

## *Capítulo X*

# CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

## I. Acto, hecho, reglamento, contrato

### 1. *Conceptos clasificadores*

Las nociones de “acto administrativo,” “reglamento,” “contrato administrativo,” etc., cumplen meramente una función metodológica y sistematizadora dentro del derecho administrativo; están desprovistas, en consecuencia, de caracteres dogmáticos que exijan arribar a una definición determinada como única válida y verdadera; en verdad, son admisibles tantas definiciones de reglamento o acto administrativo como sistemas doctrinarios existan en el derecho público y ellas serán válidas en cuanto armonicen dentro del sistema conceptual en que se las ubica.

Pero si bien la discusión acerca de cómo dar una definición de acto administrativo carece de proyecciones dogmáticas, ello no significa que sea totalmente intrascendente dar uno u otro concepto ya que de la mayor o menor perfección y precisión del mismo dependerá la facilidad y utilidad con que se lo podrá manejar luego. La definición a ofrecerse debe entonces responder a una adecuada metodología y a una satisfactoria sistematización de la realidad del régimen jurídico de la función administrativa, pues las definiciones y clasificaciones han de servir para explicar su funcionamiento.

En el proceso de lograr esa sistematización que producirá por resultado la definición buscada, podemos distinguir varios pasos.

### 2. *Función administrativa*

El punto de partida reside en el concepto de función administrativa, que según se recordará comprende toda la actividad de los órganos administrativos (cen-

tralizados o descentralizados) y también la actividad de los órganos legislativo y judiciales en la medida en que no se refiera a las funciones específicas de tales órganos: Para llegar a una definición de acto administrativo, deberemos clasificar y sistematizar la realidad que nos presenta la función administrativa.

### *3. Actividad jurídica y no jurídica*

La primera clasificación a efectuar es aquella que distingue entre la actividad jurídica y no jurídica de la administración, o sea, actividad que produce o no efectos jurídicos directos; obviamente, la parte que nos va a interesar más intensamente a efectos de la investigación es la primera.

### *4. Actos y hechos de la administración*

#### *4.1. La distinción entre acto y hecho, jurídico y no jurídico*

A continuación distinguiremos según que esa actividad o función administrativa, jurídica o no jurídica, se manifieste a través de actos o de hechos. Diremos que los actos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad, de conocimiento o de juicio; que hechos son las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material, a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así y pueden presentarse actos que no son ejecutados, o hechos realizados sin una decisión previa formal. La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica, por cuanto el hecho también es en alguna medida expresión de voluntad administrativa; pero en líneas generales puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los particulares a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material.

Si bien en cualquier hecho o actuación material de la administración podemos deducir cuál ha sido la voluntad que lo ha precedido (del hecho de que se haya colocado una barrera en una calle, podemos deducir que se la ha querido cerrar al tránsito; del hecho de que se quite la barrera deducimos que se ha decidido abrirla nuevamente), no por ello habrá allí un acto: para que exista acto es necesario que encontremos esa declaración de voluntad que se manifiesta intelectivamente y no a través de su directa ejecución.

Aunque subjetivamente puede existir una decisión del funcionario actuante tanto si dicta un acto como si realiza un hecho, sólo se llamará acto a aquella decisión que se exterioriza formalmente como tal y no a través de su directa eje-

cución. Así, la decisión *ejecutada* se da a conocer a los demás individuos a través de los hechos reales que transmiten la idea respectiva; la decisión de librar la calle al tránsito se deduce de que nada ni nadie impide transitar; la decisión de destruir se infiere de que la cosa está siendo destruida, etc. En cambio, la decisión *declarada* se da a conocer a los demás individuos a través de hechos o datos que tienen un significado simbólico, figurado: la decisión de permitir pasar surgirá pues de una expresión verbal o escrita, o de un signo convencional de tránsito; la decisión de destruir surgirá de un cartel, etc. De allí se desprende que el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que queda allí nomás, como determinación, opinión o conocimiento: que no se ejecuta al exteriorizarse. No obsta a este concepto el que la idea contenida en la declaración se ejecute inmediatamente después de exteriorizarse; lo esencial es que se pueda apreciar objetivamente una escisión, una separación conceptual y real entre *a)* la decisión, opinión, conocimiento, etc., por un lado y *b)* la ejecución de esa decisión por el otro; y esa separación surge de que la declaración sea conocida a través de datos simbólicos (palabra oral o escrita, signos convencionales, etc.) y no de datos reales.

Cuando la exteriorización de la decisión se hace recién a través de la ejecución misma, o sea, de los datos reales (la destrucción de la casa; el retiro de los obstáculos que cerraban la calle, etc.) no estamos ante un acto sino ante un hecho administrativo. La ejecución material, en todos los casos, es un hecho: tanto cuando ejecuta un acto, como cuando en ausencia de acto transmite directamente en la actuación material la voluntad a que responde. El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declaración de voluntad: pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución conceptualmente posible de dicho acto). Decidir la destrucción o construcción de una cosa, es un proceso intelectual; dar a conocer la decisión de destruir o construir esa cosa, pero sin destruirla o construirla aun, es un acto; construir o destruir la cosa, en ejecución de la decisión dada a conocer previa, independiente y simbólicamente es un hecho; pero también es un hecho destruir o construir la cosa directamente, sin haber dado a conocer en forma separada y previa la decisión de hacerlo: en este último caso faltará el acto administrativo.

Ordenar la detención de una persona, es un acto; aprobar la detención de una persona, hecha por un agente inferior, es un acto; decidir por sí mismo y comunicar al interesado que se lo va a detener, es un acto; pero la detención en sí misma es siempre un hecho: y cuando se efectúa la detención sin haber previamente dado a conocer al interesado por un proceso intelectual (no-real: orden verbal, nota, etc.) la voluntad de realizarla, es un hecho realizado sin la existencia de un acto administrativo.

Otros ejemplos: si un agente de policía me dice: “Queda usted detenido,” eso es un acto; si luego me toma del brazo y me lleva a la comisaría este es el hecho que ejecuta el acto anterior; si directamente me toma del brazo y me lleva a la comisaría, sin antes haberme transmitido aquella decisión de detención, entonces se tratará de un hecho administrativo. En este último caso, al hecho administrativo puede también seguir un acto con posterioridad: al llegar a la comisaría, el comisario decide constituirme detenido y así lo certifica por escrito: esto es ahora un acto; cuando me llevan al calabozo, esto será otra vez un hecho administrativo. Si más tarde advierten que se trata de un error en la persona y que debieran detener a otra persona de nombre parecido, podrán abrir la puerta del calabozo y esto será un hecho; decirme: “Salga, está en libertad” y ello será un acto: devolverme mis objetos personales y ello será un hecho. Finalmente, cuando ante mi requerimiento se aplique una sanción administrativa a los agentes policiales que me detuvieron irregularmente, ello será un acto; el cumplimiento de la sanción un hecho.

Con ello aparecen ya cuatro divisiones en la actividad administrativa: los actos jurídicos realizados en ejercicio de la misma, los actos no jurídicos, los hechos jurídicos y los hechos no jurídicos.

#### 4.2. *Actos no jurídicos*

También son llamados *actos de la administración*. Se trata de decisiones, declaraciones o manifestaciones realizadas en ejercicio de la función administrativa, que no producen efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho. Se diferencian de los hechos administrativos (tanto jurídicos como no jurídicos), en que en lugar de actividades materiales consisten en manifestaciones o declaraciones, expresiones intelectivas de voluntad, conocimiento, opinión, recomendación, juicio, deseo, etc. Encontramos en esta clasificación gran parte de las piezas procesales de todo expediente administrativo: los *informes* producidos por oficinas técnicas o no técnicas, en que se relatan hechos ocurridos y de conocimiento de la oficina, o se verifican hechos expresándose los resultados, o se realizan averiguaciones, informándose de ellas, etc.; los *dictámenes*, en los cuales el funcionario pertinente emite una opinión, juicio, consulta, etc., destinada a orientar el criterio de la autoridad que debe decidir.

Los dictámenes forman parte de la actividad llamada “consultiva” de la administración y se clasifican en dictámenes “facultativos” (que pueden o no solicitarse al órgano consultivo) y “obligatorios” (que es debido requerirlos, como condición de validez del acto). A su vez, los dictámenes obligatorios se subdividen en *vinculantes* (cuando es también necesario proceder según lo aconsejado por el órgano consultivo), *semivinculantes* (cuando puede no adoptarse la decisión recomendada, pero no puede adoptarse la solución contraria a la recomendada, o no puede adoptarse la solución observada por el órgano consultivo) y *no vin-*

*culantes* (cuando puede adoptarse libremente cualquier decisión, coincida o no con la opinión del órgano consultivo). Dentro de los dictámenes ocupan un lugar fundamental los *dictámenes jurídicos*, los cuales son obligatorios, de acuerdo con el art. 7º, inc. *d*) *in fine* del decreto-ley 19.549/72,<sup>1</sup> pero no vinculantes.<sup>2</sup>

También cabe considerar dentro de los actos no productores de efectos jurídicos directos, todas las medidas de prueba que la administración produzca durante el procedimiento: pericias,<sup>3</sup> declaraciones testimoniales,<sup>4</sup> producción de pruebas documentales o instrumentales,<sup>5</sup> tales como copias simples o certificadas, etc.

Todos estos actos, llamados *lato sensu* actos de la administración, caben dentro del concepto de las llamadas “medidas preparatorias,” de las que el art. 80 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72 dice que no son recurribles directamente,<sup>6</sup> sin perjuicio del derecho de alegar en contra de ellas; la razón de ser de que no sean recurribles o impugnables es precisamente que no producen un efecto jurídico directo respecto del particular y por lo tanto no son susceptibles de causar agravio o gravamen directo. Su cuestionamiento por vía de un recurso administrativo, requerirá la previa emisión del acto administrativo a cuya formación tales medidas estaban destinadas a contribuir.

Con todo, deben distinguirse los actos preparatorios, tales como informes, dictámenes, pruebas, etc., de los llamados actos “interlocutorios” o “de mero trámite” (art. 84 de la reglamentación citada), que junto con los actos “definitivos” o “que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado” (arts. 84 y 89) constituyen el total de los actos productores de efectos jurídicos directos,<sup>7</sup> a los cuales nos referimos a continuación.

### 4.3. Actos jurídicos

Son las decisiones, o declaraciones de voluntad, conocimiento o juicio, productoras de un efecto jurídico directo, esto es, del nacimiento, modificación o extinción

<sup>1</sup>“Considerárase [...] esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.” Otros aspectos pueden verse en WEBER, YVES, *L'administration consultative*, París, 1968.

<sup>2</sup>Son vinculantes para los servicios jurídicos que integran el Cuerpo de Abogados del Estado, las opiniones jurídicas de la Procuración del Tesoro de la Nación (art. 6º, ley n° 12.954 y 3º, 4º, y 8º, inciso *a*), decr. 34.952/47). Ello no implica que sean vinculantes para los órganos que deben emitir el acto, quienes pueden apartarse de los criterios manifestados por el referido organismo. Raramente asumen ese riesgo.

<sup>3</sup>Las pruebas periciales se rigen por los arts. 54 a 57 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72. Aclaremos que es la *pericia*, *documento*, etc., lo que constituye acto no jurídico, pues el acto que *ordena* la pericia, etc., es ya un acto interlocutorio (*infra*, § 4.2).

<sup>4</sup>Lo atinente a la prueba testimonial es tratado en los arts. 49 a 53 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72; lo atinente a la prueba de confesión, en el art. 59.

<sup>5</sup>Arts. 27 a 30 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72.

<sup>6</sup>“Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante para la Administración, no son recurribles.”

<sup>7</sup>Conf. Bolivia, arts. 27 y 57; Perú, 1.1 y 159.1.

de un derecho o deber jurídico de un sujeto de derecho. Veremos más adelante que pueden distinguirse según sean unilaterales o bilaterales y a su vez, según sean individuales o generales, en el caso de los actos unilaterales.

