirió llamar "arbitrio". Siguiendo a MERKL[2056], se refirió

---

del caso. Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 164.

[2051] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 127.

[2052] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 154.

[2053] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 155 y 156.

[2054] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 156.

[2055] Ver LINARES Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1958.

[2056] El autor alemán entendía al arbitrio como una necesidad fundada jurídico-teóricamente en la esencia de la ejecución como concretización de una norma abstracta. Ver, LINARES, J.F., Poder discrecional

al arbitrio como el ejercicio de libertad que la norma superior dejaba librado al administrador cuando dictaba el acto de aplicación[2057].

El acto de aplicación era un acto de creación parcial del derecho que se concretaba a través del arbitrio[2058]. Es decir, el arbitrio era necesario en toda interpretación del derecho para su concretización[2059].

La distinción entre poder reglado y poder discrecional, desde esta perspectiva, comenzaba a resquebrajarse[2060]. En efecto, se concebía un margen de interpretación en cualquier circunstancia sin que se observara la simple aplicación lógica y mecánica de lo previsto por las normas[2061].

En este escenario, se planteó con certeza que el ejercicio del arbitrio debía tener como límite y referencia a la totalidad del ordenamiento jurídico[2062]. Quien debía ejercer el arbitrio no podía buscar en una sola norma o disposición, sino que correspondía acudir a la totalidad del ordenamiento jurídico (normas de igual o superior jerarquía) que alcanzaban borrar o neutralizar el arbitrio previsto en una norma particular[2063].

La norma específica[2064] recibía parte de su sentido de las totalidades parciales y totales a las que sistemáticamente pertenecía[2065]. Así, el ordenamiento jurídico constituía un todo estructural que permitía construir las partes faltantes de una norma general cuando resultaba insuficiente (o restringirla cuando era demasiado general). Permitía, a su vez, explicitar en modo completo la norma general cuando ella se

---

administrativo, p. 17, nota 3, con cita de MERKL "Teoría General del Derecho administrativo", p. 190.

[2057] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 15. Destacamos que LINARES en su obra se refirió al arbitrio lícito. Ver, LINARES, J.F., Poder discrecional administrativo, p. 26.

[2058] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 16.

[2059] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 17, nota 3.

[2060] Según LINARES, el razonamiento sobre el fenómeno del poder discrecional debía orientarse hacia un enfoque bifronte del arbitrio administrativo (entre ordinario y extraordinario) y no sobre la distinción entre poder "reglado" y poder "discrecional". Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 23 y 24.

[2061] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo,* p. 17, nota 3. En similar sentido, DIEZ destacó que no se podía hablar de actos reglados o vinculados y de actos discrecionales. Ver, DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. I, p. 145.

[2062] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 41 a 48.

[2063] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 41.

[2064] En la interpretación de LINARES, la norma se articulaba con definiciones legales, fórmulas elásticas y otros "standards" y con los contenidos dogmáticos de diversos preceptos legales. LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 44.

[2065] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 42.

encontraba ausente de modo pleno[2066].El término "integración del derecho" cobraba plena vigencia en esta "buena" construcción a la que se refería LINARES[2067].

Para comprender la tesis de LINARES, hemos decidido sintetizar y exponerseis aspectos centrales: 1) La noción de arbitrio; 2) El arbitrio ordinario; 3) El arbitrio extraordinario; 4) Los límites al arbitrio; 5) El control jurisidiccional y 6) el poder discrecional.

1) El arbitrio.

Para LINARES existían dos clases de arbitrio. Uno general y constante, otro particular y contingente. *Arbitrio ordinario y extraordinario se diferenciarían exclusivamente desde un punto de vista cuantitativo*[2068]. Cuando había mayor flexibilidad por la existencia de normas elásticas, se perfeccionaba un mayor grado de flexibilidad y ello ameritaba el ejercicio del arbitrio extraordinario.

En suma, a partir de la noción de arbitrio LINARES establecía el siguiente escenario general dogmático que resumimos el siguiente modo:

i) El *arbitrio ordinario* se hallaba presente en dos supuestos. Primero en toda aplicación del derecho sin importar el grado de vinculación existente. Segundo, aún frente al caso de que nos hallemos con ausencia de regulación expresa de la norma.

ii) El *arbitrio extraordinario* se concretaba (aunque no en todos los casos) frente a la existencia expresa de fórmulas elásticas que otorgaba la norma. La *discrecionalidad se hallaba en el arbitrio extraordinario* aunque no se identificaba en un todo con él[2069]. Podía desarrollarse previo a la emisión de los actos de alcance general o de alcance particular.

iii Por último, las fórmulas elásticas (por ejemplo, "utilidad pública") a las que LINARES se refería, encuentran identidad dogmática con la noción de conceptos jurídicos indeterminados.

[2066]LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 46.

[2067] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 47.

[2068] Sólo hay diferencia de calidad y no de cantidad sostuvo LINARES. Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 19.

[2069] LINARES expresamente postergó el abordaje para otra obra (que finalmente no concretó, por desgracia), acerca de qué parte del arbitrio administrativo era poder discrecional. Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 13.

2) El arbitrio ordinario[2070]**.** Al arbitrio general, necesario y cosubstancial (que se presentaba por "grado") que poseía la administración al aplicar la ley, LINARES lo llamó arbitrio ordinario[2071]. Este tipo de arbitrio se hallaba en todos los "actos" de los poderes del Estado. El acto de legislación, de reglamentación, la sentencia judicial y el acto administrativo, evidenciaban la manifestación de este fenómeno. En todos los casos se trataba de un acto de creación regulada[2072] o de libertad limitada[2073].

i) El proceso intelectual llevado a cabo para ejercer el arbitrio y sus componentes integradores. Las fórmulas elásticas. El eje medular que comenzó a advertir la doctrina en nuestro país, sin que se observe un tratamiento análogo en el derecho de habla hispana para la época[2074], se relacionaba con el acto de creación regulado que debían ejercer todos los poderes del Estado. Estos actos eran ejercidos por el órgano de aplicación (juez, agente administrativo) mediante un "complejo proceso espiritual de la valoración jurídica en un razonamiento empírico-dialéctico"[2075]. Según LINARES, no se podía postular que en el ejercicio del arbitrio se concretara un puro acto de razonamiento lógico o de mera subsunción silogística de la premisa menor del caso en la mayor de la ley[2076]. El arbitrio, en tales términos, quedaba configurado con uno de sus elementos constituyentes: *un momento valorativo*.

[2070] Expresaba LINARES: "El arbitrio ordinario del órgano, resulta, así, un compuesto de imposición conceptual de la norma y de elección dentro de lo no impuesto; habida cuenta de la imposibilidad de elegir lo contrario de lo impuesto y que, de realizarse, imprimiría al arbitrio el signo de lo ilícito con lo que quería como entuerto" (LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 38). Y concluía: "…el núcleo de lo que el derecho positivo entiende por poder discrecional administrativo coincide, en parte, con lo que denominamos arbitrio administrativo extraordinario, así como también que esta coincidencia debe ser reajustada sobre un verdadero concepto de lo que es el poder discrecional administrativo" (LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 283).

[2071] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 16.

[2072] O voluntarismo estructurado en términos de LINARES. Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 20.

[2073] DIEZ al abordar la tesis de LINARES, entendió que no debía confundirse la libertad del legislador con el poder discrecional de la administración toda vez que aquella era más amplia y comprendía el "…dominio de relaciones jurídicas, en las cuales nada ha previsto la Constitución (…) el legislador elige las reglas de derecho, apreciando libremente las tendencias y las razones sociales, mientras que el órgano administrativo debe actuar respetando el ordenamiento jurídico" (DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. I, p. 135). A nuestro juicio, y sin que corresponda ahondar en esta problemática en este estadio, creemos que en la libertad del legislador no se ejerce un dominio en donde nada previó la Constitución. Muy por el contrario, su labor se debe desarrollar teniendo en consideración las fórmulas constitucionales expresa y los mandatos que surgen de los tratados internacionales. En definitiva, se trata de ámbitos de libertad más o menos regulados.

[2074] La doctrina española, varios años después comenzaría a trasuntar por el problema de la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados. A nuestro entender el primer agudo y exhaustivo estudio sobre tales categorías se dio casi 20 años después con la aparición de la obra de SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

[2075] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 21.

[2076] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 21.

El otro componente previo que integraba el arbitrio era *la libertad de elección* de la norma que regía la especie del caso y constituía el género legal[2077]. En otras palabras, era preciso determinar cuál de las opciones que el marco legal podía ofrecer en un contexto de indeterminación expresa de la norma[2078].

Esta libertad de elección, tampoco era *enteramente* libre. Era regulada o de "voluntarismo estructurado"[2079] en palabras del precitado autor. Inclusive, frente a un vacío normativo, se debía encontrar la solución en los principios generales del derecho y en la analogía. A este bagaje imperante en el derecho privado, LINARES lo extrapolaba y lo hacía plenamente aplicable al derecho administrativo[2080].

El deber de legalidad y la razonabilidad constituían los rasgos que debían presentarse en el ejercicio del arbitrio administrativo (entendido como un obrar administrativo)[2081]. El arbitrio, en tales términos, aludía a un substrato real y a un sentido de valoración jurídica (axiológico). El substrato real tenía que ver con la significación conceptual de ciertos objetos[2082] naturales, ideales o culturales para describir el comportamiento humano. Es decir, la conducta descripta en una norma, podía contener nociones dogmáticas que pertenecía a reinos "ónticos" diferentes. Esto implicaba que el conocimiento acerca de ciertas nociones, tenía que ver con los objetos que se pretendía subsumir en la hipótesis normativa.

Veamos un ejemplo.Encontrar la significación de la utilidad pública y ubicar la extensión de cinco mil metros cuadrados de un inmueble, se derivaba de un proceso intelectual de conocimiento que se adquiría por métodos diferentes según los objetos (el substrato real). Así, los objetos matemáticos se conocían por intelección (lógico-deductivo), los naturales por explicación, y los culturales por comprensión-interpretación[2083].

[2077] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 21.

[2078] No se hace referencia aquí a la libertad de elección que específicamente se suele caracterizar como la libertad de opción entre dos o más consecuencias en el ámbito de las consecuencias jurídicas.

[2079] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 21 y 22.

[2080] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 22 y 23.

[2081] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 23.

[2082] En similar sentido, SAINZ MORENO entiende que, además, de un problema sobre el significado de conceptos (resolver si eso puede o no ser llamado "así"), en la aplicación e interpretación de la norma se debía resolver jurídicamente. Entonces no sólo se debe averiguar el significado de las palabras utilizadas en la ley sino que hay que buscar en ellas la solución justa el problema planteado. Ver, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 164.

[2083] Cfr.: LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 27 con cita de COSSIO, *La teoría Egológica*, p. 28.

Estos procesos podían hallarse a la hora de encontrar el substrato real. Sin embargo, también se perfilaban un proceso de valoración jurídica (además de otros componentes extrajurídicos[2084]). En suma, ejercer el arbitrio administrativo consistía en mentar la valoración jurídica de una norma jurídica.

Ahora bien, desde este enfoque dogmático, el objeto referido por la fórmula elástica determinaba una valoración o sentido axiológico diferente en la tesis de LINARES. Puntualmente, determinar la "utilidad pública" o un objeto real natural ("granizo", "océano") o ideal ("veinte días"), eran tareas diversas. Entre ambos arbitrios, además de una diferencia sustancial en relación al método para arribar a la integración, existía una divergencia de amplitud. Los objetos reales naturales presentaban un ámbito de arbitrio más restringido en relación a los objetos reales ideales[2085].

Comprensión e interpretación (que exhibía un componente de creación) resultaban elementos indispensables para arribar a un conocimiento que posibilitaba desentrañar el ámbito de aplicación de un objeto cultural[2086]. En definitiva, los procesos interpretativos con su correspondiente alternativa de razonabilidad e irrazonabilidad- desde la óptica de LINARES- se presentaban cuando:

> A. se trataba de precisar si una ley era o no aplicable al caso administrativo;
>
> B. Si era inaplicable la ley, se debía determinar cuál podía regir el caso;
>
> C. Si ninguna norma específica se hallaba en el ordenamiento, se debía recurrir a la analogía y a los principios generales[2087].

Aquí LINARES sigue (entre otros) a COSSIO. El proceso de comprensión era caracterizado del siguiente modo por LINARES: "Cuando el órgano ejerce su arbitrio dictando una norma como acto de voluntad, es decir desplegando cierto comportamiento en el caso, es porque ha interpretado el derecho. En el caso, para ello, ha desplegado como previo un proceso espiritual de conocimiento del caso por comprensión, ya que los objetos culturales se conocen de esta manera. Ese conocimiento por comprensión es, cabalmente, interpretación, si por esto último se entiende ´conocer cuál es el sentido que algo expresa (Ver: LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 38 y 39).

[2084] Como los morales, los religiosos o los económicos. *Ver*: LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 27.

[2085] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 36.

[2086] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 39.

[2087] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 168.

ii) El ejercicio razonable e irrazonable del arbitrio ordinario. LINARES advirtió un error dogmático respecto del ejercicio del arbitrio ordinario. Se entendía que el problema de razonabilidad se escindía del de "mera legalidad". Ello se debía a que la doctrina dominante de la época –según el autor-, presuponía que existía una mecánica aplicación de la ley luego de haberse encontrado un unívoco sentido de sus términos mediante procedimientos lógicos[2088].