Podemos también adelantar ahora que igualmente pueden distinguirse en el caso de los actos unilaterales individuales, en actos “definitivos” o equiparables a ellos (“los que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado,” *v. gr.*, una orden de archivo de las actuaciones, o una decisión que niega al particular el derecho de defenderse, o el acceso a las actuaciones, o la defensa letrada, etc.) y en actos “interlocutorios” o “de mero trámite.” Estos últimos son actos que producen un efecto jurídico directo, pero sin decidir el fondo de la cuestión central planteada: un pase, un traslado, una vista concedida parcialmente, una medida ordenando o denegando la producción de una prueba, un acto relativo a la forma de producción de determinada prueba, el pedido de un dictamen o informe, etc.

La diferencia entre unos y otros reside en que los recursos administrativos utilizables contra ellos de acuerdo con el decreto 1.759/72, son distintos en el caso del acto administrativo que decide el fondo de la cuestión o paraliza el procedimiento y en el caso del acto que decide una cuestión de trámite;<sup>8</sup> a su vez, ambos se distinguen de los actos o medidas preparatorias en que estas últimas no son recurribles, mientras que los primeros sí lo son, sin perjuicio de la diversidad de recursos aplicables.

#### 4.4. *Hechos no jurídicos*

Son todas las actuaciones materiales de la administración que no producen un efecto jurídico directo, ni constituyen declaraciones o manifestaciones intelectivas. Así, el profesor da su clase de pie o sentado, o camina durante la misma, hace gráficos en el pizarrón o pasa diapositivas; el agente de policía lleva un expediente de la comisaría al juzgado; el ordenanza barre el aula, trae agua o café; el profesor trae expedientes administrativos a clase para que los vean los alumnos, etc.

#### 4.5. *Hechos jurídicos*

Son las conductas administrativas que producen un efecto jurídico determinado, sea él la creación de un derecho o un deber, o incluso la producción de responsabilidad respecto del agente que lo cometió o de la administración: el agente de policía que me detiene sin orden de autoridad competente, comete un hecho antijurídico que lo hace responsable a él y a la administración; el funcionario

<sup>8</sup> Corresponden a los primeros aquellos recursos que someten la resolución de la cuestión a consideración del órgano superior (recurso jerárquico y recurso de alzada) mientras que en el segundo caso, sólo puede requerirse un nuevo examen por el mismo órgano autor del acto a través del recurso de reconsideración. Esta posibilidad se halla también presente en el primer caso.

que no obedece una orden judicial de pronto despacho ante un amparo por mora, incurre en responsabilidad (decreto-ley 19.549/72, arts. 28 y 29); la posesión pacífica de una cosa, durante un determinado tiempo, hace nacer un derecho sobre ella; el agente que se lleva un coche mal estacionado, pero lo hace con negligencia tal que le produce un daño, comete un hecho que produce también el efecto jurídico de hacer nacer un derecho a indemnización del propietario del vehículo; el conductor de un vehículo oficial que con culpa o negligencia choca contra el vehículo de un tercero, incurre en igual responsabilidad patrimonial para sí y para el Estado, etc.

### 5. *Primera definición*

Con estos elementos podemos, si lo deseamos, dar una definición elemental de acto administrativo, diciendo que es una declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos directos.

Sin embargo, esta definición —aunque dogmáticamente correcta— peca de una deficiencia metodológica y práctica, cual es la de ser excesivamente amplia y vaga como para permitir una adecuada y precisa utilización técnica; parecería así necesario continuar todavía con la investigación.

### 6. *Actos y contratos administrativos*

Dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos existe una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo entre la administración y otro sujeto de derecho, para reglar derechos y deberes comunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la administración que realiza ella por su cuenta y por su sola voluntad. Los primeros reciben generalmente la denominación de “contratos administrativos”<sup>9</sup> y tienen un régimen propio diferenciado y bastante autónomo: ante tal circunstancia cabe preguntarse si no es más conveniente evitar la duplicación de los términos “acto administrativo” y “contrato administrativo.”

<sup>9</sup> La denominación de *contratos administrativos* incluida en el texto, comprende a la totalidad de los contratos celebrados por la administración. Cabe destacar que tradicionalmente se han distinguido dos grandes categorías: aquellos contratos regidos en forma predominante por el derecho privado, denominados frecuentemente contratos *privados* de la Administración, y aquellos a los cuales la ley —o la voluntad de las partes, o el interés público de los usuarios afectados— asignaba un contenido predominante de derecho público, denominados *contratos administrativos*. Hoy, en el derecho argentino actual, pensamos que puede resultar útil agrupar tres tipos principales de regímenes jurídicos de contratos celebrados por la administración: 1°) algunos más próximos a la esfera del derecho privado, con un virtual pie de igualdad entre las partes, sin ser con ello totalmente contratos privados; son los que han existido siempre; 2°) otros, con regímenes intermedios que tomaron forma y crecieron al amparo del extendido sector público de la economía que existió hasta fines de la década del 80 del siglo XX., 3°) y los contratos que tienen un régimen más severo para el contratista en función de la necesidad de tutelar el interés de los usuarios del servicio que aquél presta en condiciones monopólicas o de exclusividad. Ampliaremos este análisis en el cap. XI, *Clasificación de los contratos administrativos*.

Puesto que estos últimos tienen ya una caracterización propia y específica y una denominación corriente y también específica, cabe conceptuarlos y caracterizarlos independientemente de los actos unilaterales y reservar el concepto de “acto administrativo” exclusivamente para los primeros, atento que los segundos tienen ya su denominación propia.

### 7. *Segunda definición*

Si nos damos por satisfechos con este estado de la investigación podemos entonces decir que acto administrativo es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos en forma directa. Sin embargo, ello es todavía prematuro.

### 8. *Actos unilaterales generales e individuales*

En efecto, incluso dentro de los actos unilaterales de la administración es dable encontrar una sensible diferencia entre aquellos que producen actos jurídicos generales (o sea, para una serie indeterminada de casos) o individuales (esto es, particulares, concretos: para un solo caso determinado, o para distintos casos individualmente especificados y determinados.)

Entre los actos administrativos de carácter general, encontramos aquellos que forman parte permanente (hasta su derogación o sustitución) del ordenamiento jurídico, que innovan el ordenamiento jurídico<sup>10</sup> que no son otros que los reglamentos administrativos (o sea, las normas generales dictadas por la administración) y que, al igual que los contratos administrativos, tienen su propia denominación específica y su propio régimen especial, que los diferencia de los actos administrativos de alcance particular. Cabe distinguir a los reglamentos, de los actos administrativos de alcance general que no se integran en el ordenamiento jurídico, que aunque tengan como destinataria a una pluralidad indeterminada de sujetos, no cambian el ordenamiento jurídico, se limitan a aplicarlo, tal como sucedería con una convocatoria general a inscripción para exámenes emitida por la Facultad de Derecho a los alumnos de determinado año o ciclo. Cabe destacar, no obstante, que el decreto-ley 19.549/72 de procedimientos administrativos no efectúa esta distinción, limitándose a distinguir entre actos administrativos de alcance particular y de alcance general (arts. 11, 23, 24 y 25.)

Dada la ya advertida diversidad existente entre el acto administrativo y el reglamento, cabe añadir en lo que hace al régimen legal en particular, o entre los actos administrativos de alcance general y los actos administrativos de alcance particular, empleando la terminología del decreto-ley, parece adecuado reservar la denominación de acto administrativo a aquellos actos administrativos produc-

<sup>10</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Primera edición argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson-Civitas-La Ley, 2006, Tomo I, p. 187.

tores de efectos jurídicos individuales, denominando actos administrativos de alcance general a aquellos que, sin modificar el ordenamiento jurídico, poseen efectos jurídicos generales, y reglamentos, a aquellos actos unilaterales productores de efectos jurídicos generales, que cambian el ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto, resulta evidente que la metodología adecuada no puede ser en modo alguno la de superponer los conceptos de “acto administrativo” y “reglamento administrativo” haciéndole perder precisión al primero, además de infligirle un daño innecesario al segundo, suficientemente claro de por sí.

### 9. Tercera definición

Podemos entonces definir el acto administrativo, como la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.

Dar esta definición restringida, se reitera, sirve sólo a una finalidad metodológica y no pretende ni puede pretender negarle el carácter de “actos” a los contratos y reglamentos, ni tampoco el que los mismos sean de índole “administrativa.”<sup>11</sup> Tal vez podría decirse que el término “acto administrativo” admite un doble uso: amplio y restringido. En sentido amplio, sería acto administrativo toda declaración administrativa productora de efectos jurídicos y en sentido restringido sería sólo la declaración unilateral e individual que produzca tales efectos jurídicos.

No puede por lo tanto considerarse objeción válida a esta definición aquella que afirma que los reglamentos no tienen carácter legislativo sino administrativo, para de allí querer sacar la conclusión de que deben integrarse en la noción de acto administrativo.

Si bien la primera parte de esta afirmación es correcta, en cuanto los reglamentos no tienen carácter legislativo sino administrativo, ello no funda la siguiente conclusión, pues el no llamarlos “actos administrativos” en modo alguno se basa en quitarles el carácter de “administrativos,” según ya se dijo, sino simplemente en usar el término “acto administrativo” en un sentido más restringido, por razones didácticas y metodológicas. Podrá preferirse una u otra definición por estimársela más práctica y útil, pero no porque alguna de ellas deba ser necesariamente la única definición válida.

## II. Facultades regladas y discrecionales de la administración

### 10. Introducción

El concepto y distinción de las facultades regladas y discrecionales y de los derechos subjetivos y derechos reflejos (o “intereses legítimos”), e incluso derechos

<sup>11</sup> Esas son las concepciones esencialistas que criticamos en el cap. I.

de incidencia colectiva, es comúnmente explicado por los autores de derecho administrativo en ocasión de tratar de algún punto determinado de la materia (especialmente, el antiguamente llamado “contencioso-administrativo”). Estos temas, sin embargo, se presentan en mayor o menor grado en toda la disciplina; por ello se hace indispensable su estudio e investigación en forma autónoma. Estas nociones, además, tienen una finalidad ordenadora y metodizadora, al igual que la noción de acto administrativo. En efecto, la actividad administrativa puede ser clasificada de muy diversos modos, de acuerdo con las distintas formas jurídicas que pueda asumir. Tales clasificaciones responden a diferentes finalidades, explicando una u otra de las particularidades del ejercicio de la función administrativa; por ello no resultan necesariamente excluyentes las unas de las otras, sino que se superponen en gran medida. Podríamos decir que según sea el distinto ángulo con que se enfoque la actividad administrativa, así serán las formas jurídicas encontradas y por lo tanto las clasificaciones a que éstas darán lugar.

Las clasificaciones precedentes son fundamentales en el derecho administrativo, pues constituyen la parte casi más importante de su teoría general. Son una suerte de columna vertebral, un nexo técnico entre las demás cuestiones e instituciones de la materia. Todos los demás temas del derecho administrativo giran necesariamente alrededor de estas clasificaciones y deben recurrir a ellas para solucionar más de una cuestión decisiva.

En resumen, estas dos clasificaciones consideran un distinto aspecto o momento de la actividad administrativa y por ello será perfectamente posible expresar que en un caso la administración ha ejercido una atribución reglada o discrecional, que al ejercerla ha afectado un derecho subjetivo, un derecho de incidencia colectiva o un interés difuso, un interés legítimo, o un interés simple; que a tal efecto ha dictado un acto, o un contrato, o un reglamento administrativo, o que ha realizado un simple comportamiento activo o una omisión, o contestado con el silencio administrativo, etc.

Ninguna de estas nociones es determinante de que concretamente se dicte o realice uno u otro tipo de acto o hecho (acto administrativo, reglamento, contrato; hecho administrativo, silencio, omisión.) La primera distinción entre facultad reglada o discrecional tiene íntima relación con que se haya lesionado un derecho subjetivo o un interés legítimo, según veremos en las páginas siguientes. Es posible y deseable que con el correr del tiempo la distinción pierda importancia, en la medida que la asuman en mayor medida principios tales como el de la razonabilidad explicado en el § 8 del cap. VI. Creemos que el principio de la razonabilidad puede también ser aplicado, con éxito, a temas tales como la racionalidad económica de una medida administrativa o legislativa determinada, aunque cabe convenir que existen demasiados ángulos de discusión como para tener optimismo en el corto plazo al respecto. Una muestra de ello lo proporcio-

nan las cuestiones relativas a cómo manejar la política económica en tiempos normales y en tiempos de crisis, tema en el que es frecuente encontrar en nuestro país medidas o decisiones que en el resto del mundo, particularmente en el mundo desarrollado, no se consideran las más acertadas o incluso ni siquiera racionales.<sup>12</sup>

### 11. *Criterio de distinción*<sup>13</sup>

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto.<sup>14</sup> Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.<sup>15</sup>

Dicho de otro modo, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración. En un caso es la ley —en sentido lato: Constitución, tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, C.N.), tratados internacionales, ley, reglamento— y en otro es el órgano actuante, el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse.<sup>16</sup>

En el primer caso, la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público; en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más

<sup>12</sup> Ver nuestros trabajos "Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina," en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009; "La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional," UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Rap, 2009; "Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality," en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>13</sup> Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo," *Revista de Administración Pública*, 38: 159 (Madrid, 1962); RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, p. 78 y ss.

<sup>14</sup> Ver y comparar VENEZIA, JEAN-CLAUDE, *Le pouvoir discrétionnaire*, París, 1959; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1963, p. 213 y ss. y ediciones posteriores; HAMSON, C. F., *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, París, 1958; EHMKE, HORST, "Ermessen" und "Unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960; SESÍN, DOMINGO J., *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

<sup>15</sup> Ver y comparar: LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958; FIORINI, BARTOLOMÉ, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1948.

<sup>16</sup> DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 213.

de una decisión: su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente. En este caso la actividad administrativa está reglada: el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.<sup>17</sup>

En el segundo caso, la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia.

Se trata principalmente de la correspondencia entre el objeto del acto<sup>18</sup> y las circunstancias de hecho exteriores a él; en un caso se precisan —facultades regladas— cuáles son las circunstancias de hecho que deben dar lugar al acto, mientras que en el otro —facultades discrecionales— no: el acto puede darse libremente ante diversas situaciones de hecho, dentro, claro está, de los límites establecidos por el orden jurídico, a los cuales habremos de referirnos en el curso de este análisis;<sup>19</sup> o bien, frente a determinada situación de hecho, puede dictarse más de un acto con objeto diverso; expresado de otra forma, en un caso se determina un solo objeto del acto como posible para una determinada situación de hecho y en el otro puede con cierta amplitud elegirse la situación de hecho ante la que se adoptará esa decisión, o la decisión que se adoptará ante una situación de hecho.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 213.

<sup>18</sup> Aquello que el acto decide, certifica u opina con efectos jurídicos directos e inmediatos.

<sup>19</sup> Siempre, claro está que tenga verdaderamente una situación de hecho que lo justifique y la apreciación sea razonable, proporcionada, etc. Un problema más complejo es cuando la facultad reglada proviene en verdad de una norma de carácter legislativo, caso en el cual la administración no tiene la facultad de apartarse de ella sino que debe a lo sumo plantear su inconstitucionalidad en sede judicial. Lamentablemente, los tiempos por los que atravesamos muestran muchas medidas irracionales dictadas por el poder legislativo a iniciativas de la propia administración (pesificación asimétrica, confiscación de depósitos bancarios, default, confiscación de fondos de jubilaciones y pensiones, etc.), con lo cual la posibilidad de su control judicial queda necesariamente postergada en el tiempo y pasan a ser cuestiones de responsabilidad del Estado, con sus conocidos problemas prácticos. Ver nuestros trabajos “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires DRA. MARÍA GRACIELA REIRIZ*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

<sup>20</sup> DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 214. Señala BALBÍN en tal sentido que cuando el ordenamiento jurídico, por aplicación de las diversas reglas y con intervención de los poderes estatales, sólo acepta una solución, entonces es reglado. Por el contrario, cuando el sistema permite más de una solución, entonces es discrecional. BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1º ed., La Ley, 2007, p. 488. Cabría precisar una sólo solución “razonable” por lo antes expuesto.

## 12. Aspectos que comprende la regulación

Esa predeterminación de la conducta administrativa a través de normas jurídicas puede realizarse de distintas maneras:

### 12.1. Regulación directa

Se trata de las normas jurídicas que se refieren específicamente a la actividad administrativa: leyes de procedimiento, de contabilidad, de presupuesto, etc.

*Competencia.* La ley siempre prevé en forma expresa o razonablemente implícita, la *competencia*<sup>21</sup> que tienen los órganos administrativos para actuar; generalmente también la forma y el procedimiento en que deben exteriorizar sus declaraciones o manifestaciones de voluntad; ese es un primer e importante grupo de casos de *regulación* de la actividad administrativa.

Un ejemplo de regulación directa de la competencia lo encontramos en el art. 7º, inc. a), del decreto-ley 19.549/72, de acuerdo con el cual el acto debe “ser dictado por autoridad competente,” el cual se complementa con el art. 3º del mismo texto, que establece que la competencia será la que resulta según los casos, de la Constitución, de las leyes y de los reglamentos que se dicten, pudiendo también surgir de delegación o sustitución expresamente autorizada por una norma concreta.

*Forma.* El mismo decreto-ley regula la *forma* del acto, cuando dice en su art. 8º que “El acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito [...] sólo por excepción [...] podrá utilizarse una forma distinta” y en su art. 7º, inc. e), que el acto “deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto,” en particular “los hechos y antecedentes que le sirven de causa” (inc. b) y “el derecho aplicable.”

*Procedimiento.* También el *procedimiento* previo a la emanación del acto se halla reglado en diversos aspectos, exigiéndose el dictamen jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos (art. 7º, inc. d) y el cumplimiento de los procedimientos y trámites esenciales previstos expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico. Entre los procedimientos esenciales previstos expresamente y que el administrador está por lo tanto obligado a cumplir, en virtud de una facultad reglada, está el permitir y facilitar a los interesados que ejerzan el “derecho a ser oído,” “derecho a ofrecer y producir pruebas”<sup>22</sup> y “derecho a una decisión fundada,” o sea, “que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas.” (Art. 1º, inc. f), apartados 1º, 2º y 3º.)

<sup>21</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 6, “La competencia,” § 7, “Distinción entre competencia y ejercicio de la función,” § 8, “Clasificación de la competencia;” nuestro Proyecto de 1964, arts. 3º y ss., 124 y ss.; Bolivia, art. 5º y ss.; Brasil, art. 11 y ss.; Perú, art. 61 y ss.

<sup>22</sup> Ampliar *infra*, t. 2.

*Objeto.* Una cuarta regulación directa de la actividad administrativa se encuentra en relación al *objeto* del acto; p. ej. en la prohibición del objeto del acto (la así llamada “violación de la ley”); ello consiste en que el órgano no podía dictar el acto de que se trate, sea porque la ley (en sentido lato) lo prohibía de manera general, sea porque la ley sólo lo autorizaba para ciertas circunstancias de hecho que en el caso no se dieron.<sup>23</sup>

En este sentido dice el decreto-ley 19.549/72, art. 7º, inc. c), que “el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible; debe decidir todas las peticiones formuladas.”<sup>24</sup> Acá se observa que existe regulación en la medida en que habiendo “cuestiones propuestas” o cuestiones que deben ser decididas o están planteadas en el expediente, tenemos las *circunstancias de hecho* a las cuales debe corresponder el *objeto* del acto. La correspondencia exigida por la norma en este caso es que esas cuestiones planteadas sean resueltas por el objeto del acto: si la decisión no resuelve entonces las cuestiones propuestas, el acto transgrede la regulación normativa existente.

También con referencia al *objeto*, puede ocurrir que la ley sólo autorice el objeto para ciertas *circunstancias de hecho*; allí se trata de un caso de actividad *reglada* en relación al objeto que no debe ser confundido con aquél en que el administrador invoca para su decisión hechos *que no son ciertos*, pero que no fueron establecidos por la ley como condición de legitimidad del acto.<sup>25</sup> Sólo cuando la ley predetermina que para tales y cuales hechos corresponde tal o cual acto, existe regulación del objeto; cuando la ley en cambio se limita a exigir que las decisiones tomadas en el ejercicio de facultades discrecionales sean *motivadas*<sup>26</sup> y establece recursos para el caso de una motivación fundada en hechos erróneos, nos encontramos ante una restricción al ejercicio de la actividad discrecional, pero no por ello ante una actividad reglada en cuanto al objeto. Está sí, reglada en cuanto a la forma.<sup>27</sup>

En todos estos casos (competencia, forma, procedimiento, objeto prohibido por la ley, objeto autorizado sólo para ciertas circunstancias de hecho) se trata de una regulación impuesta *directamente* a la actividad administrativa.

<sup>23</sup> P. ej., el decreto-ley 19.549/72 autoriza en su art. 17, primera parte, que la administración revoque el acto irregular, o sea viciado de nulidad; pero en la segunda parte limita esta facultad y prohíbe la revocación “si el acto hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento,” incluso aunque el acto fuere irregular.

<sup>24</sup> En esa orientación, nuestro Proyecto de 1964, arts. 85 y ss., 119 y ss.; Bolivia, art. 28; Perú, art. 3º, inc. 2º).

<sup>25</sup> En este segundo caso el acto es también inválido, pero por violar una limitación a la discrecionalidad. La invocación de “hechos o antecedentes inexistentes o falsos,” es prevista como causal de nulidad por el art. 14, inc. a) del decreto-ley 19.549/72. Si, en cambio, se invocan hechos ciertos, no se transgrede este aspecto de la limitación.

<sup>26</sup> Así lo exige el art. 7º, inc. e) del decreto-ley 19.549/72, que acertadamente establece esta obligación tanto para los actos reglados como discrecionales. Ampliar *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. X, “Formalidades,” § 6, “La fundamentación o motivación.”

<sup>27</sup> Y en tal caso la omisión o defectuoso cumplimiento determina la nulidad del acto.

La verificación de la exactitud de los hechos invocados por el administrador como origen o “causa” de su acto constituye un capítulo esencial del control judicial de la Administración, tanto del ejercicio de facultades regladas —para establecer si efectivamente se ha configurado el presupuesto de hecho que conforme a la norma aplicable, debía dar lugar a la emisión del acto con objeto predeterminado por parte de ésta— como, especialmente, de facultades discrecionales, como un aspecto fundamental del control de razonabilidad y del cumplimiento de la finalidad del acto administrativo.

Se trata de lo que ha dado en llamarse, particularmente por la doctrina española, “el control de los hechos determinantes.”<sup>28</sup>

El control relativo a la realidad de los hechos invocados por el administrador constituye un aspecto fundamental del control judicial de la discrecionalidad, dado que siendo la realidad sólo una, pudiendo los hechos invocados haber acaecido o no, su eventual falsedad o inexistencia vicia de nulidad el acto, no guardando este aspecto relación alguna con cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia.

Cabe señalar que también existe cierto grado de regulación del fin del acto administrativo y la actividad administrativa, porque como ha sido señalado<sup>29</sup> “todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica.” Tal es lo que establece el art. 7º, apartado f) del decreto-ley 19.549/72, cuando establece que “habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto.” No obstante, tratándose de una regulación limitada —pudiendo en muchos casos existir más de una posibilidad de cumplimiento de la finalidad establecida por la norma— el fin opera más bien como uno de los límites elásticos de la discrecionalidad administrativa, a los que habremos de referirnos posteriormente.

También pueden concurrir otros aspectos regulados directamente, como el tiempo u ocasión establecido por la norma para el ejercicio de la facultad de que se trate, o las modalidades que se establezcan para su ejercicio.

Otros ejemplos de regulación directa de la actividad administrativa encontramos en las leyes de ministerios, de administración financiera del Estado, de

<sup>28</sup> Cabe recordar nuevamente a GARCÍA DE ENTERRÍA, ya citado en el cap. I, en el sentido que la realidad, como tal, si se ha producido o no el hecho y cómo se ha producido, no puede una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la administración discernir si un hecho se ha cumplido o no, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. Enunciación aparentemente indiscutible, que no ha impedido la reticencia de los tribunales en examinar la realidad de los hechos aducidos por la administración o en su caso el legislador. El problema es en cierto modo parecido al control de la racionalidad administrativa y legislativa en materia económica, pero son innúmeros los ejemplos en que el tribunal, simplemente, no ve los hechos. Un caso paradigmático es *Cine Callao*, que analizamos en *Derechos Humanos*, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007. Ver también *supra*, cap. I, e *infra*, t. 2, cap. I.