Fruto de los momentos que se presentaban en el proceso de interpretación de la ley, emergía la cuestión relativa al ejercicio razonable o irrazonable del arbitrio ordinario. Surgía también la cuestión acerca del cumplimiento o incumplimiento del deber de razonabilidad[2089].

iii) El componente y la estructura de las normas. Siguiendo a COSSIO, LINARES alertó acerca de la reproducción que el órgano aplicador debía implementar a la hora de ponderar el hecho antecedente y el hecho consecuente previsto por la norma[2090]. En otros términos, los presupuestos de hecho contenidos en el texto legal que se enlazan con un operador (imperativo o facultativo) a determinadas consecuencia/s jurídica/s.

El marco normativo en el que se desarrollaba la valoración jurídica, desde la óptica de LINARES, determinaba dos cuestiones trascendentes: primero, la norma real especificaba el substrato real óntico de la conducta; segundo, mencionaba el sentido que ésta tenía (en parte) y también lo integraba (también en parte)[2091].

En suma, la norma superior sólo suministraba géneros legales dejando al órgano intérprete el arbitrio de la elección por valoración la especie aplicable al caso[2092].

iv) La forma lógico-normativa. La forma lógico-normativa se sumaba a los contenidos dogmáticos y a la valoración jurídica. Esta última debía ejercerse conforme la estructura lógica conceptual integrada por dos subnormas denominadas

---

[2088] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 167.

[2089] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 168.

[2090] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 28, con cita de COSSIO, *La teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1944, p. 58 y ss.

[2091] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 39 y 40.

[2092] Concluía LINARES en tal sentido: "En síntesis, cuando el órgano interpreta el derecho del caso, es decir la conducta del caso a través de la ley, además de conocer intelectualmente lo que la ley enuncia con sus conceptos, conoce emocionalmente como valoración lo que esta ley y el caso contienen como sentido axiológico; y en su decisión en definitiva se traduce todo ello como aplicación del género y como creación de la especie. Como creación dentro de la subsunción. Con ello el órgano se conduce, es decir obra y ejerce algún arbitrio necesario". Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 40.

"endonorma" y "perinorma" relacionadas entre sí por una cúpula disyuntiva.

Los elementos de ambas subnormas se estructuraban a la luz de un antecedente jurídico y por un consecuente jurídico. Ambos unidos por la cúpula imputativa "debe ser". Ella, más los conceptos que presentaban contenidos dogmáticos de conducta (los presupuestos de hecho[2093]) y las valoraciones, integraban la norma positiva plenaria. Esto es, las normas constitucionales, las leyes, los reglamentos[2094].

Un ejemplo es ofrecido por LINARES para enfocar la cuestión.

Las normas constitucionales representaban valoraciones jurídicas. Al dictarlas el constituyente valoró las circunstancias constitucionales del caso. Es decir, como resultado de una valoración de ciertos elementos, determina que cuando se reunía los antecedentes de haber nacido en suelo argentino, entonces a ello se le imputaban determinadas consecuencias. Esto mismo acontecía con normas de inferior jerarquía.

En otros casos, se utilizaban fórmulas elásticas como por ejemplo, "conmoción interior". El término gramatical presentaba un grado de máxima latitud de arbitrio toda vez que no estaba reglamentado por una escala intermedia de normas acerca de cómo debía ser aplicado[2095]. Este fenómeno, a su vez, se desarrollaba en todos los estamentos normativos inferiores. Fórmulas elásticas constitucionales y formas elásticas legales componían el esquema de LINARES[2096].

3) El arbitrio extraordinario. El arbitrio extraordinario era, según LINARES, el resultante de una técnica jurídica consistente en dar cierta elasticidad a las limitaciones o imposiciones conceptuales normativas[2097]. El componente de las fórmulas elásticas resultaba esencial en la lectura del precitado autor. En concreto, las sub-especies de las valoraciones acorde a los objetos que pretendía significar.

Veamos.

LINARES postuló dos subespecies de valoraciones respecto de los objetos culturales. Los objetos en el reino de la cultura podían subdividirse en "mundanales" y egológicos". En los primeros se hallaba un sustrato real-natural (mojón, hacha, estatua).

[2093] También denominados circunstancias integrantes del antecedente jurídico. Ver LINARES, J.F., Poder discrecional administrativo, p. 102.

[2094] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 30 y 31.

[2095] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 31 y 32.

[2096] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 32.

[2097] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 38.

En los segundos el substrato real constituía una conducta humana: por ejemplo, sociedad anónima, el Estado, entre otros). Dentro de estos últimos, también podía hallarse conceptos o nociones que tenían un substracto vivencial estimativo: por ejemplo, "utilidad pública"[2098].

Desde esta plataforma se arribaba a la siguiente conclusión: las fórmulas elásticas presentes en el ejercicio del arbitrio extraordinario, expresaban gramaticalmente significaciones cuyo contenido "objetal" era dogmático cultural-egológico-valorativo[2099].

Ahora bien, la existencia de la fórmula elástica, no determinaba en todos los casos la configuración del arbitrio extraordinario. La *relación entre fórmula elástica y arbitrio extraordinario quedaba subordinada a un dato concreto y específico: la existencia de una norma totalmente construida y plenamente integrada con la totalidad del ordenamiento jurídico que determinaba la falta de regulación de la fórmula elástica.*En otras palabras, no había pautas normativas concretas que pudiesen permitir integrar la fórmula elástica. Aquí es donde se podía hablar de arbitrio extraordinario[2100].

Sobre esta plataforma, LINARES consideraba que en el ejercicio del arbitrio extraordinario, el administrador en cierto modo obraba como un legislador[2101]. Se debía valorar jurídicamente un objeto que en sí ya tenía sentido axiológico. Es decir que en el arbitrio extraordinario mediaba una valoración sobre otra valoración. El *quid alud* de la cuestión, desde nuestra perspectiva, viene dado por la presencia de fórmulas y sentidos que no se correspondían con un carácter jurídico.

Se podría tratar de sentidos *extrajurídicos*: económicos, estéticos, entre otros. Estos sentidos básicos podían presentarse como base de la valoración jurídica. Por ejemplo, lo "inmoral" en una ordenanza no debía ser definido por lo que entendían los círculos áulicos del arte con criterio propio. Precisamente, podía ser determinaba una noción de moral jurídicamente valiosa[2102].

El derecho mediante sus propias pautas valorativas, podía imprimir a los conceptos de las ciencias, artes y lenguaje común alcance válidos sólo para él. Este

[2098] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 29.
[2099] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 29.
[2100] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 47.
[2101] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 202.
[2102] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 204 y 205.

fenómeno acontece con los tres órganos del Estado[2103]. En suma, la valoración a-jurídica y la valoración jurídica debían determinar, por ejemplo, si una plaza representaba la "perspectiva monumental" o si un espectáculo teatral era "indecoroso"[2104].

El arbitrio extraordinario, se ejercía fundamentalmente cuando las leyes contenían normas elásticas[2105]. En la óptica de LINARES, sin embargo, no toda fórmula elástica confería arbitrio extraordinario. Sólo lo hacían aquellas que se insertaban con "motivo" -expreso o construído- en el "hecho antecedente" de la endonorma[2106].

i) Arbitrio extraordinarioy fórmulas elásticas. LINARES utilizó la expresión acto administrativo como un acto de la Administración que crea o establece una norma jurídica general o particular[2107]. En este contexto, las formulas elásticas se encontraban en diversos planos normativos y lógicos: las fórmulas elásticas insertas en la Constitución Nacional, en las leyes, en el ejercicio del poder reglamentario, en la endonorma y en la perinorma (antecedente o consecuente)[2108].

En esta formulación, las normas con fórmulas elásticas generales, podían ser aplicadas por otras normas generales que podrían sustentar el punto intermedio hacia el tránsito al acto de aplicación. Se configuraba así un "amplio margen de arbitrio ordinario" en el ejercicio del poder reglamentario[2109], que ya resultaba vasto, independientemente de que no existiesen normas elásticas. Sin embargo, también podía

[2103] Con acierto afirmaba LINARES: "El derecho, mediante sus propias pautas valorativas, puede imprimir a los conceptos de las ciencias, artes y lenguaje común, alcances válidos sólo para él, sea a través de las interpretaciones de la constitución que hace el órgano legislativo cuando legisla (definiciones legales) o sea a través de las interpretaciones a la ley que hacen los jueces cuando juzgan o los órganos administrativos cuando administran. Baste recordar ejemplos tales como el modo en que la ley decide el punto de la existencia de los hijos que mueren antes de estar completamente separados del seno materno, el período de concepción que la ley fija en modo tajante (…) En todos ellos ocurre lo de siempre: para llegar a una decisión acertada, o sea axiológicamente válida, se niega a veces la aplicación en su universal extensión al género legal, en cuanto definido por la ciencia o el diccionario, en base a ciertas circunstancias del caso no mentadas por la ley y se afirma que el concepto legal es uno más restringido que el científico o vulgar. Como también puede ocurrir lo contrario: que se amplíe el género legal, en cuyo caso estamos frente al uso de la "extensión interpretativa" por analogía como método de interpretación". Ver, LINARES, J.F., Poder discrecional administrativo, p. 205 y 206.

[2104] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 211.

[2105] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 206.

[2106] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 223.

[2107] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 49.

[2108] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 51.

[2109] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 51.

darse la posibilidad de que se configure un poder discrecional en el dictado de actos generales emitidos en ejercicio de arbitrio extraordinario[2110].

Producto de una visión integradora del derecho en donde se debía analizar la totalidad del ordenamiento jurídico, LINARES arribó a la siguiente conclusión: la mera existencia de una fórmula elástica en una norma no confería arbitrio extraordinario. Precisamente, si existían normas de la misma o de superior o inferior jerarquía que reglen los aspectos mentados por la fórmula elástica, entonces se vedaba la posibilidad de que exista arbitrio extraordinario[2111].

4) Los límites al arbitrio. LINARES advirtió tempranamente que la desviación de poder en el derecho francés, se correlacionaba con la regla de especialidad aplicada a una persona pública estatal. La regla de especialidad, en la tesis de LINARES, implicaba que las personas ideales, en sentido lato, gozaban de capacidad para hacer lo no prohibido dentro de los fines de la institución[2112].

Cuando no se atribuía expresamente la finalidad de la competencia en un una norma particular, y tampoco se presentaba de modo expreso en el resto del ordenamiento jurídico, entonces se la "hacía expresa" por interpretación constructiva. Esta tarea implicaba el ejercicio de la regla de especialidad en su más amplio alcance[2113].

En esta interpretación de LINARES, se ponía un "coto a la arbitrariedad administrativa en el ejercicio de poderes discrecionales" bajo el siguiente razonamiento:

> *"…la competencia de un órgano ha sido concedida con ciertos fines, que cuando no son expresos, deben determinarse por interpretación. Si el funcionario dicta un acto administrativo con otros fines que los supuestos por la norma general, por levantados y serios que sean esos fines, el acto adolece del vicio de ´desviación de poder´ y debe, a petición de parte interesada, anularse jurisdiccionalmente"*[2114]

[2110] El fenómeno discrecional para LINARES, había sido poco explorado en este ámbito, contrariamente a lo que aconteció en el caso de los actos de alcance individual. Ver LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 52.

[2111] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 47.

[2112] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 80 y 81.

[2113] LINARES, J.F., Poder discrecional administrativo, p. 100 y 101.

[2114] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo,* p. 81.

Desde esta perspectiva, el aspecto teleológico resultaba trascendente y a la vez complejo. La elección de fines presuponía una previa valoración que determinaba (una vez analizadas numerosas y diversas circunstancias) finalidades "inmediatas", "mediatas" y "remotas". Medios, fines, valor, valoración de fines, incidían en la valoración jurídica[2115].

El acto de valoración jurídica, debía estar presente en todo acto de aplicación con la consiguiente interpretación que esa ejecución reclamaba; es decir, la valoración jurídica que se configuraba en el arbitrio ordinario[2116]. En este esquema se avizora la *primera regla interpretativa:cuanto más reglada resultaba una atribución de competencia, menor debía ser la indagación de los fines implícitos en la norma general*[2117].

La *segunda regla interpretativa* que se deduce de la obra de LINARES, encuentra fundamento en la regla de especialidad. Su utilización resultaba la "pauta de solución" frente a supuestos no previstos en las leyes[2118].

i) La distinción entre legalidad y el mérito, la oportunidad y la razonabilidad. LINARES tempranamente advirtió la distinción doctrinara en el derecho administrativo relativa al acto administrativo. Esto es, la legalidad frente al mérito y la oportunidad[2119]. La legalidad en esta tesis, se presentaba como la "…razón suficiente que el acto tiene frente a textos más o menos expresos. Es el apoyo conceptual, en tanto que mención conceptual del acto, que ese acto tiene en la ley"[2120].

El mérito u oportunidad era "…la razón suficiente que el acto tiene, desde el ángulo axiológico, no expresado por la ley salvo cuando es mentado por fórmulas elásticas en cuyo caso éstas constituyen fundamento de legalidad"[2121]. Sin embargo, lo llamativo en LINARES proviene de la asimilación de la oportunidad o mérito a la razonabilidad.

Veamos.

[2115] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 84.
[2116] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 85.
[2117] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 86.
[2118] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 89.
[2119] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 131.
[2120] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 131.
[2121] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 132.

En la concepción de LINARES, en el plano conceptual descripto, el arbitrio o bien se ejercía a través del mérito u oportunidad desde el plano valorativo sin fórmulas expresas, o bien se concretaba a través de formas elásticas que la ley consignaba en forma expresa. La legalidad del acto era concebida como "fundamento de la legalidad", mientras que, la oportunidad o el mérito, se denominaba razonabilidad[2122].