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 462.

obras públicas, de expropiaciones, estatutos del personal civil de la administración pública, normas sobre contratos de suministros, etc.<sup>30</sup>

## 12.2. Regulación indirecta o inversa

En muchas situaciones la ley no reglamenta la forma en que *la administración puede actuar* frente a los particulares, sino las condiciones bajo las cuales los particulares no pueden ser molestados por la administración. Llamar a esto “límite de las facultades discrecionales” no es adecuado ya que la administración se ve constreñida a respetar esas *reglas* establecidas: su situación no es libre; su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.

Nosotros lo designamos como *regulación indirecta o inversa*, o sea, como actividad administrativa reglada en forma inversa. Se comprenden aquí todos los casos en que la ley *reglamenta* no ya el derecho subjetivo de la administración a actuar sobre los particulares, sino el derecho subjetivo *de los particulares* a que nadie interfiera con sus actividades.

P. ej., si la ley autoriza a la administración a realizar una obra pública y no establece la forma concreta en que debe llevarla a cabo, no por ello tiene la administración discrecionalidad total: puesto que el derecho individual de propiedad sí está reglado (en el Código Civil), cuando la administración en su actividad daña a un inmueble de un particular (grietas, filtraciones, etc.), comete un hecho antijurídico y el particular tiene el derecho subjetivo a invocar las consecuencias jurídicas pertinentes.

La regulación *indirecta* es pues en general la que se estudia en el derecho civil, laboral, etc.; la administración se encuentra ligada por ella aunque ninguna norma se la haya hecho expresamente aplicable.

Con todo, cabe señalar también que a veces la ley civil,<sup>31</sup> comercial, etc., contiene previsiones de derecho administrativo que regulan directa y no indirectamente la actividad administrativa. Así, p. ej., el decreto-ley 19.550/72 de sociedades comerciales establece en su art. 302 ciertas atribuciones que la autoridad administrativa de controlar de las sociedades puede ejercer y regula las sanciones que puede aplicar (apercibimiento, con publicación, multas a la sociedad, sus directores y síndicos); también el art. 299, al determinar los casos en que es de aplicación la “fiscalización estatal permanente,” regula en forma directa la actividad administrativa ya que tal fiscalización no podrá extenderse a otras entidades no comprendidas en la enumeración; el art. 301 del mismo decreto-ley 19.550/72 prevé una facultad discrecional de la administración, al autorizar funciones de vigilancia sobre sociedades no comprendidas en el art. 299, “cuando lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público.” Disposiciones similares pueden encontrarse en los decretos-leyes

<sup>30</sup> Ver también *supra*, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo.”

<sup>31</sup> Otros ej. *supra*, cap. VIII, § 2, “Relaciones con el derecho privado.”

de bancos (18.061/69, derogado por el decreto-ley 21.526/77, modificado por ley 25.562), bolsas y mercado de valores (17.811/68), seguros (17.418/67), metrología (19.511/72), concursos y quiebras (leyes 24.522, 25.563 y 25.589). Se trata de disposiciones aisladas que contemplan en forma *directa* conductas regladas o discrecionales de la administración: al margen de esas normas de regulación directa, pues, el todo de la legislación opera como una regulación indirecta en cuanto fija derechos de los particulares, que éstos tienen también frente a la administración en los casos ocurrentes.

### 12.3. Regulación residual

Cuando falta la regulación directa y también la inversa, no entramos en la discrecionalidad administrativa, pues todavía el orden jurídico prevé la solución de un tercer caso de colisión de derechos<sup>32</sup> de la administración y los particulares.

La Constitución argentina y en forma similar otras constituciones americanas, dispone en su art. 28 que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio;” ello significa que ni las leyes ni por lo tanto los actos de la administración pueden destruir la *esencia*<sup>33</sup> de los derechos subjetivos que ella reconoce y garantiza, al igual que el derecho internacional de los derechos humanos. Así, aunque la actividad administrativa no se halle reglada ni en forma *directa* ni en forma *inversa*, le resta esta regulación *residual* que ofrece la Constitución cuando la actividad afecta la esencia del derecho.

Claro está, si los tribunales son remisos en considerar que se ha alterado el derecho subjetivo, la discrecionalidad se extiende: pero eso no es propio de la discrecionalidad sino de ciertas actitudes judiciales.

### 12.4. Regulación técnica (antes llamada “discrecionalidad técnica”)

Por fin, la discrecionalidad que las normas jurídicas otorguen al administrador no significa que éste pueda actuar en contra de las reglas de la técnica, cuando éstas sean claras y uniformes.

En este aspecto es preciso distinguir entre reglas estrictamente técnicas —indiscutibles e indiscutidas, por lo general— y aspectos técnicos susceptibles de controversia. En el primer caso, si desde el punto de vista de la técnica lo que la administración ha hecho o pretende hacer es indubitadamente erróneo, la actividad administrativa será ilegítima;<sup>34</sup> en cambio, si se trata de cuestiones técnicas en las que cabe admitir la duda y los mismos técnicos no están de acuerdo en cuál es el criterio correcto, entonces la libertad del administrador

<sup>32</sup> Ampliar *infra*, t. 2, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

<sup>33</sup> Así la formulación también seguida por el art. 53.2 de la Constitución española.

<sup>34</sup> Ya hemos mencionado los casos de errores de conducta económica, como prohibir las exportaciones para bajar los precios del mercado interno. Nos resta mucho camino por andar en la materia.

es más amplia y su conducta no será ilegítima por haber elegido una de las posibles vías técnicas.

Es interesante destacar que en este punto se ha operado una importante evolución en el presente siglo. Antiguamente se decía que la administración tenía una “discrecionalidad técnica,” esto es, una atribución discrecional en materia técnica que tornaba irrevisables los actos que dictara en ejercicio de esas atribuciones.

Pero en realidad, este antiguo concepto de discrecionalidad técnica dependía de un igualmente antiguo concepto de lo que constituye una técnica: si ésta es una mera cuestión opinable o discutible, un arte que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo al criterio subjetivo de quien en el caso lo desempeña, es lógico afirmar que esa actividad no puede en tal aspecto ser controlada. En cambio, si una técnica es científica y por lo tanto, por definición, *cierta*, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal de un sujeto individual, es obvio que no puede en este aspecto hablarse de completa “discrecionalidad” (no sumisión a normas) sino que corresponde por el contrario hablar de “regulación” (sujeción a normas, en el caso técnicas). En suma, la actividad técnicamente errada es sólo por ello antijurídica, aunque no hubiera normas legales o reglamentarias que regularan dicha actividad. Si bien podría afirmarse que no habiendo reglas normativas a que sujetarse, se trataría de una actividad “discrecional,” no empleamos ya esta terminología y consideramos que se trata de un caso de actividad reglada.<sup>35</sup>

De todos modos, no hay en absoluto una completa discrecionalidad en materia técnica; afirma ALESSI en este sentido que si la discrecionalidad “es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a los fines de valorar la oportunidad de la acción o del contenido a dar a la acción misma [...] es errado hablar de una discrecionalidad *meramente técnica* ya que los dos términos *discrecionalidad* y *técnica* son esencialmente inconciliables: [...] cuando se trata de una cuestión meramente técnica ella es resuelta exclusivamente en base a criterios técnicos y a reglas técnicas y la administración pública no tiene ninguna facultad de apartarse de tales reglas;”<sup>36</sup> en sentido similar señala DIEZ que “La discrecionalidad no existe en el aspecto técnico, que es preciso, sino en el administrativo ya que el agente tiene cierta libertad de apreciación. Como es natural, los vicios sobre la operación técnica influyen en la legitimidad del acto administrativo.”<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Es evidente que en rigor de verdad la regulación técnica, aunque no sea incluida como facultad reglada, no participa de todos modos de los caracteres de los demás límites a la discrecionalidad; se diferencia de estos en que ella también es un “límite concreto” y no un “límite elástico,” con su consecuencia de que también podrá dar origen a derechos subjetivos y de incidencia colectiva que permitan su necesario contralor judicial y den lugar a la reponsabilidad del Estado en caso de transgresión.

<sup>36</sup> ALESSI, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949, p. 145; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 430.

<sup>37</sup> DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, 1ª ed., pp. 113-4.

En cualquier caso, aparece otra novedad con la internacionalización del derecho y de la economía:<sup>38</sup> inevitablemente también se internacionaliza la técnica. Es así como algunas cuestiones técnicas quedan fuera de la apreciación tanto administrativa como jurisdiccional local, por ser no solamente de carácter supralegal sino también supranacional.<sup>39</sup>

### 12.5. *Discrecionalidad cero*

La doctrina y jurisprudencia españolas han acuñado el concepto de discrecionalidad cero,<sup>40</sup> emparentada con el concepto de los principios jurídicos indeterminados.<sup>41</sup>

Se trata de conceptos empleados en la norma que refieren un ámbito de la realidad que aunque en su enunciación no permiten una determinación exacta, sí pueden ser precisados en oportunidad de su aplicación, por aludir, en definitiva, a supuestos concretos, constituyendo fundamentalmente conceptos de experiencia

<sup>38</sup>Aunque el fenómeno dista de ser reciente, pocos argentinos creen que sea cierto. Un presidente argentino, de viaje por el exterior en el tercer milenio, exclamó asombrado: “¡No sabía que el mundo estaba tan globalizado!” Sin embargo las advertencias son de larga data y de distinto origen. Además de las que mencionamos en los caps. II, IV y VI podemos recordar aquí a BIERSTEKER, THOMAS J., “Transnational Corporations and the Neutralisation of Legislation,” en GHAI, YASH; LUCKHAM, ROBIN y SNYDER, FRANCIS (ed.), *The Political Economy of Law. A Third World Reader*, Nueva Delhi, Oxford University Press, 1987, p. 465 y ss. En el mismo libro ver también MURRAY, ROBIN, “The Internationalisation of Capital and the Nation State,” p. 289 y ss.; CUTAJAR, M. ZAMMIT, “The International Monetary Fund,” p. 353 y ss.; SCHACHTER, OSCAR, “The Evolving International Law of Development,” p. 406 y ss.; GHAI, YASH, “Management Contracts,” p. 389 y ss.; NACIONES UNIDAS, “The International Patent System,” p. 302 y ss. Como se señala uniformemente desde antiguo y como dice VAYTSOS, CONSTANTINE, “Legal Issues in the Revision of the International Patent System,” *op. cit.*, p. 304 y ss., p. 315: “en el mercado mundial [...] operan (las) «reglas del juego.»” La razón de este no querer o no poder ver la realidad mundial ni siquiera en el tercer milenio hay que bucearla en nuestra historia: LANATA, JORGE, *Argentinos. Desde Pedro de Mendoza a la Argentina del Centenario*, Buenos Aires, Ediciones B Argentina S.A., 2002 y numerosas reediciones.

<sup>39</sup>PEDRIERI, ALBERTO, “Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità,” en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Módena, Mucchi, 1996, p. 1413 y ss.

<sup>40</sup>Ver t. 3, *op. cit.*, caps. IX, “Vicios de la voluntad,” p. 34 y notas 8.13 y 8.14; VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” p. 9, nota 4.28; X, “Formalidades,” p. 1, nota 1.6 y XII, “Modificación del acto administrativo,” pp. 21-2 y nota 12.5. Ver FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *La arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1998; *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998; GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 438; SAINZ MORENO, FERNANDO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, p. 234 y ss.; GRECCO, CARLOS MANUEL, “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa,” *LL*, 1980-D, 1036; BOTASSI, CARLOS A., “Control judicial de la actividad administrativa discrecional,” *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, 1998, 59: 33, 35; BARRA, RODOLFO CARLOS, *Contrato de Obra pública*, t. II, Buenos Aires, Ábaco, 1986, p. 2320 y ss.; BIANCHI, ALBERTO B., “El «writ of certiorari» en nuestra Corte Suprema (La «cuestión federal suficiente» como concepto jurídico indeterminado),” *ED*, 125: 857. La doctrina es uniforme.

<sup>41</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, *op. cit.*; SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos...*, *op. cit.* El principio se remonta al derecho alemán, p. ej. en FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 132.

—fuerza irresistible— o de valor —justo precio, estándares del buen padre de familia o del buen hombre de negocios.<sup>42</sup>

La aplicación de estos términos no se traduce en discrecionalidad administrativa, dado que, en definitiva, no admite mas que una solución justa; así, el precio es justo o no lo es; se ha actuado o no con la diligencia del buen padre de familia, etc. Tal determinación suele requerir del examen de los hechos. Se trata, en definitiva, de supuestos en los cuales podría entenderse existente una apariencia de discrecionalidad, pero en los cuales la solución, en definitiva, es reglada.

El principio ha sido acertadamente recogido y aplicado en nuestro país.<sup>43</sup> Se debe señalar, no obstante, que la expresión “discrecionalidad cero” está referida a la aplicación de normas que contengan conceptos jurídicos indeterminados; o bien, a supuestos en los cuales los hechos del caso y el procedimiento administrativo han dejado exclusivamente una alternativa válida, tal como sucedería en el supuesto de una licitación en la cual habiendo dos oferentes igualmente idóneos, la administración adjudicara sin razones valederas la contratación a la oferta más costosa, quedando, de anularse tal decisión, sólo la posibilidad válida de adjudicar a la restante. Esta expresión no es aplicable a todos los casos, dado que cuando la norma atribuye válidamente un ámbito de discrecionalidad a la Administración; ámbito limitado, por cierto, en la forma referida en este capítulo, tal discrecionalidad efectivamente existe.

Ello, por cuanto la función administrativa no puede reducirse a la aplicación de normas; su ejercicio habrá frecuentemente de requerir de la apreciación de la oportunidad o conveniencia por parte del administrador, dentro, claro está, de los límites que le fijan los elementos reglados del acto, la regulación indirecta, la regulación residual y la regulación técnica, y observando los límites a la discrecionalidad derivados de la razonabilidad, desviación de poder, buena fe, equidad, etc. Y, fundamentalmente, desterrando definitivamente la arbitrariedad del accionar administrativo.

## 12.6. Conclusiones

Podemos así hacer un quintuple planteo de las facultades regladas, diciendo que ellas se presentan y por lo tanto falta la discrecionalidad:

a) Respecto a la *competencia* y generalmente también respecto al *procedimiento, formas o formalidades*; igualmente respecto al *objeto*, en los casos en que la ley predetermina qué circunstancias de hecho dan lugar a un acto;

<sup>42</sup> La CSJN ha dicho que el abuso del derecho previsto en el artículo 1071 del Código Civil, p. ej., es un concepto jurídico indeterminado, *Arcángel Maggio, LL, 2007-C, 38*.

<sup>43</sup> CFed. Mar del Plata, *Cipriano*, año 1997, *LL, 1998-F, 356*, con nota “Control de razonabilidad,” *LL, 1998-F, 355*, reproducida con igual título en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 100, p. 202.

b) Respecto a los casos en que la ley regula y protege el derecho *del particular* a su propia actividad o conducta libre. (Regulación inversa de la actividad administrativa: libertad, propiedad, dignidad, honor y todos los derechos garantizados en la Constitución y pactos internacionales de derechos humanos.)

c) Respecto a los casos en que se llega a vulnerar la esencia del derecho subjetivo privado (regulación residual).

d) Cuando se violan las reglas de la técnica: nunca puede ser válido que contrarie lo que técnica o científicamente se ha determinado; con la doble aclaración de que algunas normas técnicas tienen carácter internacional y por ende supralegal,<sup>44</sup> y otras a su vez son meros reductos reglamentarios a los cuales recurre la administración para darse mayor latitud de acción.<sup>45</sup>

e) Cuando existe una única posible solución justa y razonable al caso.

Este planteo es, a nuestro juicio, el adecuado. Sin embargo, hemos visto que la actitud ocasionalmente adoptada por la doctrina es mencionar dentro de las “facultades regladas” únicamente a las normas del carácter citado *que se encuentran en una ley que contempla directamente la actividad administrativa*. En lugar, pues, de incluir todo posible tipo de *regulación concreta que predetermine cómo debía ser el acto dictado por el administrador*, dentro de las facultades regladas, se mencionan allí solamente a aquellos que surjan de una ley “administrativa,” esto es, de una ley destinada específicamente a la administración. Así se dice que cuando una ley no contempla directamente a la actividad administrativa pero establece alguna prohibición o alguna norma general de conducta que resulta aplicable a la administración, hay una “limitación a la actividad discrecional de la administración.” Pero a nuestro juicio ese tipo de terminología implica un falseamiento de la realidad, al resistirse a llamar “reglado” a lo que está predeterminado por el orden jurídico, sea de un modo o de otro. Es minimizar la importancia de la regla de conducta que abarca de uno u otro modo a la administración; es como decir que la administración requiere siempre reglas propias, lo cual por lo demás tampoco es exacto.

### 13. *La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y en el de las facultades discrecionales*

En el caso de las facultades discrecionales, el juez no puede anular el acto en lo que concierne al objeto,<sup>46</sup> pues la ley ha entendido dejar libertad al adminis-

<sup>44</sup> *Supra*, notas 12.13 y 12.14.

<sup>45</sup> *Supra*, caps. VI y VII.

<sup>46</sup> Salvo, como se ha explicado anteriormente, que haya violación a los límites de las facultades discrecionales: irrazonabilidad, falta de sustento fáctico suficiente, desproporcionalidad, desviación de poder, etc. Comp. REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 47.

trador para apreciar la oportunidad de la medida;<sup>47</sup> en el caso de la facultad reglada, el acto deberá ser anulado por el juez cuando su objeto no es el que la ley previó; cuando la ley ha precisado ante qué circunstancias de hecho el administrador debía obrar en tal o cual sentido, el *juez deberá analizar cuáles eran las circunstancias de hecho* para poder determinar si se dieron los requisitos previstos por la ley.

A primera vista parecería entonces que el juez controlara la oportunidad de la decisión, pero ello es sólo así indirectamente, pues precisamente *la ley hizo de la oportunidad del acto* —entendida según el criterio de la ley y no del agente estatal o del juez— *una condición de su legalidad*.<sup>48</sup>

#### 14. *Continuación. Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional*

Cuando el derecho administrativo estaba en sus orígenes, la falta de regulación normativa hacía que algunos actos de la administración fueran casi totalmente discrecionales; hoy en día todo acto es en su mayor parte reglado y sólo parcialmente discrecional. En realidad, no es el acto mismo lo que puede calificarse de discrecional o reglado, sino la atribución que al efecto se ha ejercido.<sup>49</sup>

Como expresa DE LAUBADÈRE,<sup>50</sup> “Se ha tornado banal repetir de acuerdo a HAURIUO que no existen actos discrecionales, sino solamente un *cierto poder discrecional* de las autoridades administrativas. Esta precisión es una alusión a una categoría de actos hoy desaparecidos cuya noción era en realidad muy diferente de aquélla de poder discrecional. Se llamaban *actos discrecionales (o de pura administración)* a ciertos actos respecto de los cuales ninguna crítica de legalidad parecía concebible y que escapaban así por su naturaleza a todo control.” En realidad, nunca las atribuciones de un órgano administrativo podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales; es imposible en la práctica —e inconveniente— prever hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer: siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante.

El problema contemporáneo, con todo, es la tendencia administrativa a dictar reglamentaciones en exceso, que son fruto de una decisión discrecional y se transforman mágicamente en fuente de regulación.<sup>51</sup> Por ello cabe tener presente que esta pseudo regulación administrativa es una de las grandes trampas de la administración contemporánea, que tuvo un renovado reto el 24 de agosto de 2008.<sup>52</sup> Lo mismo ocurre a la inversa: jamás existirá una norma tal que autorice

<sup>47</sup> Ver CCAyT, Sala I, *Mansilla*, 13-X-06, *LL, Sup. Const.* 2007 (noviembre), 74.

<sup>48</sup> DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 218.

<sup>49</sup> Acerca del control judicial en la jurisprudencia actual, ver BALBÍN, *op. cit.*, p. 516 y ss.

<sup>50</sup> *Op. cit.*, t. I, París, 1963, 3ª ed., p. 214.

<sup>51</sup> Tal como vimos *supra*, cap. VII, § 10.3.

<sup>52</sup> Como explicamos en el cap. VII del t. 2, *op. cit.*, “La regulación económica y social” y *supra*, cap. VII, § 13.2. ¿Aplicará la CSJN algún día el texto expreso de la Constitución?

a un funcionario a hacer absolutamente cualquier cosa,<sup>53</sup> sin limitación alguna; siempre existirá alguna otra norma o principio que le fije de antemano ciertos límites a los que deberá ajustar su acción. Como dice WALINE, la administración “dispone en cada caso de un cierto margen de apreciación, pero está siempre apretada, más o menos estrechamente, por ciertas disposiciones legales.”<sup>54</sup> Toda actividad administrativa, en el ejemplo ya visto, está *reglada* en cuanto a la *competencia* (es decir, siempre es algún órgano determinado y no otro el que puede realizar la actividad; siempre es determinada actividad y no otra la que puede realizar un órgano: cuando se excede de sus atribuciones propias el acto está viciado de *incompetencia*.) El juez debe revisar en forma diferente la legitimidad de la parte reglada y de la parte discrecional; algunos códigos provinciales argentinos<sup>55</sup> dicen que el juez *no puede revisar la parte discrecional, pero dado que todo tiene una porción reglada, expresa o virtualmente* (la competencia, p. ej.), el juez siempre analiza la legitimidad de cualquier acto. El “acto discrecional,” como acto irrevisable, es un absurdo.

Si por comodidad idiomática, pues, los códigos o los autores hablan de acto discrecional, no significa ello que el acto sea irrevisable ni que sea totalmente discrecional: sólo quiere decir que es un acto determinado en el que hallamos un margen de discrecionalidad mayor que en otros actos y que en ese margen el régimen de revisión judicial difiere del común o —en algunos códigos provinciales— no existe; ningún acto es totalmente irrevisable por tener algún contenido discrecional: sólo en esa parte discrecional puede serlo. Por lo demás, desde el punto de vista lingüístico, no cabría hablar tampoco de “actos reglados” o “actos discrecionales,” sino en todo caso, respectivamente, de “actos dictados en el ejercicio de facultades regladas” o “discrecionales,” en el sentido de que la parte del acto que consideramos o que nos interesa en el momento, ha sido concebida —esa parte— en función de normas que la determinaban necesariamente, o por el contrario, en virtud del arbitrio del funcionario.

En suma: sólo con referencia a aspectos concretos de la actividad de un órgano y específicamente a aspectos concretos de sus actos, puede hablarse en rigor de verdad de “regulación” o “discrecionalidad,” según se presente el caso: y la distinción nos servirá para saber si el funcionario está *obligado* a hacer algo en particular, sin poder emplear su propio criterio acerca de qué es más conve-

<sup>53</sup> Cuando quiera, como quiera, donde quiera: “mientras un sistema positivo no pueda ser reducido a la fórmula *prohibido todo*, la subjetividad será un dato insoslayable y en esa medida la definición del derecho subjetivo como categoría mantendrá su significación dentro del esquema propuesto.” Ver LAQUIS, MANUEL A., SIPERMAN, ARNOLDO, GROISMAN, ENRIQUE y otros, “Sobre la teoría del derecho subjetivo,” en *Jurídica*, México, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1972, n° 4, p. 221 y ss., p. 259.

<sup>54</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 415.