Desde esta plataforma, advirtió que se llamó "oportunidad" a una porción del arbitrio cuya revisión jurisdiccional no era admitida[2123]. Sin embargo, el mérito que podía integrar el antecedente jurídico, debía respetar la razonabilidad y la igualdad[2124].

ii) La razonabilidad ponderativa. El correlato entre leyes razonables (por tanto justas) y obrar administrativo razonable (por tanto justo) en la obra de LINARES, requiere una aclaración. A tales efectos, corresponde aludir a la noción de "razonabilidad ponderativa"[2125] que se integraba por una valoración jurídica del sentido axiológico de antecedente y consecuente y de la proposición entre ellos. En el derecho norteamericano, esto se conocía como la "regla de balanza de conveniencia u oportunidad"[2126].

Se debía ponderar, por ejemplo, si era justo (proporcionado) imputar al hecho de ser ciudadano, el deber de prestar el servicio militar o al hecho de no cumplir con ese deber jurídico un recargo en el servicio[2127]. Sin embargo, existía una valoración de razonabilidad en otro momento. Al normar ciertas conductas, se debían seleccionar circunstancias del caso que se erigirían como antecedente y consecuente de la endonorma y, por tanto, de la perinorma.

En este escenario, algunas circunstancias del caso "quedaban" sin relevancia jurídica y otras se incluían en la norma con alguna secuencia jurídica. En este último supuesto, podía ocurrir que dentro de éstas los consecuentes jurídicos no sean iguales. Desde esta plataforma, advertimos un dato esencial en el análisis de LINARES.

[2122] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 132. El propio LINARES aclara que, al igual que en su obra de "razonabilidad de las leyes", la razonabilidad consistía en una valoración jurídica de justicia. Leyes razonables debían ser justas. Obrar administrativo razonable equivalía a obrar administrativo justo. Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 135.

[2123] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 132.

[2124] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 144.

[2125] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 137.

[2126] Ver, LINARES, J.F., Poder discrecional administrativo, p. 137.

[2127] Ver, LINARES, J.F., Poder discrecional administrativo, p. 137.

Cuando se predicaba que dos o más circunstancias del caso eran iguales, ello presuponía una doble valoración de conducta o de hechos no humanos[2128]. La primera valoración podía ser no jurídica, mientras que la segunda pretendía determinar una "normación". Se trataba de comprender qué justicia, qué orden, qué seguridad implicaba imputar, a aquella conducta valorada extrajurídicamente, un consecuente[2129].

En suma, se configuraban dos especies de valoración de razonabilidad. En una se comparaba antecedente y consecuente. En otra se comparaba de modo selectivo los elementos del antecedente para imputarle sus consecuentes. Ambas valoraciones no funcionaban de modo independiente sino en forma concurrente[2130].

iii) La irrazonabilidad por error. La dimensión de la razonabilidad en LINARES, lo llevó a nominar ciertas situaciones que se conocen como "ilegales" en "irrazonables". Por ejemplo, si la norma presuponía 5 años de antigüedad en el cargo para ser beneficiario de un ascenso y el agente en el caso tenía menos antigüedad, para LINARES ello denotaba una "irrazonabilidad por error"[2131]. Irrazonabilidad por inexistencia de una circunstancia o por error o falsedad[2132].

En realidad el autor hacía referencia a la "falta de fundamento de legalidad". Es decir, se aludía a dos tipos de fundamentos: uno de legalidad y otro de razonabilidad[2133]. Por ello es que no había distinción entre lo que la doctrina denominaba ilegalidad respecto de la falta de fundamento de legalidad. Con todo, en los ejemplos como el referido con antelación, se trataba de un ejercicio de arbitrio ordinario "ínfimo"[2134].

En cambio, el máximo grado de arbitrio ordinario se presentaba en el caso en que no se especificasen en la norma las "modalidades de prestación". Era diferente que un texto prescribiera: "El Consejo Deliberante deberá velar por la seguridad y

---

[2128] Como ejemplo destacó que afirmar que matar a la propia madre y amar a un animal no son circunstancias iguales cuando se establecía qué pena puede aplicar el juez al delincuente. Ver LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 138, nota 4.

[2129] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 138.

[2130] Ver, LINARES, J.F., Poder discrecional administrativo, p. 138 y 139.

[2131] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 181.

[2132]LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 181. A nuestro juicio, en este ejemplo se configura una clara contraposición con la norma (falta de fundamento de legalidad en la terminología de LINARES), situación que no requiere un previo análisis de razonabilidad entre lo que decidió la administración y lo que estaba previsto en el texto legal. Sin embargo, la cuestión se relaciona con la posible discusión acerca de la razonabilidad de la ley. Aquí entonces, se traslada el fenómeno de análisis y, eventualmente el juez, en un caso, debería determinar si el requisito impuesto en la norma es razonable para lo que habrá de atenerse a una serie de parámetros normativos.

[2133] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 181.

[2134] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 181 y 182.

comodidad del vecindario organizando los servicios públicos comunales" respecto de otro que estableciera: "El Consejo Deliberante deberá velar por la comodidad y seguridad del vecindario, organizando los servicios públicos comunales bajo sistema municipalizado o mixto"[2135]

En el primer caso se presentaba el mayor grado de arbitrio ordinario.

iv) Irrazonabilidad por desviación de los fines. En la lectura de LINARES, la determinación de la finalidad requería una valoración jurídica de naturaleza conceptual-emocional. No era libre, sino que quedaba circunscripta por los conceptos mentados en el ordenamiento jurídico particular y general. La valoración jurídica debía asignar los fines de la norma. En algunos casos los ampliaba y en otros los restringía.

Si cierta finalidad concreta, en virtud de la que actuaba el órgano administrativo, era declarada ilegal por "desviación", ello no acontecía por una virtud inmanente del fin[2136]. En realidad, se juzgaba la construcción de la finalidad[2137] específica que el caso concreto determinaba. La desviación de fines, que se podía presentar en el obrar administrativo al "construir la finalidad"[2138] en el caso concreto, representaba para LINARES una especie de irrazonabilidad[2139].

El fin, *per se*, se presentaba como un proyecto enjuiciable frente a valores no jurídicos y jurídicos[2140].

v) Los límites de orden político.

LINARES concibió a la política como "técnica social comunitaria de convivencia"[2141] que resultaba obligatoria por el orden jurídico: "El derecho era política exigida como obligatoria mediante normas de especie jurídica". La enseñanza, la propaganda, la educación constituían otros modos o medios que empleaba la

---

[2135] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 187.

[2136] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 197.

[2137] Para LINARES la finalidad podía o no ser construida por el intérprete. Esta circunstancia tenía que ver con la estructura semántica de la norma (LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 110).

[2138] La construcción de la norma se realizaba teniendo en cuenta a) la ley más directamente aplicable al caso; b) las otras leyes; c) la constitución y en general todo el ordenamiento jurídico; d) datos de experiencia jurídica que permitiesen resolver el caso. En definitiva, LINARES postulaba construir la norma "…con elementos extraídos de la totalidad del ordenamiento y del caso", *Ver*: LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 127.

[2139] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 109 a 111.

[2140] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 197.

[2141] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 270 y abundantes citas en nota 10.

comunidad como técnica social[2142].

La política bajo este prisma (como técnica) se presentaba autónoma de la moral y el derecho. Aquella debía ser eficaz y, sin embargo, para lograr su cometido debía dotarse de algún sentido axiológico-jurídico-positivo. Es decir, su eficacia prolongada en el tiempo se vinculaba al cumplimiento de los ideales reales de justicia vigente en la comunidad[2143].

Y sobre esta base se advierte el nudo gordiano de la tesis de LINARES en lo que se refiere a este punto: valorar jurídicamente la conducta política implica una comprensión de "derecho" y no como "política". Se trataba de saber qué orden, seguridad, paz, poder, cooperación consagraba un derecho impuesto como una política determinada útil y eficiente. "Tenemos, así, que el mismo fenómeno real-existencia de la conducta compartida, es política o derecho, según el escorzo de su ser que se enfoque"[2144].

En definitiva, para el precitado autor toda norma jurídica y la conducta que ella conceptuaba -con su endonorma o su perinorma-podía ser política[2145]. De ahí que la elección de una de las varias posibilidades de sentido que dejaba una norma al órgano que la aplicaba, requería una decisión política y no por valoración jurídica.

De este modo, surgía así una decisión que respondía a otras pautas "políticas" que no resultaban regidas o gobernadas por reglas y valoraciones jurídicas en la concepción de LINARES. Y, precisamente, este fenómeno ocurría con un amplio grado en el ejercicio de arbitrio extraordinario por órganos administrativos[2146].

En definitiva, el autor arribó a esta conclusión:

> *"La política en la elección de la norma individual del caso, dentro del género legal, tiene una órbita considerable. Allí, todo eso que se llama Ciencia de la administración tiene su reino, ya*

[2142] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 271. También consideró "política" la que el Estado dejaba en manos de los individuos como parte de su libertad de señoría pero con fin comunitario. Ídem, p. 272.

[2143] Afirmaba LINARES: "…la sociedad actual no admite vivir en una política puramente utilitaria, en un sistema en el que no se dé alguna justicia, además de la que refleje el orden y la seguridad: por ejemplo, un mínimo de libertad corporal, de propiedad, y, en síntesis, de razonable liberad de señorío. Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 272 y 273.

[2144] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 273.

[2145] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 274.

[2146] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 274.

que la tal ciencia no es sino una técnica social administrativa o política-administrativa, o simplemente técnica de las otras ciencias usadas en la administración"[2147]

En este escenario, la irrozanabilidad técnica, determinaba la irrazonabilidad jurídica, frente a una político-técnico-científica que presuponía un acto jurídico. Sin embargo, frente a normas generales emanadas en base a técnicas menos precisas (por ejemplo las ciencias culturales), resultaba más difícil la determinación del error de la normación política genérica y, por tanto, la posible irrazonabildiad jurídica de la norma individual.

Este factor, para LINARES, constituyó una de las causas para que los órganos jurisdiccionales, se resistan a anular los actos de este tipo[2148]. Con sustento en esta plataforma, LINARES postuló dos problemas.

El arbitrio político-administrativo y la valoración jurídica se relacionaban con el fenómeno llamado discrecionalidad técnica. El primero se desarrolló en un ámbito extrajurídico. No obstante, la conclusión a la que se arribó a través del arbitrio político-administrativo, no tendría la última palabra. Así, a posteriori, a este ejercicio se le debía otorgar un enfoque jurídico, un positivo sentido de justicia para el caso[2149].

5)Control jurisdiccional del arbitrio. Con sustento en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés [2150], LINARES ofreció muestras del control jurisdiccional que se ejercía en Francia a través de la técnica de la "desviación de poder". En concreto, la procedencia de la anulación de actos administrativos cuya finalidad contradecía la ley de competencia[2151].

El primer caso al que aludió el autor argentino fue "*Gonot*" del 21 de enero de 1910.

En este precedente se anuló un decreto del Intendente que prohibía instalar en el cementerio comunal "toda cruz que revista el carácter de emblema religioso". La

[2147] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 274 y 275.
[2148] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 275.
[2149] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 276 y 277.
[2150] LINARES acudió a los casos "*Gonot*" del 21 de enero de 1910 y "*Descroix*" del 1 de febrero de 1901. Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 91 a 96, con cita de WELTER, Henri, *Le Controle Jurisdictionnel de la MoralitéAdministratif*, RecueilSirey, París, 1929, p. 235 y 186.
[2151] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 91.

razón que ofrecía el acto consistía en el hecho (supuesto) de que la Municipalidad debía velar por la "neutralidad religiosa" impuesta por las leyes generales del Estado.

El artículo 97 de la ley de 5 de abril de 1884 confería a la Municipalidad el poder de policía de los cementerios en aras de proteger el interés de la seguridad, salubridad, tranquilidad pública y el mantenimiento del buen orden o la decencia en los cementerios.

El Poder de policía referido a tales fines, según la norma, consistía en determinar las dimensiones y alturas de los monumentos fúnebres. Los límites al Poder de policía, por tanto, surgían de un conjunto de finalidades que fluían de la ley misma mediante fórmulas elásticas[2152].

La ecuación quedó planteada del siguiente modo: el Intendente prohibió colocar cruces en el cementerio, so pretexto de que a su entender se debía asegurar la neutralidad religiosa. A su juicio existían leyes que en su universal extensión, suponían esa neutralidad[2153].

El Consejo de Estado, por el contrario, declaró la nulidad porque entendió que las "finalidades" de "policía religiosa" no entraban en las expresamente previstas por la ley atributiva de competencia policial en los cementerios[2154]. Es decir que, la regla de especialidad construida con fórmulas elásticas, determinaba fines expresos que el Consejo de Estado -por vía negativa- determinó que no se presentaban.

En el segundo caso ("*Descroix*" del 1 de febrero de 1901), por el contrario, no se había dado expresamente la limitación de la especialidad. Se trató aquí de una Ordenanza municipal que concedía subvención a una *panadería cooperativa local*. En este precedente no existía norma legal expresa que la Ordenanza violaba. Sin embargo, la ley del 5 de abril de 1885 solamente estableció que se podrían reglamentar "asuntos de la comuna". Desde esta perspectiva, el comisario de Gobierno sostuvo que al juez le correspondía determinar el alcance de los poderes de los consejos municipales[2155]. Cuando menos, agregamos, se avendría a verificar que la Ordenanza respetara la legislación general, las intenciones del legislador y las necesidades a satisfacer.