<sup>55</sup> Así era la jurisprudencia francesa *del siglo XIX*; ver DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, pp. 215-8. Los códigos modernos admiten la revisión plena del acto en cuanto a su legitimidad, Véase Corrientes, art. 4°. Es la aplicación del principio constitucional y supraconstitucional del acceso pleno a la justicia.

niente o mejor, y por ende sin poder apartarse de lo que las normas le indican, o si en cambio puede utilizar su juicio y elegir entre más de un camino o medio de acción. En el primer caso, si el órgano se aparta de lo que determina la norma, su conducta será sólo con ello ilegítima y podrá ser anulada; en el segundo caso su conducta es en principio legítima cualquiera sea la decisión que adopte, pero puede no llegar a serlo si transgrede alguno de los llamados “límites a las facultades discrecionales,” a que nos referimos a continuación.

### 15. *Los límites a la actividad discrecional*<sup>56</sup>

En verdad, la total irrevisabilidad de la actividad administrativa no puede lógicamente presentarse, porque existen a su vez ciertos límites jurídicos a las facultades discrecionales de la administración y el juez, para determinar si esos límites han sido violados o no, debe necesariamente revisar también la parte discrecional del acto. En ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian de las facultades regladas en que constituyen por lo general limitaciones más o menos elásticas, vagas, imprecisas, necesitadas de una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión, al par que la violación de las facultades regladas es usualmente más clara, al resultar de la mera confrontación del acto con la norma legal; así, la regulación es límite concreto, los principios que frenan la discrecionalidad son límites relativos o elásticos. Los principales límites que analizaremos ahora son los siguientes: la razonabilidad (es decir, la prohibición de actuar arbitraria o irrazonablemente; en otra formulación, la justicia), la desviación de poder (prohibición de actuar con una finalidad impropia), la buena fe, la discrecionalidad cero, el *alterum non lædere*.

#### 15.1. *Razonabilidad*<sup>57</sup>

*Sustento fáctico y motivación.* La decisión “discrecional” del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es “irrazonable,” lo cual puede ocurrir fundamentalmente cuando: a) no exprese los

<sup>56</sup> Ver FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la administración, op. cit.*; SESÍN, *op. cit.*

<sup>57</sup> Ampliar *supra*, cap. VI, § 8 y ss., 14 y 16 e *infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. VIII, § 8 y 8.2. Ver también BUDASSI, IVÁN FERNANDO, “El control de razonabilidad en la doctrina de la CSJN,” *RDA*, 21/23: 211; nuestro Proyecto de 1964, arts. 73 y 93 inc. 2°); Bolivia, art. 4°, inc. p) y art. 29; Brasil, art. 2°; Perú, art. IV inc. 1°) ap. 4. Algunos ejemplos actuales en nuestros art. “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009; “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Rap, 2009; “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS.

fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o *b*) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o *c*) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr.<sup>58</sup>

Estos principios, además de ser de índole constitucional, han sido consagrados por el decreto-ley 19.549/72, que en su art. 7º, incs. *b*) y *e*) exige simultáneamente que el acto tenga lo que llama “causa” o “motivos” (de hecho y derecho) y “motivación” o explicitación de aquella causa o motivo.

El inc. *b*) exige que el acto “Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable” y el inc. *e*) determina que el acto “Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso *b*) del presente artículo.” Aparece así doblemente consagrada la necesidad de una expresión clara, concreta y relacionada del derecho aplicado (no bastando, pues, la mera invocación de normas jurídicas que supuestamente fundamenten el acto, sin que se explique cómo y por qué lo fundamentan) y la necesidad tanto de que el acto explicite los fundamentos fácticos que llevan a su dictado, como asimismo que exista verdaderamente una situación de hecho externa al acto que realmente lo justifique o fundamente; en otras palabras, el acto deberá estar objetivamente sustentado, esto es, apoyado, basado, “en los hechos y antecedentes que le sirven de causa.” El acto está viciado tanto si los hechos invocados son “inexistentes o falsos” (art. 14, inc. *a*), o si aunque no se falsee la realidad, de todos modos el acto carece de hechos justificativos, de hechos externos que en forma suficiente y adecuada sirvan de base al acto que se dicta (“falta de causa,” según el art. 14, inc. *b*).

La motivación o expresión de la causa se incluye generalmente en los llamados “considerandos” o “vistos y considerandos” que el acto tiene, pero nada impide que el acto se remita a informes o dictámenes previos que enuncian el porqué —de hecho y de derecho— del acto, siempre que los informes y dictámenes de que se trate sean a su vez notificados al interesado. La llamada causa del acto, en cuanto hechos y derecho que lo sustentan, puede estar *mencionada* y argumentada en el acto, si se cumple con la ley en este aspecto, o puede estar igualmente fuera del acto sin haber sido merituada explícitamente; en cuanto hechos y antecedentes que justifican el acto, por supuesto, la “causa” es siempre externa al acto y ha de hallarse en las constancias del expediente, si son ciertas, o en la realidad que rodea a toda la situación de que se trata: nunca en el acto mismo. La “falsa causa” o “falta de causa” puede probarse por todos los medios probatorios (prueba

<sup>58</sup> Ampliar *infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. VIII, § 8 y esp. 8.2; LINARES, *Poder discrecional administrativo*, *op. cit.*; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial,” *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 6: 343 (1961); GRAU, ARMANDO EMILIO, “La razonabilidad en el procedimiento administrativo argentino,” *Ciencias Administrativas*, 27: 21 (La Plata, 1968).

testimonial, pericial, documental, de informes, de informaciones, de confesión, prueba ocular, táctil, etc.; prueba de *fotografías*, rayos X, *grabaciones*, *actas notariales*, etc.), mientras que la falta de motivación o motivación insuficiente (insuficiente o ausente explicación de la causa) es un vicio autónomo, que resulta de la mera lectura del acto, en sus “vistos” y “considerandos.”

Lo segundo es no haberse dicho, o haberse dicho mal, los hechos y derechos que se cree sustentan el acto; lo primero es que no haya hechos o derecho que sustenten suficientemente el acto, con independencia de que se los haya mencionado o no. Claro está, si el acto no cumple siquiera con el requisito de *explicitar* los hechos que lo sustentan, cabrá presumir razonablemente, a falta de prueba en contrario producida por la administración, que el acto no tiene tampoco hechos y antecedentes que lo sustenten adecuadamente: de haberlos tenido, los hubiera explicitado.<sup>59</sup>

### 15.2. *Proporcionalidad*<sup>60</sup>

Continuando con lo expuesto, el art. 7º, inc. f), *in fine*, consagra la necesidad de que “Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad,” refiriéndose a la finalidad “que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes.” La proporcionalidad entre: a) el fin de la ley y el fin del *acto*; b) el fin de la ley y los *medios* que el acto elige para cumplirla; c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las *medidas* o el fin que el acto tiene, ostentan así no sólo base constitucional, sino también legal. Cabe advertir que si bien aparecen ahora estos principios de manera expresa en la ley, regulando en cierta medida la finalidad del acto, no por ello forman parte estrictamente de la actividad reglada de la administración, sino que siguen siendo límites jurídicos a la discrecionalidad; ello se explica porque tales normas no predeterminan, según el concepto de facultad reglada, una conducta concreta que el administrador debe seguir, sino que señalan tan sólo un criterio elástico o impreciso, que será de aplicación según como sean los hechos y circunstancias de cada caso concreto, de acuerdo con la apreciación del órgano de control o del juez, posteriormente.

No cabe confundir los límites elásticos de la discrecionalidad, como ya hemos explicado en el § 12.5, con la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados; en el supuesto de aplicación de tales conceptos, suele existir una única solución justa o posible; también ello puede derivar, en ocasiones, de los hechos del caso y del desarrollo del procedimiento administrativo, con lo cual la decisión puede

<sup>59</sup> Ver *infra*, t. 3, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.”

<sup>60</sup> Ver CRAIG, PAUL P., *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 4ª ed., parte 2, cap. XVIII, § 3, pp. 586-98 y § 4, ap. 1 a 3, pp. 598-600. Este antiguo principio nos viene del derecho anglosajón, aunque en algunos países se prefiere atribuirlo al derecho alemán contemporáneo. En todo caso, sigue expandiéndose su reconocimiento: nuestro Proyecto de 1964, art. 73; Bolivia, art. 4º inc. p) y art. 29; Brasil, art. 2º; Perú, art. IV, inc. 1º) ap. 4º).

devenir reglada y no discrecional de la administración: allí no existe discrecionalidad alguna.

### 15.3. *No desviación de poder*<sup>61</sup>

La decisión será también ilegítima si el funcionario actúa con “desviación de poder,” sea: *a*) por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etc.); *b*) con un fin administrativo, pero no el querido por la ley: si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (p. ej., el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será *desviado* y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (p. ej., para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales).<sup>62</sup> La desviación del poder siempre fue considerada como límite a la discrecionalidad administrativa, de directa base constitucional y racional (pues si la ley da una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se la dio para que cumpla con la propia finalidad legal y no con una finalidad distinta, cualquiera sea su naturaleza.) Al presente, ella se encuentra además consagrada en el art. 7º, inc. *f*), del decreto-ley 19.549/72, que expresa que “Habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, *sin poder perseguir* encubiertamente *otros fines, públicos o privados*, distintos de los que justifiquen el acto, su causa y objeto.” Así la ley pertinente tendrá ciertas finalidades, que apreciadas de acuerdo con las circunstancias del caso y lo que en él se decide (el objeto del acto), sólo pueden dar lugar a determinadas finalidades admisibles en el funcionario: la prosecución encubierta —o peor aun, desembozada— de fines particulares, personales, propios o a la inversa incluso públicos pero, distintos de los que resultan objetivamente de la ley y los antecedentes de hecho que corresponden al acto, constituye así una transgresión a los límites de la discrecionalidad y un vicio del acto administrativo.<sup>63</sup> La desviación de poder, a diferencia de la razonabilidad, presenta la dificultad de que por tratarse de intenciones subjetivas del funcionario, es necesario encontrar pruebas indiciarias o elementos probatorios circunstanciales, para poder acreditar que la finalidad desviada realmente existió;<sup>64</sup> pocas veces es el acto mismo el que permite demostrar, a través p. ej. de su motivación, que adolece de este vicio: más normalmente la prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al aspecto externo del acto, pero que están en la realidad y en los antecedentes del caso.

<sup>61</sup> Ver CRAIG, PAUL P., *Administrative Law, op. cit.*, parte 2, cap. XVII, § 5, ap. 1, p. 539.

<sup>62</sup> Ver *infra*, t. 3, cap. IX, “Vicios de la voluntad.”

<sup>63</sup> El caso más llamativo se dio en el año 2008, de actos dictados contra el agro por motivos de venganza política.

<sup>64</sup> En el caso de la desviación de poder el problema probatorio se agudiza, como explicaremos en el t. 3 de este tratado. Ver también el t. 4, para los distintos medios de prueba en la teoría y en la práctica. Conviene siempre repasar el cap. I del presente vol., y el cap. I del t. 2.

#### 15.4. Buena fe<sup>65</sup>

Igual cosa sucederá si el órgano que se desempeña en el ejercicio de una potestad pública usa ésta de mala fe, utilizando artilugios o artimañas —por acción u omisión, incluso el silencio— para llevar a engaño o error a un particular; tal tipo de conducta es por cierto incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa y es ilegítima aunque la facultad que en el caso se ejerciera fuera discrecional; en alguno de los fallos se lo vincula con la doctrina de los actos propios y la prohibición de autocontradicción. Esto da renovada importancia no solamente a la actividad material y los actos administrativos dictados como precedentes, sino también a la doctrina jurídica de la administración a través de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.<sup>66</sup> Es un principio general del derecho, aplicable al ámbito privado y al público, por lo que podemos aquí remitirnos a lo ya escrito en derecho privado.<sup>67</sup>

#### 15.5. Alterum non lædere

También es aplicable a la administración el principio *alterum non lædere*,<sup>68</sup> no perjudicar a nadie, a menos que exista algún fundamento legal suficiente y razonable, con adecuado sustento fáctico, que lleve a admitir una excepción al principio jurídico general. Si el hecho dañoso ha acaecido, corresponderá la indemnización.<sup>69</sup> ULPIANO lo calificó de principio más fundamental del orden jurídico, en la trilogía *honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*.