[2152] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 92 y 93.
[2153] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 91 a 92.
[2154] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 92.
[2155] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 93 y 94.

En definitiva, se debía confrontar los fines de la gestión municipal con los fines concretos del caso que habían determinado la emisión de la Ordenanza[2156].

Una vez que el Consejo de Estado aclaró -por vía negativa- los fines de la ley, la norma quedó integrada con el siguiente fin: la buena administración atinente a la seguridad, moralidad (entre otros) del vecindario. Como estos aspectos, no incluían el "fomento del cooperativismo", entonces se invalidaba la norma por desviación de poder[2157].

Ambos fallos evidenciaron que frente a una competencia que debía ser integrada (fin no especificado por la ley) por diversas razones (la inclusión de fórmulas elásticas, por ejemplo), el juez estaba llamado a precisar si los fines (expresos o construidos), la interpretación de las fórmulas elásticas, y la regla de especialidad, determinaban o no la validez de un acto emitido por la autoridad pública.

Sobre esta base argumental, los matices del "arbitrio"[2158] venían dados por la existencia de fórmulas elásticas en el antecedente jurídico y en el consecuente[2159].

i) El control jurisdiccional del arbitrio extraordinario. Uno de los ejes del control jurisdiccional del arbitrio extraordinario, se relaciona con la verificación de una tarea que debía estar plasmada en el acto administrativo.

Si se pretendía determinar el contenido de las fórmulas elásticas, resultaba importante precisar, según LINARES, las circunstancias-substrato y el sentido valorado de ese substrato[2160].

[2156] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 95.

[2157] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 95.

[2158] Como ejemplo de estos matices se refirió al siguiente supuesto normativo. Si una norma autorizaba a efectuar descuentos en los sueldos de los empleados "para formar un fondo destinado a otorgar préstamos en caso de enfermedad a dichos empleados" determinaba un grado diverso de latitud respecto de otra que asignar los descuentos "para formar un fondo destinado a hacer a los empleados préstamos con fines útiles". En este último supuesto, la utilización de la fórmula elástica determinaba la máxima latitud. Ver LINARES, J.F., Poder discrecional administrativo, p. 98.

[2159] Afirmaba LINARES textualmente: "…cuando el fin está mentado o contraído con una fórmula elástica habrá mayor arbitrio para el órgano, arbitrio que, como se verá, llega a su máximo, porque en el antecedente jurídico de la norma el "motivo" está dato también con fórmulas elásticas. Ocurre que en tales casos, los hechos del antecedente, y la conducta prescripta en el consecuente, se describen con la ayuda de meros "sentidos" mentados por fórmulas elásticas". Ver, LINARES, J.F., Poder discrecional administrativo, p. 96.

[2160] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 211. En la tesis del autor, la mención de las circunstancias-substrato y del sentido correspondiente respondía a un doble plano de realidad y sentido que se presentaba necesariamente en el derecho y en la conducta compartida. Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 213.

Veamos el supuesto que trajo a colación el precitado autor. La afirmación de que "éste espectáculo teatral es indecoroso"[2161] se fundaba en una serie de aspectos o circunstancias de hecho, algunas de las cuales consistían en conductas humanas. Uso de trajes, actitudes, expresiones verbales, entre otras.Además, se debía verificar el sentido contrario al decoro que tales conductas o alguna de ellas podía representar[2162]. Lo mismo acontecía con la fórmula "perspectiva monumental".

6) El poder discrecional.

En la obra de LINARES, el poder discrecional se alojaba en ciertas atribuciones que las leyes otorgaban al órgano administrador para que ejerciera una *libre apreciación*. Las leyes, a los fines de atribuir el poder discrecional, utilizaban fórmulas elásticas (aunque no en todos los supuestos).

Bajo las fórmulas elásticas, LINARES situaba a las nociones de "utilidad pública", "moralidad media", "moral y buenas costumbres", entre otras[2163]. Estas fórmulas eran concebidas como "*fórmulas-valoraciones*" o "*estándares legales*" que implicaban el ejercicio "más flexible" del arbitrio interpretativo[2164].

El poder discrecional puede apreciarse a partir del fenómeno de la interpretación normativa. En él, se da una cuestión central: la búsqueda de la connotación en los conceptos que implicaba dos procesos: por un lado, la connotación por la propia extensión lógica que implicaba una mera deducción, y por otro, la determinación de una connotación empírica por valoración[2165].

En el primer caso, se pretendía arribar a los objetos a que se refería la ley mediante la deducción y, en el segundo, por inducción. En el ejercicio del arbitrio

---

[2161] Se acudió aquí a un fallo de la Cámara Criminal de la Capital, publicado en "La Ley", T. 23, p. 494, citado en LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 211.

[2162] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 211 y 212.

[2163]LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 18.

[2164] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 18.

[2165] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 123. En la interpretación de SAINZ MORENO, el acto de voluntad, que puede ser el último fundamento de una elección, se ejerce en un contexto en el cual la decisión sea justa y no arbitraria. Sin embargo, la justicia de la decisión no surge sólo de una intuición de valores bien razonada sino que, además, "…tiene que estar garantizada por una información de todos los datos que realmente inciden sobre el caso. La solución a la que se arribe mediante una decisión, debe hallarse "dentro de los límites de lo razonable" Ver, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 178 y 179. LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Justification de la decision en Droit*, publicado en Actas del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social, Bruselas, 1971, p. 300, citado en SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, p. 179.

ordinario se distinguían diferentes especies dentro del género legal que no estaban en contradicción con él.

En el arbitrio extraordinario, los géneros legales establecidos por fórmulas elásticas, no necesitaban en rigor tales distinciones, para que en base a ellas se dicte un acto o sentencia justa. El órgano administrativo, obraba aquí como legislador en esa pequeña cota de indeterminación.

Aquí es donde LINARES trajo a colación los llamados *actos discrecionales* con sustento en un sector de la doctrina francesa[2166]. Estos, al igual que en el arbitrio extraordinario, *constituían la conclusión de un silogismo en el que premisa mayor, o parte fundamental de ella, era creada por el propio órgano administrativo*".

LINARES por cierto, se ocupó de agregar que la determinación de la premisa mayor, no sólo se realizaba desde un punto de vista lógico. *Había un plus axilológico(valorativo) en la determinación de la premisa mayor y en la comprensión de las circunstancias del caso que integraban la premisa menor del silogismo*[2167].

Sobre esta base, el precitado autor arribó a una lúcida conclusión. El Consejo de Estado trató los casos de arbitrio extraordinario de modo idéntico a los casos de arbitrio ordinario. Pretendió utilizar, en ambos casos, la "distinción de especies"[2168].

Ahora bien, a través del ejemplo de sentencia facultativa, se aludía al acto administrativo discrecional. Si el juez penal podía graduar la pena entre 3 y 10 años (por medio de una sentencia facultativa) sin que estuviese limitada por un razonamiento de "restricción", en el orden administrativo la "*pars*" de la sentencia facultativa, era para LINARES, el acto administrativo discrecional[2169].

i) El control jurisdiccional del poder discrecional. LINARES destacó *tres obstáculos fundamentales* para que los jueces judiciales argentinos "no estuviesen a la altura de la circunstancias" en lo que se refería al control judicial de la discrecionalidad.

En primer término, se aludió la división de poderes. Veamos.

[2166] Puntualmente a MICHOUD, León, *Étude sur le PouvoirDiscretionnaire de l´Administration´*, Librairie Générale, Paris, 1913, p. 34, citado en LINARES, J.F., Poder discrecional administrativo, p. 124.

[2167] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 124.

[2168] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 124 y 125.

[2169] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 232.

Más arriba nos referimos al "*pars*" de la sentencia facultativa en la lectura de LINARES: el acto administrativo discrecional. En el Derecho administrativo (afirmaba el autor) se presentaba un dato original. Cuando se trataba de construir la finalidad de una norma mediante el empleo de una fórmula elástica de finalidad, se aplicaba el procedimiento de la distinción de especies, propio de la interpretación de normas que conferían arbitrio ordinario[2170].

El fundamento de este tratamiento análogo, respondía a un posible conflicto de poderes[2171] que el tribunal judicial podía evidenciar[2172]. La "razón de Estado" y sus versiones específicas (interés público, interés de la administración, entre otros) determinaban una suerte de autorestricción y la utilización de un método (agregamos) no apto para resolver los casos en que se pretendía construir la finalidad de una norma con fórmulas elásticas (en la tesis de LINARES)[2173].

La razón de este modo de proceder, en la lectura de LINARES, se debió a una desconfianza hacia los jueces que determinó la competencia judicial frente a la Administración producto de la influencia francesa. Ello, pese a que esta circunstancia no tenía base sociológica ni histórica en nuestro país[2174]. La pretendida búsqueda de la inmunidad jurisdiccional de los actos discrecionales, estaba determinada por dicho fenómeno. LINARES se pronunciaba tajante:

> *"Se decidía el caso con una valoración importada, sin vigencia en la Comunidad argentina, en una actitud de conceptualismo doctrinario que a la larga se aceptó como buena, en detrimento de la justicia administrativa. Se llegó así al convencimiento de que sólo los tribunales administrativos con atribuciones jurisdiccionales y como rama de la propia Administración tenían facultades para controlar el ejercicio del poder discrecional administrativo"*[2175]

[2170] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 232.

[2171] En palabras del agudo jurista: "Con la garantía de razonabilidad o "debido proceso sustantivo" implantada por la Constitución de 1853, los jueces argentinos pudieron haber cumplido, frente a la administración, la misma labor que la Corte Suprema de la Nación efectuó frente a los poderes legislativos, sin que se oponga el manido argumento de la división de poderes, válido para cualquier posición que se desee asumir" (LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 241 y 242).

[2172] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 232.||Sin embargo, en la justicia ordinaria (no contenciosa) no se presentaba dicho temor, ni siquiera el juez de segunda instancia en relación con el de primera (LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 232 y 233).

[2173] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 233.

[2174] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 242 y 243.

[2175] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 243.

El segundo obstáculo fundamental para que los jueces no estuviesen a la altura de su misión, estribaba en la creencia de que sólo con la técnica francesa de la "desviación de poder" podía dar fundamento de legalidad y razonabilidad a ese tipo de control (cuando menos) mientras las leyes no dijesen expresamente otra cosa[2176].

Por último, el tercer impedimento estaba dado por "todos aquellos factores políticos" en lo que respecta a la estabilidad e independencia de los jueces[2177].

§3. Síntesis de los distintos tipos "dogmáticos" de discrecionalidad administrativa.

El derrotero doctrinario planteado, nos lleva a finalizar este Anexo, exponiendo al menos seis nociones dogmáticas de la discrecionalidad administrativa.

1) Discrecionalidad como la *libertad* necesaria y restringida que debe tener la administración para dictar actos oportunos[2178] o para ejecutar la ley[2179].

2) Discrecionalidad como término equivalente a *libertad de apreciación*[2180]o margen de *libertad de decisión*[2181].

3) Poder o competencia discrecional es la que resulta de leyes que dejan sin determinar aspectos esenciales de los actos de aplicación de tales leyes[2182];

4) Discrecionalidad como proceso de toda una actividad material que motiva la creación del acto administrativo[2183];

5) Discrecionalidad entendida desde una perspectiva

[2176] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 243.

[2177] Ver, LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 244.

[2178] FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 191. En similar sentido, VILLEGAS BASAVILBASO B.*, Derecho administrativo*, T. II, p. 236 y DIEZ, M. M., *Derecho administrativo*, T. I, p. 133. Este último autor se refería a la existencia de un margen de libertad de decisión ya sea en lo que concernía a la oportunidad o conveniencia de la acción o respecto al contenido en los que se refería a la elección del destinatario.

[2179] Esta libertad, sin embargo, sería "limitada" y "encapsulada dentro de la gestión administrativa y en el cumplimiento de la ley. Ver, FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 15 y 16.

[2180] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 36 y 46. DIEZ conceptualizó tajante: *"La discrecionalidad administrativa se manifiesta necesaria y únicamente en la apreciación comparativa del interés público y de una forma de actividad como medio idóneo para su satisfacción"*. Ver, DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. I, p. 136.

[2181] DIEZ, M. M., *Derecho administrativo*, T. I, p. 133.

[2182] LINARES, J.F., *Poder discrecional administrativo*, p. 24.

[2183] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 19.

funcional[2184]. Caracterizada como una actividad[2185], un"proceso intelectivo de apreciación"[2186] / [2187] o un proceso funcional que respondía a una finalidad: "La discrecionalidad se realiza para dictar el acto que responda a los valores de oportunidad, eficacia y justicia"[2188]. El proceso y la estructura finalista formaban el contenido de la discrecionalidad[2189].

6) Discrecionalidad entendida como facultad que adquiere la administración para asegurar en forma eficaz los medios realizadores del fin[2190].

En suma, las concepciones de la discrecionalidad campean por los siguientes componentes: la presencia de un margen de libertad de apreciación o decisiónen relación con la oportunidad y el mérito. Estas circunstancias, determinaron dos conclusiones cardinales en cuanto al control jurisdiccional de la discrecionalidad.

Primero: *el respeto por la división de poderes determinó que el juez no podía apreciar o ponderar y, por tanto, sustituir a la administración*[2191].La oportunidad[2192], en tales términos, constituía el

---

[2184] Textualmente sostuvo FIORINI: "Así podemos explicarnos por qué un acto dictado en uso de facultades discrecionales puede ser investigados en su legitimidad, pues se excluye del control lo que le es privativo; es decir, su discrecionalidad que se halla en su contenido funcional. Lo incontrolado es el atributo específico, lo que es irrevisiblemente para el Poder Judicial, en tanto que los demás elementos del acto son idénticos a los de cualquier otro acto administrativo". Ver, FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 23.

[2185] "La discrecionalidad en el orden jurídico moderno aparece justificada como una clase de actividad necesaria". Ver, FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 34.

[2186] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 61.

[2187] Sin embargo, a posteriori advertimos en FIORINI (cuando menos) un argumento circular ya que la apreciación se realizaría a través de la discrecionalidad administrativa. Manifestaba FIORINI al respecto: "La apreciación de los intereses públicos puede ser idéntica, pero la validez temporal de las normas dictadas es distinta. Apreciación y consistencia temporal de las normas son dos conceptos completamente distintos. La apreciación se realiza a través de la discrecionalidad administrativa, sea para dictar actos o reglamentos administrativos o para sancionar normas delegadas". Ver, FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 75.

[2188] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 28.

[2189] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 28.

[2190] FIORINI Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 38.

[2191] Textualmente argumentaba BIELSA: "…por virtud del principio de separación de los poderes, se limitan, cuando más, a un examen de legalidad de los actos del administrador siempre que se invoque un derecho subjetivo lesionado y que la decisión judicial no implique sustituir al Poder administrador"(BIELSA, R., *Derecho Administrativo*, T. I, quinta edición, p. 212 y 213).

[2192] La apreciación oportuna de la discrecionalidad se hallaba excluida del control jurisdiccional. La oportunidad, en tales términos, constituía el límite a la función jurisdiccional. Ver, FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 161. Textualmente afirmaba: "Lo que no se puede ni se debe controlar es la parte subjetiva que corresponde a la voluntad administrativa: apreciar la oportunidad de dictar el acto más eficaz" (FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 163). En cambio DIEZ, entendía que el juez no solamente podía apreciar la legalidad de una medida sino, en ciertas ocasiones, la oportunidad de la misma. Ello acontecía cuando no había una regla legal o ésta quedaba substituida por una

límite a la función jurisdiccional[2193]/[2194].

Segundo: el mérito era concebido como término análogo a la eficacia y a valores de oportunidad[2195]. Como el mérito del acto manifiesta juicios de valor sobre la eficacia de la gestión pública, no podía ser controlado[2196]. El mérito, era entendido como un valor no regido por normas objetivas[2197].

---

regla jurisprudencial. Habló así de apreciación del juez y no de "control". Concluyó así que: "En todos los aspectos en que el juez no haya debido intervenir, apreciando la oportunidad de la decisión administrativa, queda reservado el campo a la administración para adoptar la decisión que entienda más conveniente al interés general" (DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. I, p. 159, 160 y 163. La cita corresponde a la p. 163). Sin embargo, paradójicamente FIORINI entendía que "…en ninguna forma se controla la apreciación de la discrecionalidad". A nuestro juicio, FIORINI desarrolló un argumento circular o más bien una tautología. Si la discrecionalidad se "aprecia" entonces no puede ser, al mismo tiempo, un proceso de apreciación o una libertad de apreciación.

[2193] FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 161. Textualmente afirmó: "Lo que no se puede ni se debe controlar es la parte subjetiva que corresponde a la voluntad administrativa: apreciar la oportunidad de dictar el acto más eficaz" (FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 163). En cambio DIEZ, entendía que el juez no solamente podía apreciar la legalidad de una medida sino, en ciertas ocasiones, la oportunidad de la misma. Ello acontecía cuando no había una regla legal o ésta quedaba substituida por una regla jurisprudencial. Habló así de apreciación del juez y no de "control". Concluyó así que: "En todos los aspectos en que el juez no haya debido intervenir, apreciando la oportunidad de la decisión administrativa, queda reservado el campo a la administración para adoptar la decisión que entienda más conveniente al interés general" (DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, T. I, p. 159, 160 y 163. La cita corresponde a la p. 163).

[2194]La "política administrativa" que se presentaba como actividad de apreciación y ponderación de la *oportunidad* era incontrolable jurídicamente. FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 164 y 165. Textualmente entendió el autor: "Por más profundo que se pretenda el control, nunca el magistrado podrá exceder su función de controlar el acto impugnado con respecto a una norma preexistente o un hecho cierto y objetivo, cualquier que fuese su esencia ontológica. Toda otra actividad que se refiera a apreciar o ponderar, es función de política administrativa, que es la negación de la labor jurisdiccional". (FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 165).

[2195] FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 181.

[2196] "…el juez puede juzgar la ilegalidad del acto administrativo, pero no el mérito o fondo…". Ver, BIELSA, R., *Derecho Administrativo*, T. I, quinta edición, p. 213.

[2197] FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, p. 183 y 190.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis*, ¿Una única respuesta correcta?*, disponible en: http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada27/1_AARNIO.pdf.

- *Reglas y principios en el razonamiento jurídico*, *A*nuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Nº 4, ISSN 1138-039X, 2000.

ABERASTURY Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

ACKERMAN, Bruce, *La nueva división de poderes*, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

AGAPITO SERRANO, Rafael, *Libertad y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1989.

ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política*, Terramar, La Plata, 2007.

- *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, introducción de GARCÍA MÉROU, Martín, Administración General: Vaccaro, Buenos Aires, 1921.

ALCHOURRÓN, Carlos - BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1987.
- *Normative Systems*, Springer-Verlag, Wien, 1971.
- *Sistemas Normativos: Una Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales,* 2° Ed. (revisada por Eugenio Bulygin), Astrea, Buenos Aires, 2012.

ALCHOURRÓN, Carlos, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción de ATIENZA, Manuel, ESPEJO, Isabel, Palestra, Lima, 2010.

- *Teoría de los derechos fundamentales*, 2° Ed., traducción y estudio de BERNAL PULIDO, Carlos, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, 2° Ed., traducción de GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

ALFONSO, César, *La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del sur*, Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010.

ALONSO REGUEIRA (Dir.), *Estudios de Derecho Público*, 1°. Ed., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, Buenos Aires, 2013.

ALONSO, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*, Del Puerto, Colección Tesis Doctorales, Buenos Aires, 2006.

ARBUET-VIGNALI, Heber, *Peligrosos prejuicios sobre soberanía,* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, T. I. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006.

ARCIONI, Juan Bautista - GARCIARENA, José María, *Nociones de Derecho Administrativo*: *redactadas a base de las conferencias del profesor titular, Doctor, Rodolfo Bullrich*, Restoy & Doeste, Buenos Aires, 1925.

ARRIETA ALBERDI, Jon, *Justicia, gracia y gobierno en la castilla bajomedieval y moderna: dos recientes aportaciones*, Revista Pedralbes, 16, 225-235, 1996.

ATIENZA, Manuel – RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Ariel, Barcelona, 1996.

AXAT, Julián – CARAVELOS, Sofía – CARDELLI, Mariano - GONZÁLEZ MORAS, Juan M. - RESZES, Eduardo – VILLARROEL, Favio – PINEDO, Jerónimo - RODRÍGUEZ, Esteban, *La criminalización de la protesta social*, Ediciones Grupo La Grieta, La Plata, 2003.

BACA ONETO, Víctor Sebastián, *Los actos de gobierno*, Universidad de Piura, Perú, 2003.

BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

- *La jurisdicción administrativa en la república federal alemana*, Revista de Administración Pública española, nº 25, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Enero-Abril 1958.

BACIGALUPO, Enrique, *Justicia penal y derechos fundamentales,* Marcial Pons, Madrid, 2002.

- *La Discrecionalidad administrativa,* Marcial Pons, Madrid, 1997.

BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, T. 1, La Ley, Buenos Aires, 2004.

BAEZA, Carlos R*., Cuestiones políticas*. *El control de constitucionalidad y las autolimitaciones de la Corte Suprema*, Ábaco, Buenos Aires, 2004.

BALBÍN, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, T. 1, La Ley, Buenos Aires, 2007.

- *Tratado de Derecho administrativo*, T. I. La Ley, Buenos Aires, 2011.
BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo,* 1° Ed. en español, Editorial Porrúa, México, 2006.
BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel (director)*, Constitución y control de la actividad administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, XII, Madrid, 2003.
BARBOSA DELGADO, Francisco, *El Margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
BARRA, Rodolfo Carlos*, La discrecionalidad administrativa y su control judicial. El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI*, T. II, SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- *La resolución judicial de los denominados conflictos de los poderes*, Temas de Derecho Público, RAP, Buenos Aires, 2008.
- *Tratado de derecho administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.
BARRAGUIRRE, Jorge Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, Revista de derecho administrativo, n° 21 a 23, Año 8, Depalma, Buenos Aires, 1996.
BARROS, Carlos, V*asallos y señores: Uso alternativo del poder de la justicia en la Galicia bajomedieval*, disponible en http://www.h-debate.com/cbarros/spanish/uso_alternativo.htm.
BAUZÁ MARTORELL, Felio J., *La Desadministración pública*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
BEADE, Gustavo, A – CLÉRICO, Laura (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Nº 57, Bogotá, 2011
BELTRÁN de FELIPE, Miguel - GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América,* 2° Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
BENEGAS LYNCH, A. (h) – JACKISCH, Carlota, *Librecambio y división de poderes*, Lumiere, Buenos Aires, 2002.
BÉNOIT, Francis Paul, *El derecho administrativofrancés*, traducción de GIL CREMADES, Rafael, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1977.
BENTHAM, Jeremy, *Of Laws in General*, Ed. H.L.A. Hart, The Atholone Press, Londres, 1970.
BENZ, Arthur, *El Estado Moderno,* Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo a debate*, Universidad Externado de Bogotá, Colombia, 2008.
BIANCHI, Alberto, *Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo* (*Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos),* T. 184, Primera Parte, El Derecho, 1999.
- *Apunte preliminar para el estudio de la Historia del Derecho Constitucional*, El Derecho, Tomo 183, Buenos Aires, 1999.
- *Bases constitucionales del derecho administrativo,* Revista de Derecho Administrativo*,* Año 20,Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- *Breve historia de la formación constitucional francesa*, Revista de derecho administrativo, N° 75, Abeledo Perrot, Enero-Marzo, 2011.
- *Ciento cuarenta años después (La obstinada y casual vigencia de la Constitución de 1853)*, Tomo 152, El Derecho, Buenos Aires, 1993.
- *Constitución y Administración(Una relación sustancial, compleja y difícil),* Revista de documentación administrativa (1958-2005), N°267/268.
- *Control de Constitucionalidad*, 2° Ed. actualizada, reestructurada y aumentada, Ábaco, Buenos Aires, 2002.
- *Declinación y caída del control judicial de la administración pública,* Suplemento Extraordinario de derecho Administrativo, 75° Aniversario, La Ley, Buenos Aires, Agosto, 2010.
- *El control judicial de la Administración Pública bajo la llamada doctrina de la deferencia*, Estudios de derecho administrativo, X, El proceso administrativo en la República Argentina, Dike, Mendoza, 2004.
- *Historia Constitucional de los Estados Unidos,* Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008.
- *Historia de la formación constitucional en el Reino Unido*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009.
- *La delegación legislativa,* Ábaco, Buenos Aires, 1990.
- *Los procesos de reforma constitucional y de sanción de las leyes como cuestiones no justiciables*, El Derecho, T. 142, 1, Buenos Aires, 1991.

BIANCHI, Alberto - TAWIL, Guido S., *Proceso administrativo y constitucional,* Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1995.
BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho constitucional del poder*, Ediar, Buenos Aires, 1967.
BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 5° Ed., Depalma, Buenos Aires, 1956.
- *Derecho constitucional*, 2° Ed. aumentada, Depalma, Buenos Aires, 1954.
BOBBIO Norberto, *Liberalismo y democracia*, 11° Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- *El tiempo de los derechos*, traducción de DE ASIS ROIG, Rafael, Editorial Sistema, Madrid, 1991.
BOFFI BOGGERO, Luis María, *La justiciabilidad de las llamadas cuestiones políticas y su contribución al retorno integral a la República*, JA, t. 1963-V.
- *Nuevamente sobre las llamadas "cuestiones políticas*", La Ley, t. 156.
BOQUERA OLIVER, José María, *Los orígenes de la distinción entre actividad política y administrativa*, Revista de Administración Pública española, nº 40, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Abril, 1963.
BORJAS MONROY, Alma Corina, *¿Margen o no margen? He ahí el dilema. Sobre el uso de la doctrina del margen de apreciación en los casos venezolanos*, disponible en: www.biblio.juridicas.unam.mx.
BOULLAUDE, Gustavo (director), *Fuentes de Derecho administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
BOURDIEU, Pierre - COLEMAN, James Samuel, (eds.), *Social Theory for a changing society*, Westview Press, Boulder, 1991.
BRAIBANT, Guy - STIRN, Bernard, *Le droit administratif francais*, 5° Ed., Dalloz, París, 1999.
BULLINGER, Martín, *La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial*, traducción de SÁNCHEZ MORÓN, M. - CANCIO MELIA, M, La Ley, año VIII, núm. 4, 30 de Octubre de 1987.
CALZETTA, Alejandro – COFFENE, Ignacio, *El problema de la redundancia en los elementos del acto administrativo* (en prensa), aceptado para su publicación en la Revista Pensar en Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
CARRANZA TORRES, Luis, R. – REPOND, Verónica E., *Una mirada a la división de poderes desde la tradición del Common Law*, Foro de Córdoba, Año XVII- Nº 105, 2006.
CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948.
CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, *Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado Francés (1799-1999)*, Revista de Administración Pública española, nº 153, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Septiembre - Diciembre 2000.
CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 5° Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.
CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, *La doctrina del acto político*, Revista de Administración Pública española, N° 53, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Mayo-Agosto, 1967.
CARROLL, Lewis, *Through the Looking Glass*, Webster's Spanish Thesaurus Edition USA ICON Classics, 2005.
CASSAGNE, Juan Carlos, *Consideraciones en torno al sistema judicialista argentino y la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por el Poder Ejecutivo*, T. 215, El Derecho, 2005.
- *Derecho administrativo*, T. II, 9° Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 1° Ed., Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
- *La discrecionalidad administrativa,* disponible en: http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf.
- *Perspectivas de la justicia contencioso administrativa argentina en el siglo XXI*, Estudios de derecho administrativo, X, Dike, Buenos Aires, 2004.
- *Principios y fuentes de la justicia administrativa en Latinoamérica*, Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor MARTINS, Daniel Hugo, DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (coordinador), Fundación de Cultura universitaria, Montevideo, 2008.
- *Tratado de derecho procesal administrativo*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2007.
CASSAGNE, Juan Carlos (director), *Derecho procesal administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
CASSESE, Sabino, *Las bases del derecho administrativo*, Instituto Nacional Administración Pública, Madrid, 1994.