### 16. Comparación entre legitimidad y oportunidad y actividad reglada y discrecional. La razonabilidad como control de ambas

Es fundamental destacar que los conceptos de “legitimidad” y “oportunidad” no se confunden ni se asimilan a los conceptos de “facultad reglada” y “facultad discrecional;” es éste un error que algunas veces se desliza en fallos o libros,

<sup>65</sup> Ver CRAIG, *Administrative Law, op. cit.*, 4ª ed., parte 2, cap. XVII, § 5, ap. 3, p. 546.

<sup>66</sup> Que ya explicamos en el cap. VII.

<sup>67</sup> Este principio viene del derecho romano, con su *fraus omnia corrumpit* y su diminutivo *malitiis non est indulgendum*. Se encuentra también expresado, p. ej., en España, art. 3º, inc. 1º); nuestro Proyecto de 1964, art. 73; Bolivia, art. 4º, inc. e); Brasil, art. 2º, inc. IV); Perú, art. IV inc. 1º), ap. 8º), como principio general del procedimiento administrativo. Ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983; WIEACKER, FRANZ, *El principio general de buena fe*, Madrid, Civitas, 1977; PICOT, F., *La bonne foi en droit public*, Basilea, 1977. Una aplicación del mismo principio: “Lo que sería entonces inadmisibles, por que se opone a la buena fe de los tratados internacionales, sería que un Estado miembro, o una de sus autoridades, p. ej., una jurisdicción, tratara de poner en duda los compromisos aceptados invocando, a posteriori, obstáculos constitucionales;” PESCATORE, PIERRE, “Aspectos Judiciales del «acervo comunitario»,” *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 349.

<sup>68</sup> CSJN, *L., B. J.*, año 1997, *LL*, 1998-E, 528, y dictamen de la Procuración General de la Nación. Es el mismo principio que deviene del análisis del caso de la prohibición de fumar, que también se resuelve por el art. 41 de la Constitución: *Derechos humanos, op. cit.*, cap. IX, § 1, p. 1.

<sup>69</sup> Ver el dictamen citado en la nota precedente, p. 530.

creemos más por inadvertencia que por sentar un criterio formal y por ello es necesario advertir inicialmente en forma terminante contra él.

Hay facultad reglada sólo cuando una norma jurídica preestablece en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir; pero el control de legitimidad abarca no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales, en la medida en que haya normas o principios jurídicos que puedan resultar limitativos a ella.<sup>70</sup> Es así posible mencionar entre los límites de las facultades discrecionales que son considerados en el control judicial y administrativo de la legitimidad del ejercicio de la función administrativa: a) los que hemos llamado “límites elásticos”: razonabilidad (proporcionalidad, sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin, etc.), desviación de poder, buena fe, *alterum non lædere*, doctrina de los actos propios (confianza legítima, no contradicción, etc.), eventualmente la equidad;<sup>71</sup> b) los principios generales del derecho en cuanto puedan ser de aplicación,<sup>72</sup> etc.

De ello resulta que el concepto de “legitimidad” es notablemente más amplio que el de “facultad reglada” y que “oportunidad” es un concepto más restringido que el de “facultad discrecional,” con lo que, en definitiva, el control judicial y administrativo de la “legitimidad” abarca la totalidad de las facultades regladas de la administración y también buena parte de sus facultades discrecionales. El puro juicio de oportunidad, solamente entra en juego cuando no se han violentado ninguno de los principios jurídicos antes expuestos.

Más aún, la jurisprudencia argentina controla también la razonabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias, e incluye en dicho control la proporcionalidad de ellas, su adecuación de medio a fin, el sustrato o sustento fáctico suficiente, etc.

### 17. *La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportunidad*

Los conceptos enunciados tienen distintas aplicaciones; así p. ej. ya vimos que el Poder Judicial puede revisar el ejercicio de las facultades regladas y también si se han transgredido o no los límites a las facultades discrecionales, salvo que haya una norma legal que lo excluya.<sup>73</sup> ambos aspectos constituyen elementos del concepto de legitimidad enunciado. Así, pues, el juez controla en sentido amplio

<sup>70</sup> LINARES, *op. cit.*, p. 159 y ss.; FIORINI, *op. cit.*, p. 16 y ss.; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 406 y ss.; TACITO, CAIO, *O abuso de poder administrativo no Brasil*, Río de Janeiro, 1959, p. 86; GUICCIARDI, ENRICO, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1957, p. 27; AMORTH, ANTONIO, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milán, 1939, p. 16.

<sup>71</sup> Fue admitida en un caso por la PTN, *Dictámenes*, 79: 77 y nuevamente en 83: 180.

<sup>72</sup> Ampliar en nuestra *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, cap. II, también en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003 y francesa, *Une introduction au droit*, iguales datos; REAL, ALBERTO RAMÓN, *Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1958, p. 9 y ss.; PTN, *Dictámenes*, 84: 27; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 271; ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO, *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 59.

<sup>73</sup> La inconstitucionalidad de tales normas es indudable; REJTMAN FARAH, *op. cit.*, p. 49.

la legitimidad del acto administrativo en cualquiera de sus aspectos, sea como ejercicio de facultad reglada o como ejercicio de facultad discrecional; pero no podrá, sin embargo, anular un acto por considerarlo meramente inoportuno o inconveniente: sólo cuando lo estime ilegítimo puede hacerlo. La administración, en cambio, puede revocar sus propios actos tanto si los considera ilegítimos como si los reputa meramente inconvenientes; a ella no la limita el mismo principio que rige la revisión judicial. De allí entonces que existan dos clases de *revocación* por la administración: por *ilegitimidad* y por *inoportunidad*, mientras que la *anulación* judicial lo es sólo por razones de *ilegitimidad*. A su vez, la revocación en sede administrativa presenta un caso de excepción, en que sólo procede por razones de legitimidad: Es el caso del control por el Poder Ejecutivo de los actos de las entidades autárquicas. A su vez, dentro del control general sobre las entidades descentralizadas, cabe distinguir muy especialmente el supuesto de que ellas tengan por función regular o controlar una actividad privada, p. ej. las autoridades regulatorias independientes: En este caso el recurso de alzada tampoco procede cuando se trata de cuestiones técnicas que hacen al objeto de la competencia propia del ente descentralizado. La tendencia es hacia la eliminación del recurso de alzada y, por supuesto, la total y absoluta improcedencia de la avocación por parte del Poder Ejecutivo y sus ministerios o secretarías sobre los actos del ente de control.<sup>74</sup> Con todo, esa tendencia presenta altibajos.<sup>75</sup>

### 18. *Jurisprudencia de la Corte Suprema*

Los principios que venimos de explicar son relativamente universales y han sido tomados por todos los tribunales administrativos internacionales,<sup>76</sup> a partir de la evolución de los derechos nacionales. En nuestro país no eran demasiado comunes hace medio siglo pero luego ha ido generalizándose su aceptación y aplicación, a tono con el derecho comparado. En la jurisprudencia de la Corte Suprema se suele poner énfasis expositivo en el control de la *arbitrariedad* como límite a la discrecionalidad y a la *regulación normativa*, sin perjuicio desde luego del control de cumplimiento de las partes regladas de todo acto, y del control de la arbitrariedad y demás vicios que también pueden afectar a las normas generales, tanto administrativas como legislativas. Lo mismo ocurre con el resto de

<sup>74</sup> Ampliar *infra*, t. 4, cap. XI, “Recurso de alzada.”

<sup>75</sup> CSJN, A 126.XXXVI, *Ángel Estrada y Cía. SA c/resol 71/96*. Nuestro art. *Ángel Estrada*, JA, 2005-III, fasc. n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-311 y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>. REJTMAN FARAH, MARIO, “La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias,” *LL, SJDA*, 27/05/2005; CARRILLO, SANTIAGO, “Entes Reguladores: rumbo a las autoridades administrativas independientes,” *ElDial.com, Suplemento de Derecho Económico*, 12/10/2007.

<sup>76</sup> Ver FLOGAITIS, SPYRIDON, “The General Principles of Law in the Jurisprudence of the United Nations Administrative Tribunal,” en prensa en el libro de homenaje a SABINO CASSESE.

los tribunales del país, aunque suelen enfatizar también los demás límites a la discrecionalidad que hemos mencionado más arriba.

Como es obvio, la extensión y profundidad de dicho control han variado según los casos, pero no siempre el control se produce en tiempo útil para evitar que la conducta se materialice y la ilegalidad se transforme entonces en un problema de responsabilidad del Estado, con sus propias y conocidas limitaciones.<sup>77</sup>

A mero título de ejemplo podemos citar algunos de los casos más conocidos en nuestro medio en cuanto a pronunciamientos de la CSJN. No debe caerse en el error de tomarlos como pautas generales porque, como explicamos en el cap. I, el derecho es una ciencia de casos singulares y concretos, donde la única regla es que no hay ninguna regla más allá de las generalizaciones que hemos expuesto.

Pueden recordarse casos *Almirón*<sup>78</sup> y *Arenzon*,<sup>79</sup> en los cuales se ordenó la inscripción de aspirantes a ingresar a institutos de formación de profesores, rechazados por aplicación de reglamentaciones que requerían, respectivamente, contar con una estatura mínima, p. ej., algo completamente inatinerente al profesorado respectivo. Tales normas fueron por supuesto declaradas irrazonables y con ello los actos administrativos dictados en su consecuencia. En el primero de los casos nombrados se señaló la *falta de proporción* entre el requisito reglamentario de estatura mínima y el objetivo de estudiar un profesorado. Sin embargo el vicio normativo era la arbitrariedad por total inatinerencia del recaudo, no por su carencia de proporcionalidad. Una frase reiterada en los fallos es “Que la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto.”

En *Solá*<sup>80</sup> la Corte dijo: “15) Que, en suma, la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna pudo constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad constituida por la legalidad y la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias,

<sup>77</sup> “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729-38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12.

<sup>78</sup> C.S.J.N., 27-IX-83, *Almirón, Gregoria c/ Ministerio de Educación de la Nación s/ amparo*.

<sup>79</sup> *Arenzon*, CSJN, 15-III-84.

<sup>80</sup> CSJN, 25-IX-97, *Solá, Roberto*. (S. 1413. XXXII.)

sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional (doctrina de *Fallos*: 307:639).”

En un caso<sup>81</sup> que versó sobre el rechazo de la inscripción solicitada por una asociación, señala uno de los votos que: “La primera cuestión encuentra su respuesta en el art. 45 *in fine* del Código Civil: ‘Las decisiones administrativas en esta materia podrán ser revocadas judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o arbitrariedad.’” Aunque la arbitrariedad comporta ciertamente ilegitimidad, se ha querido hacer referencia, con el término legitimidad, a una actividad reglada de la administración y a la arbitrariedad como control tanto de la regulación como de la discrecionalidad. Se suele también incluir dentro de la arbitrariedad también a la falta de proporcionalidad, en violación no solamente constitucional sino también normativa, en el caso de lo dispuesto en el art. 7° (apartado *f*) párrafo segundo) del decreto-ley 19.549/72. “Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad querida por el legislador al otorgar la competencia al órgano emisor del acto en cuestión. Se trataría, entonces, de una apreciación del bien común<sup>82</sup> (al denegar la autorización) manifiestamente irrazonable, contraria al común sentir y escala de valores de la población, repugnante, en fin, a una elemental conciencia jurídica.” Ese énfasis en el común sentir de la población puede usarse tanto en un sentido como en el otro, y lo más frecuente es que se lo utilice no para proteger derechos individuales sino para denegarlos.<sup>83</sup>

Resulta aquí inevitable la observación relativa a que la revisión de la *legitimidad* y la razonabilidad no sólo se refieren a una *actividad reglada de la administración*, sino también a una *actividad discrecional*. Es también susceptible de observación la asimilación de la *irrazonabilidad* a una apreciación *contraria al común sentir y escala de valores de la población*: Es conocida la reflexión que estas invocaciones al bien común son potencialmente peligrosas para los derechos individuales,<sup>84</sup> al mismo nivel que policía o poder de policía<sup>85</sup> y otras valoraciones extranormativas de carácter no ya tutelar de los derechos individuales sino a la inversa, limitadoras de ellas.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> C.S.J.N., 22-XI-91, *Comunidad Homosexual Argentina*, *Fallos*: 314:1531.