CEA EGAÑA, José Luis, *Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico,* Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2005.
CHAPUS, René, *Droit administratif Général*, T. 1, 9° Ed., Montchrestien, París, 1995.
CHEMERINSKY, Erwin, *Federal Jurisdiction*, 4° Ed., Aspen, New York, 2003.
CHEVALLIER, Jean-Jacques, *Los Grandes Textos Políticos, Desde Maquiavelo a nuestros días*, Aguilar, Madrid, 1979.
CHEVALLIER, Jean-Jacques - LOSCHAK, Daniele, *La Ciencia Administrativa*, INAP-EFE, México, 1983.
CHINCHILLA MARIN, Carmen, *La desviación de poder*, 2° Ed. ampliada y actualizada, Civitas, Madrid, 1999.
CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, *La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico*, Revista de Administración Pública española, N° 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Abril, 1952.
COMADIRA, Julio Rodolfo, *Derecho administrativo*, 2° Ed. actualizada y ampliada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.
COMADIRA, Julio Rodolfo - ESCOLA, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, Porrúa, México, 2006.
CÓRDOBA, Gabriela E., *El control abstracto de constitucionalidad en Alemania*, Estudios de derecho Procesal Constitucional II, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
CORVALÁN, Juan Gustavo, "*Origen, Evolución y Aproximación conceptual a la noción de Servicio Público*", Revista Trimestral de Direito Público, N° 48, 2004.
- "*Origen, evolución y definición del servicio público*", Revista de Derecho Administrativo, N° 64, Lexis Nexis, Abril - Junio 2008.
- *Control Judicial de la Actividad Administrativa*, La Ley, Año LXXII -n° 101-, Buenos Aires, Mayo de 2008.
- *Un nuevo enfoque sobre la "discrecionalidad administrativa"*, Revista Argentina de la Administración Pública (R.A.P.), Año XXX –n° 351-, Buenos Aires, Diciembre de 2007.

CORVALÁN, Juan Gustavo - BELLOCCHIO, Lucía, *La jurisprudencia de la CSJN en materia de derecho a la vivienda luego del fallo Q.C.,S.Y c/GCBA s/amparo*, Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica, IJ-LXX-200, 17 de Diciembre de 2013.
CRUZ FERRER, Juan, *Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública Española, N° 116, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Mayo-Agosto 1988.
CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano (El control jurisdiccional de la actuación administrativa)*, Civitas, Madrid, 1996.
DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, traducción de HERRERA, Claudia a la 6° Ed. Italiana publicada por CEDAM -2004-, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2005.
DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad administrativa y planteamiento urbanístico*, Aranzadi, Navarra, 1999.
DIAMANT, Jorge - LEWINGER, Jorge. O - PIRIZ, Luis J., *De la reforma universitaria a la Revolución Nacional*, Editorial Nueva Generación, Buenos Aires, 1966.
DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Omeba, Buenos Aires, 1963.
DIPPEL, Horst*, Constitucionalismo moderno,* traducción de ÁLVAREZ ALONSO, Clara y SALVADOR MARTÍNEZ, María, Marcial Pons, Madrid, 2009.
DONNA, Edgardo, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubizal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008.
DUEÑAS MUÑOZ, Juan Carlos, *Soberanía y Estado constitucional: su importancia en la integración y en el derecho comunitario*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, T. II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007.
DUGUIT, León, *Traité de Droit Constituttionnel,* Tomo Premier, Théorie Générale de L´état, Fontemoing & C. Editeurs, París, 1911.
DWORKIN, Ronald, *Law's empire,* Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- *Taking Rights Seriolusly*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.

EMBID IRUJO, Antonio, *La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana*, Revista de Administración Pública, N° 115, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.
EMMERICH, Gustavo Ernesto – ALARCÓN OLGUÍN, Víctor (coords.), *Tratado de ciencia política*, Anthropos, México, 2007.

ENGISCH, Karl, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, traducción de Sancinetti, Marcelo, A., Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
ESTRADA, Juan Manuel, *La Política Liberal bajo la tiranía de Rosas*, 2° Ed., Ediciones Estrada, Buenos Aires, 1948.
FAYT, Carlos S., *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia Leading Cases y Holdings Casos trascendentes*, Reimpresión, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- *Derecho Político*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965.
FERNÁNDEZ APARICIO, Javier, *La imagen del rey Enrique IV de Castilla en la primera mitad del siglo XVII: Absolutismo y justicia en el diálogo entre dos épocas*, Revista en la España medieval, Nº 27, ISSN: 0214-3038, 2004.
FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *La doctrina de los vicios de orden público en el contencioso administrativo: orígenes y evolución*, Revista de Administración Pública española, N° 56, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Mayo-Agosto 1968.
- *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial,* Iustel. Portal Derecho, Madrid, 2005.
- *De la Arbitrariedad de la Administración*, 4° Ed. (corregida), Civitas, Madrid, 2002.
FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Civitas, Madrid, 1998.
FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2° Ed., Trotta, Madrid, 2010.
- *Derecho y garantías, La ley del más débil*, 7° Ed., traducción de PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés y GREPPI, Andrea, Trotta, Madrid, 2010.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, (Recopilación), 2° Ed., traducción de PERFECTO IBAÑEZ, Andrés y GREPPI, Andrea, Trotta, Madrid, 2001.
- *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011.
FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, traducción del inglés de ORREGO, Cristóbal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, traducción de MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, Trotta, España, 2001.
FIORINI, Bartolomé A., *La discrecionalidad en la administración pública*, Alfa, Buenos Aires, 1948.
- *Qué es el contencioso*, 2° Ed.,Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
FIX ZAMUDIO, Héctor, *Valor actual del principio de la división de poderes*, Boletín del Instituto de Derecho comparado de México, Año XX, núms. 58-59, México, Enero-Agosto de 1967.
FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción de la 8° Ed. alemana por GENDIN, Sabino A., Editorial Labor, Barcelona – Madrid – Buenos Aires, 1933.
FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de derecho administrativo,* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.
FOUCAULT, Michel,*Defender la sociedad*, Curso en el College de France, 1975-1976, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- *Estrategias de poder*, Volumen II, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1999.
- *Genealogía del Racismo*, Editorial Altamira, La Plata, 1996.
- *La arqueología del Saber*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005.
GALLEGO ANABITARTE, Alfredo,*Poder y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
GAMERO CASADO, Eduardo - FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Manual Básico de Derecho administrativo*, 4° Ed., Tecnos, Sevilla, 2007.
GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*, Dykinson, Madrid, 2004.
GARAY, Alberto, "*La enseñanza del caso "Marbury vs. Madison",* Revista Academia. Revista sobre la enseñanza del derecho, año 7, n° 13, 2009.
GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 6° Ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2009.
- *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Revista de Administración Pública española, n° 38, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1962.
- *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de una Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?*, Civitas, Navarra, 2007.
- *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos*, Revista de Administración Pública, nº 27, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 1958.

- *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, 4º Ed., Civitas, Madrid, 1994.
GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, 12° Ed., Civitas, Navarra, 2011.
GARCÍA MACHO, Ricardo, *Problemática de la división de poderes en la actualidad*, Revista de Estudios Políticos, N° 53, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Septiembre-Octubre 1986.
GARCÍA- MANSILLA, Manuel José - RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las fuentes de la Constitución Nacional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
GARCÍA PELAYO, Manuel, *Estado Legal de Derecho y Estado Constitucional de Derecho. El Tribunal Constitucional Español*, ILANUD, Años 9-10, Nros. 23-24.
GARCÍA PULLÉS, Fernando, *Tratado de lo contencioso administrativo*, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
GARCÍA ROCA, Javier, *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración*, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/20/est/est3.pdf.
GARCÍA-GALLO, A., *La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*, Estudios de Historia del Derecho Indiano, Madrid, 1972.
GARGARELLA, Roberto (Comp.), *Por una justicia dialógica. El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI Editores, 2014.
GARRIDO FALLA, Fernando, *La Administración pública como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas*, Revista de Administración pública española, n° 23, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Mayo-Agosto 1957.
GARRIDO FALLA, Fernando - PALOMAR OLMEDA, Alberto - LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, *Tratado de derecho administrativo*, parte general, 14° Ed., Vol. 1, Tecnos, Madrid, 2005.
GAUNA, Juan Octavio, *La problemática del control judicial de los actos de la Administración Pública. La teoría de la separación del poder*, La Ley, Buenos Aires, 1979.
GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, comentada y concordada, 4° Ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2009.
GEWIRTH, Alan, *Marsilius of Padua: The Defender of Peace*, vol. I, Columbia University Press, Nueva York, 1951.
GONZALES MORAS, Juan M., *Presidencialismo argentino y legados de la reforma constitucional de 1994 (sobre la potestad reglamentaria del poder ejecutivo)*, Actualidad en el derecho público, N° 8, Septiembre-Diciembre, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional argentino*, T. III, vol. 3, 3º Ed., Lajouane, Buenos Aires, 1930-1931.
GONZÁLEZ, Joaquín, V., *Manual de la Constitución Argentina*, Ángel Estrada, Buenos Aires, 1897.
GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales del derecho comunitario para el proceso administrativo español*, Revista de Administración Pública española, N° 135, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Septiembre-Diciembre 1994.
GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Parte general, T. I, 9º Ed., Fundación de Derecho administrativo, Buenos Aires, 2003.
- *Tratado de Derecho Administrativo*, Parte general, T. I, 8º Ed., Fundación de Derecho administrativo, Buenos Aires, 2003.
- *Tratado de derecho administrativo*, T. 2, 8° Ed., Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2006.
- *Tratado de Derecho administrativo*, T. 3, 9° Ed., Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2007.
- *Tratado de derecho administrativo*. Parte general, T. I, 9° Ed., Fundación de Derecho administrativo, Buenos Aires, 2009.

GUASTAVINO, Elías P., *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, T. I, 2° Ed. actualizada, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II- Obras- Número 21, Buenos Aires, 1989.
GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.
- *Interpretare e Argomentare*, Giuffre, Milano, 2011.
- *La Sintassi del Diritto*, Giappicheli, Torino, 2011.
- *Lezioni di Teoria Analitica del Diritto*, Giappichelli, Torino, 1982.

HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, traducción de FIX-FIERRO, Héctor, Edición del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 2003.
- *La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta,* en *Constitución, Derecho y proceso*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, Instituto de Investigaciones jurídicas, Perú, 2010.

HAMILTON, Alexander – MADISON, James – JAY, John, *El Federalista*, tercera reimpresión, Prólogo y traducción de VELASCO R., Gustavo, *Fundación de Cultura Económica*, México, 2010.
HART, H.L.A., *El concepto de derecho,* 2° Ed. reimpresión, traducción de CARRIÓ, Genaro, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007.
- *The concept of law,* 2nd ed., Oxford University Press, New York, 1994.

HAURIOU, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, traducción de la cuarta edición francesa por GONZÁLEZ CASANOVA, José Antonio, Ediciones Ariel, España, 1971.
HAWKINS, Keith (ed), *The uses of discretions*, Claredon Press, Oxford, 1992.
HERDEGEN, Matthias, *La internalización del orden constitucional,* Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, T. 10, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010.
HERNANDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, Antonio, *El lenguaje del derecho administrativo*, Instituto nacional de Administración Pública, Madrid, 1987.
HOBBES,*El Leviatán*, Libertador, Buenos Aires, 2004.
HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *La división de poderes como principio de ordenamiento*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 13° año, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007.
HORVATH, Pablo, A. - VANOSSI, Jorge R., "*El fallo Baker v. Carr y la justiciabilidad de las cuestiones políticas*", La Ley, 114:984, Abril – Junio 1964.
HUBER, Rudolf (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2009.
HUME, David, *Ensayos políticos*, 3° Ed., traducción de GÓMEZ, César Armando, Tecnos, Madrid, 2006.
IVANEGA, Miriam Mabel, *Las Relaciones de Empleo Público*, La Ley, Buenos Aires, 2009.
JEANNERET de PÉREZ CORTÉS, María, *El control judicial y sus límites. La acción de los jueces frente a la inacción de la Administración o del Poder Legislativo*, en Cuestiones de control de la Administración Pública, RAP, Buenos Aires, 2009.
JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, traducción de la segunda edición alemana y prólogo por DE LOS RIOS, Fernando, IBdef, Montevideo-Buenos Aires, 2005.
JÉZE, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo,* Depalma, Buenos Aires, 1949.
KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Imprenta Universitaria, México, 1949.
- *Teoría Pura del Derecho*, traducción del original en alemán de Vernengo, Roberto J., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 1979.

KOCH, Hans Joachim, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensemâchtigungen im Verwaltungsrecht*, Metzner Frankfurt, 1979.
KOCH, Hans Joachim – RÜSSMAN, Helmut, *Juristiche Begründenslehre*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1982.
KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, segunda reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.
LEITER, Brian, *The end of Empire: Dworkin and Jurisprudence of 21st Century*, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=598265.
LIFANTE VIDAL, Isabel, "*Sobre el concepto de representación",* Doxa, N° 32, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante, 2009.
- *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*, Doxa, N° 25, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Alicante, 2002.
- *Poderes discrecionales*, en Eunomía – Revista en cultura de la Legalidad, Nº 2, ISSN 2253-6655, Marzo – Agosto 2012.

LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, 2º reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- *Poder discrecional administrativo*, 3° reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.
- *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional Argentina*, 2° Ed actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2010.

LINARES QUINTANA, Segundo V., *Gobierno y Administración de la República Argentina*, TEA, Buenos Aires, 1946.
- *Tratado de Interpretación Constitucional*, T. I, 2° Ed. actualizada y aumentada, Homenaje a Karl Loewenstein, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007.

LOCKE, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Losada, Buenos Aires, 2003.
LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2° Ed., traducción y estudio de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, Editorial Ariel, Barcelona, 1976.
LOHMANN, H. H*., Die ZwckmäBigkeit der Ermessensausübung als verwaltungsrechtliches Rechtsprinzip*, Duncker & Humblot, Berlín, 1972.
LONG, Marceau – WEIL, Prosper – BRAIBANT, Guy – DELVOLVÉ, Pierre – GENEVOIS, Bruno, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, 2° Ed. actualizada, Librería Ediciones del Profesional LTDA., Colombia, 2009.
- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14 édition, Dalloz, París, 2003.

LOÑ, Félix R., *Enfoque sistémico de la división de poderes después de la reforma constitucional de 1994*, La Ley, T. 1998-B.
LOZANO CUTANDA, Blanca, *El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración*, Revista Española de Derecho Administrativo (REDA), n° 91, Civitas, 1996.
LOZANO Luis, F., *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, Estudios de Derecho Procesal Constitucional –III-, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.
LOZANO, Blanca, *El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID*, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 94, Civitas, 1997.
LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2° Ed. al español, traducción de TORRES NAFARRATE, Javier, con la colaboración de ERKER, Brunhilde, PAPPE, Silva y SEGURA, Luis Felipe, Herder, México, 2005.
- *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política,* Universidad Iberoamericana, Colección Teoría Social, México, 2010. Esta obra se tradujo al español de la cuarta edición en alemán: *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot GmbH, Berlín, 1999.

LUQUI, Roberto Enrique, *Revisión judicial de la actividad administrativa – Juicios contenciosoadministrativos*, T. 1, Astrea, Buenos Aires, 2005.
MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la administración pública,*Vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1984.
MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, 4° Ed. actualizada, reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
MARTINEZ, Eduardo Hinojosa – GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás (coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, I Jornadas de estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Civitas, Madrid, 1996.
MASCIOTRA, Mario, *Alcances y límites de la discrecionalidad judicial*, La Ley, Año LXXIV, N° 217, 15 de Noviembre de 2010.
MATEO, Ramón Martín, *La sustantividad del derecho administrativo*, Revista de administración pública española, n° 53, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Mayo-Agosto 1967.
MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo. Parte General*, traducción coordinada por DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, Marcial Pons, Madrid, 2011.
MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, T. I, 2º Ed., Depalma, Buenos Aires, 1982.
MEDINA TORRES, Luis Eduardo, *Tratado de Ciencia Política*, Anthropos, México, 2007.
MERKL, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 8° Ed., IBd F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.
MIRANDA, José, *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas*: *Primera Parte, 1521-1820*, Instituto de Derecho Comparado, México, 1952.
MONTES DE OCA, Manuel Augusto, *Derecho Constitucional*, T. II, "La Buenos Aires", Buenos Aires, 1903.
MONTESQUIEU, Charles Luis DE SECONDAT, *Del Espíritu de las Leyes*, 7° Ed., Heliasta, Buenos Aires, 2005.
MONTORO CHINER, María Jesús, *La Justicia Administrativa*, libro Homenaje a ENTRENA CUESTA, Rafael, Atelier, Barcelona, 2003.

MUÑOZ, Guillermo Andrés - GRECCO, Carlos Manuel, *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T. I, 2° Ed., reimpresión, Iustel, Madrid, 2009.
NIETO, Alejandro, *El Derecho como límite del poder en la edad media*, Revista de Administración Pública Española, nº 91, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Abril 1980.
- *Los orígenes de lo contencioso administrativo en España*, Revista de Administración Pública española, N° 50, Madrid, 1966.
- *Nueva ordenación de la jurisdicción contencioso-administrativa en la República Federal Alemana*, Revista de Administración Pública española, nº 31, Enero-Abril 1960.

NINO, Carlos Santiago, *La validez del Derecho,* Astrea, Buenos Aires, 1955.
NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el Thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*, disponible en: www.biblio.juridicas.unam.mx.
ORONESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
PARADA, Ramón, *Derecho administrativo*, T. I, Parte general, 15° Ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.
PAREJO ALFONSO, Luciano, *La intensidad del control judicial de la Administración Pública: El juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad*, Revista de Derecho Administrativo, N° 15/16, Buenos Aires, Depalma, Enero-Agosto 1994.
PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María, *La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica*, Revista de Administración Pública española, N° 136, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Enero-Abril, 1995.
PERELMAN, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica,* Civitas, Madrid, 1979.
PINTO, Mónica (compiladora), *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.
PONCE SOLÉ, Juli*, La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los gobiernos y las administraciones,* Revista de Administración Pública española, N° 162, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Septiembre-Diciembre 2003.
PREVITÉ ORTON, Charles, W., *Marsilio of papua, Part. II. Doctrines*, English Historical Review, vol. XXXVIII, nº 149, Enero 1923.
PRIETO SANCHIS, Luis, *Principia Iuris: una teoría no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional*, Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 31, 2008.
PUNZET, Ramón (coordinador), *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*. La División de Poderes, N° 5, Edición de la Junta General del Principado de Asturias, Asturias, 2009.
RAWLS, John, *Two Concepts of Rules,*The Philosophical Review, Vol. 64, N° 1, 1955.
RAZ, Joseph, *Postcript,* Oxford University Press, 1999.
- *Principios jurídicos y los límites del derecho,* traducción de ALONSO, Juan Pablo – CALZETTA, Alejandro, (en prensa) a publicarse en la Revista Pensar en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

REBOLLO, Luis Martín, *Leyes administrativas*, 12° Ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
RICHINO, Álvaro, *El acto de Gobierno: categoría no operativa en derecho uruguayo*, DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador), Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. BRITO, Mariano R, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.
RICHTER, I.- SCHUPPERT, G. F., *Casebook Versaltungsrecht*, Beck, Munich, 1991.
RIVERO, Jean, *Existe-t-il un critére du droit administratif*?, "Revue du Droit Public et de la Science Politique", n° 2, Abril - Junio 1953.
- *Páginas de Derecho Administrativo*, Temis, Bogotá, 2002.

RIVERO, Jean - WALINE, Jean, *Droit administrative,* 19a ed., Dalloz, Paris, 2002.
RODRÍGUEZ, César,*La decisión judicial. El debate* HART – DWORKIN, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.
RODRÍGUEZ, Jorge, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Colección "El derecho y la Justicia", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
ROSANVALLON, Pierre, *El modelo político francés*, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2007.
ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, T. I, Aguilar, Buenos Aires, 2010.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T.I, traducción de la 2° Ed. Alemana de Luzon Peña, Diego – Diaz y García Conlledo, Miguel – De Vicente Remesal, Javier, Reimpresión, Thomson – Civitas, Madrid, 2007.
- *La teoría del delito en la discusión actual*, traducción de ABANTO VÁZQUEZ, Manuel, Grijley, Lima, 2007.

RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
SABINE, George, H., *Historia de la teoría política*, séptima reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
SAGÜES, María Sofía, "*Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina de "Lawrence v. Texas"*, disponible en www.iidpc.org/revistas/1/pdf/211_231.pdf.
- *El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales*, La Ley, -B-761, Buenos Aires, 2009.

SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1° Ed., Civitas, Madrid, 1976.
SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos Ignacio*, Los controles institucionales en la Constitución Argentina*, *1853-1994*, La Ley, Buenos Aires, 1999.
SÁNCHEZ GOYANES, Enrique (coordinador), *Manual de derecho administrativo*, T. I, COLEX, Madrid, 1997.
SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte General,* 8° Ed., Tecnos, Madrid, 2012.
- *Discrecionalidad administrativa y control judicial,* Tecnos, Madrid, 1994.

SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., *La demandabilidad del Estado y el agotamiento de la vía administrativa*, Estudios de derecho administrativo, T. X, Dike, Mendoza, 2004.
SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, T. I, 8° Ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.
SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *LaTeoría General del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Barcelona, 2003.
SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, sexta reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2009.
SCHWARTZ, Bernard, *El federalismo norteamericano actual,* Civitas, Madrid, 1984.
SEARLE, John Rogers, *The Construction of Social Reality,* The free press, New York, 1995.
SEGURA ORTEGA, Manuel, *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.
SERNA, Pedro - TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000.
SESÍN, Domingo J., *Administración Pública.Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2° Ed. (actualizada y ampliada), Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2004.
SIECKMANN, Jan-R. (ed.), *La teoría Principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy,* Marcial Pons, Madrid, 2011.
SIEYÈS, Emmanuel Joseph, *¿Qué es el Estado llano?,*traducción de RICO GODOY, José, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1950.
SOLA, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, 2° Ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
SPOTA, Alberto Antonio (h), *Método cartesiano iusnaturalismo y sistema republicano de Gobierno*, Boletín Informativo, Asociación Argentina de derecho constitucional, Año XVII, n° 181, Mayo, 2001.
STEINER, Christian (ed.), *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009.
SUMMERS, Robert S. (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, University of California, 1968.
SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus, Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007.
TAPIA, Mauricio R., *Constitucionalización del derecho de familia. El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social*, Revista de derecho de familia, N° 51, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
TARDIF, Eric, *Metamorfosis de la soberanía: elementos para una redefinición del concepto a la luz del derecho internacional contemporáneo*, Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Año XVI, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010.
TAWIL, Guido Santiago, *Administración y justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y División de poderes hoy*, Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2002.
- *La discrecionalidad administrativa como emergente de la aplicación de la teoría de la división de poderes*, Doctrina Pública Federal, 1, Ediciones RAP, Noviembre 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América,* estudio introductorio de GONZÁLEZ PEDRERO, Enrique, decimocuarta reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2009.
TORICELLI, Maximiliano, *Organización constitucional del poder*, T. 1, Astrea, Buenos Aires, 2010.
TORNÉ JIMÉNEZ, José, *El derecho administrativo entre la sociología y la dogmática*, Universidad de Granada, 1978.
TRILLO TORRES, Ramón, *El control jurisdiccional del acto político*, en *La reforma de la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid.
TRISTÁN BOSCH, Jorge, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, ZAVALIA, Buenos Aires, 1951.
- "*El origen de la jurisdicción contenciosoadministrativa en Francia y la doctrina de la separación de poderes*", Revista de Estudios políticos, Año 1, N° 1, Buenos Aires, Julio 1945.
- *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1944.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. - DALLA VIA, Alberto Ricardo, *Régimen constitucional de los tratados*, 2° Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
VELASCO CABALLERO, Francisco – SCHNEIDER, Peter Jean (coords), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
VIALE, Claudio Martín, *El principio de proporcionalidad*, en Diario DPI Constitucional, Año N°2, N°37, Buenos Aires, 15 de septiembre de 2014.
- En coautoría con ILDARRAZ Benigno y ZARZA MENSAQUE Claudio, *Derecho Constitucional y Administrativo*, Ediciones Eudecor, Córdoba, 2001.

VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
VILLAPALOS SALAS, Gustavo*, Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja edad media,* Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.
VILLEGAS BASABILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, T.II, TEA, Buenos Aires, 1950.
- *Derecho administrativo*, TEA, Buenos Aires, 1949.

VITURRO, Paula, *Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*, Estudios de Derecho Procesal Constitucional, Konrad-Adenauer-Stiftung-AD-HOC, Buenos Aires, 2002.
VOLTAIRE, *Diccionario Filosófico*, T. II, Editorial Araujo, Buenos Aires, 1964.
VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norm and Action*, Routledge, London, 1963.
- *Norma y acción. Una investigación lógica*, traducción al español de GARCÍA FERRO, P, Tecnos, Madrid, 1970.

WALDRON, Jeremy, *The core of the Case Against judicial review,* en The Yale Law Journal, Tomo 115, 2006.
WEBER, Karl Heinz, *Regelungs und Kontrolldichte im Atomrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1984.
WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, reimpresión, Civitas, Madrid, 1989.
WILSON, Woodrow, *El Estado. Elementos de política histórica y práctica*, introducción de BROWNING, Oscar, traducción española y estudio preliminar de POSADA, Adolfo, Editorial Americana, Buenos Aires, 1943.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl – ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal, Parte General,* 2° Ed.,2°reimpresión*,* Ediar, Buenos Aires, 2008.
ZAFRA, Manuel Víctor, *Discrecionalidad administrativa: Control Judicial de la Administración,* Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2003.

Índice General

SECCIÓN 1° 5

CAPÍTULO I 5

PLANTEO DEL PROBLEMA 5

CAPÍTULO II 9

PRESUPUESTOS TEÓRICOS FUNDAMENTALES 9

A) SOBERANÍA Y ESTADO CONSTITUCIONAL 9

§1. Introducción 9

§2. La soberanía estatal 10

a) La clásica concepción de la soberanía estatal. 12

b) La "decadencia" de la soberanía clásica. 16

c) Hacia una articulación racional de la soberanía con el Estado constitucional de derecho. 19

d) La "soberanía compartida" en Argentina. 25

e) Soberanía, poder discrecional y margen de apreciación nacional. 31

f) Conclusiones preliminares. 34

B) DIVISIÓN DE PODERES Y ESTADO CONSTITUCIONAL 35

§3. El principio de división de poderes. 35

a) Aproximación conceptual. 35

§4La postura actual de la CSJN para "hacer compatible la división de poderes con la discrecionalidad" 55

§5. Sinopsis y conclusiones preliminares. 59

C) PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ESTRATIFICACIÓN DE LA JURIDICIDAD 61

§ 6. El principio de legalidad y el fenómeno de la "estratificación" de la juridicidad 61

a) Las dimensiones que conforman el Estado constitucional: "dimensión normativa", "dimensión orgánica" y "dimensión sociedad civil". 63

D) ESTADO CONSTITUCIONAL 70

§ 7. El Estado constitucional de derecho. 70

a) Del Estado legal al Estado Constitucional de Derecho 71

b) Los caracteres del Estado Constitucional de Derecho. 72

CAPÍTULO III 79

ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA 79

A) DOGMÁTICA DE LA DISCRECIONALIDAD EN ALEMANIA 79

§ 8. Introducción 79

§9. Discrecionalidad de la Administración y su control en la doctrina alemana. 80

§10Teoría reduccionista de la discrecionalidad 84

§11 Teoría unitaria. La vinculación de los conceptos jurídicos indeterminados con la discrecionalidad y con el margen de apreciación 86

a) Las diferentes variantes de la teoría unitaria en el derecho alemán. 87

§12. La discrecionalidad administrativa como ámbito exclusivamente circunscripto a la imperfección o indeterminación del supuesto de hecho normativo 93

a) Los dos procesos en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa 95

b) La sustitución del operador permisivo (podrá) por el operador imperativo (deberá) como resultado del ejercicio de la discrecionalidad. 96

§13La discrecionalidad administrativa desde una perspectiva de actuación 97

§14 La autonomía o independencia de la administración como fundamento de la discrecionalidad administrativa en Alemania 98

a) Discrecionalidad y teoría de la esencialidad 100

B) DOGMÁTICA DE LA DISCRECIONALIDAD EN ARGENTINA Y ESPAÑA 102

§15. El estado de la cuestión en los países hispanohablantes: La clásica distinción cuantitativa entre actividad reglada y actividad discrecional 102

a) La tesis de SESIN. 105

§16Recapitulación. Los rasgos esenciales que presenta la noción clásica de la discrecionalidad administrativa 107

§17. El Estado actual de la Jurisprudencia de la CSJN Argentina en materia de discrecionalidad administrativa 113

a) Lineamiento generales de la doctrina de la CSJN. 113

b) Análisis de los conceptos más relevantes de los fallos de la CSJN 115

CAPÍTULO IV 122

ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y DEL MARGEN DE APRECIACIÓN 122

A) DOCTRINA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS 122

§18. Liminar 122

a) El principio de la única solución justa y la integración o concreción de los conceptos jurídicos indeterminados 124

§19 La unidad de solución justa como eje central en el derecho argentino. 127

§20 La distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad. 130

a) Un ejemplo de la dogmática alemana para escindir discrecionalidad de conceptos jurídicos indeterminados 132

§21 La asimilación entre conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad en la zona de incerteza o incertidumbre. 133

§22 El fallo "Chevron USA inc. V. Natural Resources Defense Council" (1984). La inexistencia de una delimitación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en el derecho norteamericano. La inmunidad judicial respecto de la aplicación e interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados 137

a) Antecedentes y cuestión debatida del caso "*Chevron*". 138

b) La decisión del Tribunal de apelaciones del Circuito (DC). 138

c) El núcleo del debate en el marco de la apelación 139

§23 El control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados. 145

a) Control restringido y control plenario de la doctrina alemana 145

b) El control de los CJI por parte de la jurisprudencia nacional. La "única solución justa integral que tiene en cuenta el complejo jurídico vigente de normas arrancando desde la ley fundamental" 146

B) DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN 150

§24 La doctrina margen de apreciación (Beurteilungsspielraum) 150

§25 El control jurisdiccional del margen de apreciación 153

a) La jurisprudencia del Tribunal Constitución Alemán y el reconocimiento de márgenes de apreciación en la aplicación y concreción de conceptos normativos indeterminados 158

b) El margen de apreciación en materia de exámenes profesionales 160

§26 La teoría del margen de acción 162

CAPÍTULO V 165

LA BASE DOGMÁTICA PARA UN NUEVO ENFOQUE SOBRE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA 165

§27.- Introducción 165

§28 Acerca de cómo y por qué se debe reconstruir la base dogmática 166

§29 Nociones básicas de la Teoría General del Derecho. 170

a) Normas, formulaciones normativas y proposiciones normativas. 171

§30 Conclusiones preliminares: Estructura de las normas y discrecionalidad. Distinciones 194

CAPÍTULO VI 199

LOS SENTIDOS DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA 199

A) DISCRECIONALIDAD DÉBIL 199

§31 Planteo de los problemas 199

§32 Problemas que presenta la discrecionalidad en sentido débil 199

§33 Acerca de los fundamentos del deber de expedirse de la Administración Pública 200

§34 El sistema normativo de la Administración y el principio de clausura 202
§35 Una breve reconstrucción de los problemas que afectan a los conceptos jurídicos indeterminados 208
§36 Crítica a los que niegan la "discrecionalidad" del operador con relación a la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados 209
§37 Conclusiones preliminares 212
B) DISCRECIONALIAD FUERTE 215
§38 Introducción 215
§39 Aclaraciones previas 216
§40 Los poderes discrecionales no pueden explicarse bajo la noción de "permisos" 217
§41 Un intento de reconstrucción positivo y normativo de la discrecionalidad fuerte 220
§42 Los límites de la discrecionalidad fuerte 225
§43 Conclusiones 228
CAPÍTULO VII 235
PODERES DISCRECIONALES Y CONTROL JUDICIAL 235
§1. Introducción 235
§2. La estructura normativa de los derechos fundamentales y su compatibilidad con la ponderación de principios 237
§3.- El caso de derechos sociales como derechos fundamentales que exigen prestaciones activas del Estado 243
§4. El estándar exigido por la "Prohibición de Protección Deficiente" (Untermaßverbot) 246
§5.- Un caso objeto de estudio: El caso "Q" de la CSJN 248
a) Operatividad del derecho a la vivienda: 249
b) Control de razonabilidad por parte del Poder Judicial: 249
c) Disponibilidad de los recursos estatales: 249
§6. El análisis de la proporcionalidad de las decisiones de la Administración Pública 250
§7. Interrogante abierto y desafíos: el problema de la escasez de recursos 257
§8. Conclusiones 258
SECCIÓN 2° 260
NOTAS AL CAPÍTULO II Y III – 260
GÉNESIS DEL ESTADO DE DERECHO 260
§1. Introducción 260
§2. El período antiguo y la Edad Media. 261
a) La antigüedad 261
b) El período medieval 264

§3. La transición hacia el Estado Moderno ... 275
§4. El surgimiento y la consolidación de la doctrina de la soberanía de la modernidad. ... 278
§5. La reacción frente a la Monarquía Absoluta. ... 282
a) Las prerrogativas (o facultades discrecionales) en la obra de LOCKE. La vinculación concreta y efectiva con los actos de gobierno o institucionales y las cuestiones políticas no justiciables ... 282
b) MONTESQUIEU y la exaltación de la doctrina de la separación de los poderes ¿La existencia de un cuarto poder discrecional? ... 288
§6. El desenlace del período. ... 293
§7. Conclusiones preliminares en torno a la discrecionalidad. ... 294
NOTAS AL CAPÍTULO II, III, IV Y VII ... 297
Cuestiones no justiciables en el derecho comparado ... 297
FRANCIA ... **¡Error! Marcador no definido.**
§1. Introducción ... 297
a) Actos políticos y actos administrativos. El *objetivo político* y el *móvil político* ... 300
b) La necesaria habilitación constitucional y la innecesaria habilitación legislativa para dictar actos de gobierno. ... 301
c) El "objetivo" político. ... 304
d) El móvil político. ... 307
e) Los diferentes criterios para distinguir los actos de gobierno. ... 308
f) Breves referencias a la delimitación jurisprudencial del acto político o de gobierno. ... 310
g) La concepción doctrinaria actual del acto de gobierno. ... 315
§2. Alemania. ... 316
a) Los perfiles constitucionales de la separación de los poderes en el Tribunal Constitucional Alemán: el binomino "Gobierno"/ "Administración", la "reserva de Administración" y los ámbitos "esenciales o nucleares". Las cuestiones políticas no justiciables (*justizfreien Hoheitsakte*) ... 319
b) La "Judicialización de la política" ... 323
c) El segundo período en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. ... 324
d) La sentencia de 18 de diciembre de 1984 y el inicio del *tercer período*. De una administración subordinada a la ley hacia una administración "dirigida" por la ley. ... 326
§3. Estados Unidos de Norteamérica. ... 328
§4. Derecho Español ... 340
§5 Sinopsis general ... 357
A) FRANCIA. ... 357
B) ALEMANIA ... 362
C) ESTADOS UNIDOS ... 364

D) ESPAÑA 366
NOTAS AL CAPÍTULO II, II Y VII LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLESEN ARGENTINA 371
§1. Las cuestiones políticas no justiciables 371
NOTAS AL CAPÍTULO II, III Y VII 387
FRANCIA: ESTADO DE DERECHO Y PODERES DISCRECIONALES 387
§1. Soberanía y división de poderes en la formación histórica del Estado Francés 387
a) La separación de poderes en la Constitución de 1791 392
b) La consolidación normativa de la separación entre autoridades judiciales y administrativas. Las prerrogativas como fundamento de una jurisdicción contencioso administrativa ajena al poder judicial. 394
§2. El desarrollo de las potestades discrecionales en las primeras constituciones francesas 399
a) La Constitución de 1830. De la III a la V república. "Gobierno"/"Administración", actos políticos y actos discrecionales: la inmunidad jurisdiccional. 403
b) La constitución de 1875. El comienzo progresivo del control jurisdiccional. 407
§3. El "control mínimo" de las potestades discrecionales que instaura el Consejo de Estado francés. 412
§4. El control de la calificación jurídica de los hechos 413
§5. La concepción actual de la separación de poderes y la escisión entre autoridades administrativas y judiciales 416
§6.- Sinopsis. 419
NOTAS AL CAPÍTULO II, III, IV Y VII 433
ESTADOS UNIDOS: ESTADO DE DERECHO Y PODERES DISCRECIONALES. 433
§1. Introducción. 433
§2. El debate por los poderes discrecionales 436
§3. La inmunidad judicial de las potestades discrecionales y de los actos políticos. A propósito de "Marbury v. Madison" 439
§4. El tránsito hacia la consagración normativa del control de la discrecionalidad administrativa. El surgimiento de la doctrina de la deferencia y la evolución de la distinción entre "política" y "administración" 446
§5. La consolidación del control jurisdiccional de la administración. A propósito del New Deal 450
§6. De la inmunidad judicial a la limitación de las potestades discrecionales. A propósito de "Humphrey'sExecutor v. UnitedStates" (1935) 454
§7. Hacia un cambio de paradigma: la sanción de laAdministrativeProcedureAct (A.P.A.) 456

§8. La cristalización del cambio de paradigma: un núcleo amplio de inmunidad judicial de la discrecionalidad administrativa y del margen de integración de los conceptos jurídicos indeterminados bajo el amparo de la doctrina de la deferencia 457

§9. El fallo "Chevron USA inc. v. Natural ResourcesDefense Council" (1984) 464

§10. La extensión posterior de la doctrina de la deferencia en "Stinson v. UnitedStates". 468

§11. Sinopsis jurisprudencial 469

§12. Síntesis y conclusiones: el panorama general en torno a la discrecionalidad en los Estados Unidos 470

NOTAS AL CAPÍTULO II Y VII 474

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICO DOGMÁTICA DE LA DISCRECIONALIDAD EN ARGENTINA 474

§1.Introducción. 474

§2. Los primeros desarrollos teóricos de la discrecionalidad administrativa. 474

§3. Síntesis de los distintos tipos "dogmáticos" de discrecionalidad administrativa. 503

BIBLIOGRAFÍA 505