<sup>82</sup> Se advierte que el bien común fue invocado para el rechazo de la inscripción, y que el voto considera que dicha invocación ha sido efectuada de manera arbitraria. El problema, a nuestro juicio, es haber partido de una noción de bien común, que integra el plexo de nociones limitativas de los derechos sin base normativa, como señalamos más abajo y en la nota siguiente.

<sup>83</sup> Volvemos sobre el tema en el t. 2, cap. VI, “Servicios Públicos,” § 5, pp. VI-31-7, bajo el título “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis*, *Everything and Nothing*.”

<sup>84</sup> Hemos citado la opinión de FLOGAITIS en tal sentido, en nuestro trabajo “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>85</sup> Lo explicamos *infra*, t. 2, cap. V, y en “Policía y poder de policía,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41.

<sup>86</sup> Nos remitimos nuevamente al cap. I de este vol.

Señala también la CSJN que “que aún en aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad<sup>87</sup> no puede desconocerse una periferia de derecho<sup>88</sup> toda vez que ‘la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el poder para girar los pulgares hacia abajo o hacia arriba (D. M.K. Realty Copr. V. Gabel, 242 N.Y.S. 2d. 517, 519 (Sup. Ct. 1963), en tanto ello llevaría a consagrar —como bien se ha señalado— ‘una verdadera patente de corso a favor de los despachos administrativos’ (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, ‘Curso de derecho administrativo’, I. Civitas, Madrid, 4ª ed., 1984, pág. 433).”

En otro fallo relativo a temas análogos,<sup>89</sup> con otra integración, la CSJN encaró diversamente el problema en tanto constató violación por parte de la administración del derecho constitucional de asociarse con fines útiles, así como un incremento por parte de la administración de los requisitos legales establecidos legalmente para la obtención de la autorización, al exigirse a la solicitante que acreditase la necesidad de aquélla para el cumplimiento de sus fines, requisito no previsto en la ley—; como discrecionales, en el acto administrativo denegatorio de la autorización estatal a una asociación, por entender el órgano administrativo, entre otros aspectos —apoyado por el órgano judicial que revisó en primer término tal acto— que el objetivo de la peticionante no estaba constituido por el bien común de toda la sociedad, sino de sus propios integrantes, hallándose además en conflicto. “9) Que el carácter instrumental del derecho de asociarse como medio esencialmente útil para asegurar y promover la libertad de expresión y la dignidad de la persona humana, se complementa con la necesaria apreciación que el tribunal debe efectuar de las razones que justifican la asociación de las personas y que han llevado a su reconocimiento ulterior. 12) Que, por ello, sólo la ilicitud de promover la asociación un objeto común que desconozca o violente las exigencias que para la protección a la dignidad de las personas establece el art. 19 CN. o que, elíptica o derechamente, persiga la destrucción de las cláusulas inmutables del Pacto Fundacional de la República vigente desde 1853 (arts. 1 y 33 Ley Suprema), podría justificar una restricción al derecho de asociación. [...] 21) Que, pese a que se desprenden de las anteriores consideraciones, es menester la puntualización de algunas afirmaciones de la sentencia que no son constitucionalmente sostenibles, tal como que el Estado argentino no se encuentra compelido en virtud de ninguna norma internacional al reconocimiento de una asociación que no estime beneficiosa o útil para el desarrollo social de la comunidad.[...]

<sup>87</sup> Es de destacar que este fallo nuevamente invierte los términos, pues al referirse a la libertad, se refiere a la supuesta e inexistente libertad de la administración, y luego cuando se refiere a que esa denominada “libertad” tiene una periferia de derecho, se está refiriendo a que en su periferia hay un límite dado por los derechos individuales. Es una forma no individualista ni liberal de exponer el derecho. Cabe nuevamente remitirnos al cap. I de este vol.

<sup>88</sup> La misma observación que en la nota anterior.

<sup>89</sup> C.S.J.N., 21-XI-06, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual v. Estado Nacional*, JA, 2007-I, 29.

El arbitrio de la administración no implica arbitrariedad y, por ende, debe ser controlado judicialmente. “Actividad discrecional no es igual a facultad de decir que sí o que no, según le plazca a la administración, y mucho menos cuando se trata de conceder la personalidad jurídica, porque están comprometidos derechos de base constitucional” (Bidart Campos, Germán, ob. cit., p. 915) [...] la opinión personal de los jueces [...] no puede prevalecer sobre las normas constitucionales ni con ellas se puede nutrir la elaboración dogmática de un concepto a partir del Código Civil en forma contraria a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales a ella incorporados. El juicio de disvalor, por otra parte, importa la afirmación de un daño que recaería sobre la llamada totalidad de los “convivientes”, según la sentencia. Esto implica o que los peticionantes no son considerados “convivientes” léase habitantes o que su comportamiento es disvalioso también para ellos. La primera opción es inadmisibles por discriminatoria (arts. 16 y 75 incs. 22 y 23 CN.) y la segunda importa un juicio que irrumpe en el ámbito de reserva del art. 19 de aquélla. El reconocimiento de la discriminación del grupo parece acompañarse por la consideración de que ésta es atribuible al propio grupo, que “se niega a reconocer la realidad que lo rodea”, o sea, que importaría un juicio de censura sobre su comportamiento e implícitamente una justificación de la actitud discriminatoria fundada en el anterior, con lo cual, en todo caso, se choca frontalmente contra las disposiciones constitucionales citadas. 23) Que en síntesis, la resolución [...] importó un incremento de las exigencias para obtener el reconocimiento estatal al requerir que los peticionantes demuestren la necesidad de la personería<sup>90</sup> jurídica para el cumplimiento de sus fines, considerando insuficiente la mera utilidad o conveniencia. [...] Ambas decisiones, estrecharon el concepto de bien común en perjuicio de la asociación requirente y rechazaron su personería jurídica no por el hecho de que sus metas se dirigieran a mejorar la situación de un determinado grupo necesitado de auxilio (propósito que comparte con numerosas personas jurídicas), sino porque ese auxilio está dirigido al grupo [discriminado]. Dicho de otro modo, la orientación sexual del grupo social al que pertenecen los integrantes de la asociación ha tenido un peso decisivo en el rechazo de la personería jurídica solicitada. En este tema, y refiriéndose en general al principio de igualdad ante la ley (art. 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Corte Interamericana ha dicho: “55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran

<sup>90</sup> El término correcto, como lo recordara BIELSA hace más de medio siglo, es personalidad jurídica.

incursos en tal situación de inferioridad...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC 4/84, del 19/1/1984). 24) Que debe destacarse que la presente decisión conlleva el abandono de la doctrina que sentó la mayoría en *Fallos* 314:1531 citada por el tribunal *a quo*. La diferencia de trato hacia un determinado grupo (arts. 16 y 75 incs. 22 y 23 CN y 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos) no puede justificarse solamente por deferencia hacia el juicio de conveniencia de los funcionarios administrativos, sino que ello exige al menos una conexión racional entre un fin estatal determinado y la medida de que se trate (art. 30 de la citada Convención), requisito que, por todo lo expuesto precedentemente, no se verifica en el presente caso.”

En *Demchenko*<sup>91</sup> la Corte consideró irrazonable el monto de la multa aplicada a un pesquero en infracción, que superaba el valor de la propia embarcación, representando en la práctica la aplicación de la pena de *decomiso*, prevista para hechos diversos de los probados: “[...]la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previsto en la ley, no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial con respecto a los actos de la Administración Pública, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de la administración (doctrina de *Fallos*: 313:153 entre otros). En modo alguno la discrecionalidad implica una libertad de apreciación extralegal, que obste a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la ley.”

En materia de universidades nacionales la justicia ha sido en cambio algo reticente en el control, salvo que se advirtiera *manifiesta arbitrariedad*. Así en *Loñ*<sup>92</sup> la CSJN dijo que “[...] el actor reitera su discrepancia con los criterios de valoración seguidos, según los cuales el jurado habría sustentado su decisión esencialmente en los resultados de la prueba de oposición, soslayando la trayectoria y las publicaciones de los postulantes. Es evidente que el recurrente concibe la revisión judicial con un alcance que llevaría a los jueces a sustituir los criterios del jurado y a interferir en ámbitos típicamente académicos, comprendidos en el marco de la autonomía de las universidades nacionales y ajenos al control jurisdiccional, salvo en los excepcionales supuestos de arbitrariedad manifiesta, que no se configuran en el *sub examine* (doctrina de *Fallos*: 307:2106, considerando 6º y sus citas; 314:1234, considerando 7º; 317:40, considerando 3º).”

En *Orias*, en cambio, la CSJN consideró configurada la *arbitrariedad manifiesta* antes señalada, por haberse comprobado la inexactitud de las razones invocadas: “3º) Que, según conocida jurisprudencia, la designación y separación de profesores universitarios, así como los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente, no admiten, en principio, revisión judicial por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la

<sup>91</sup> C.S.J.N., 24-XI-98, *Demchenko*. (D. 62. XXXIV.)

<sup>92</sup> C.S.J.N., 15-VII-03, *Loñ*, L. 461. XXXVI. L. 440. XXXVI.

Universidad, salvo en aquellos casos en que los actos administrativos impugnados en el ámbito judicial estén afectados por arbitrariedad manifiesta (*Fallos*: 307:2106 y sus concordantes; 177:169; 235:337; 267:450; 283:189; 295:39, entre otros). 4ª) Que es esta última hipótesis la que se configura en el caso y así lo entendió el *a quo* en cuanto sostuvo que las razones presupuestarias, administrativas y académicas invocadas en el acto administrativo impugnado eran falsas. En estas condiciones, el planteo efectuado en torno a la irrevisibilidad judicial de las medidas adoptadas por las universidades nacionales resulta infundado. Ello es así en la medida en que las objeciones formuladas por la recurrente acerca de la arbitrariedad de lo decidido,<sup>93</sup> sólo traducen sus discrepancias con el criterio empleado por los jueces de la causa al seleccionar y valorar la prueba; máxime cuando la decisión que se impugna refleja un minucioso análisis de las cuestiones de hecho planteadas que, al margen de su acierto o error, acuerdan sustento al fallo e impiden su descalificación como acto judicial.”

En el caso *Spinosa Melo*<sup>94</sup> la Corte realizó un detenido examen de los hechos invocados como ‘causa’ del acto que impuso una sanción y de la significación jurídica que les fuera atribuida por la administración, para dejar sin efecto la sanción de exoneración, que además aparejaba la pérdida de la pensión. Dijo la CSN: “9º) Que, en cambio, resultan atendibles los agravios del apelante referentes a que la exoneración carece de causa legítima (esto es, se funda en antecedentes de hecho insuficientes para imponerle tal sanción), y tampoco guarda la necesaria relación de proporcionalidad de medio a fin exigida por el art. 7, inc. f, de la ley 19.549 como requisito esencial del acto administrativo sancionador. 10) Que, a lo precedentemente expuesto, cabe agregar que la mera indeterminación del concepto de honorabilidad previsto en art. 11 de la ley 20.957 no habilita implícitamente al órgano sancionador a llenarlo con el contenido que le dicte su libre y cambiante arbitrio. El razonable margen de discrecionalidad reconocido a la autoridad jerárquica en materia disciplinaria (*Fallos*: 311:2128, considerando 5º, y su cita) no significaba que ella estuviera exenta de proporcionar explícitamente las razones concretas en virtud de las cuales consideraba que la concurrencia a espectáculos de variedades configuraba, *per se*, una afrenta al honor incompatible con la conducta de un diplomático y al adecuado funcionamiento del servicio exterior. Ello es así porque, a pesar de que como regla se acepte que las infracciones disciplinarias no son susceptibles de ser típicamente descritas, en el sentido en que lo son los delitos del derecho criminal, tampoco resulta posible admitir que los funcionarios estén expuestos a ser separados forzosamente del servicio por el mero hecho de incurrir en conductas innominadas, cuya descripción concreta depende exclusivamente del

<sup>93</sup> Aquí el tribunal se refiere a la alegada arbitrariedad de la sentencia, no del acto impugnado. El control que la CSJN no hizo en el caso *Loñ*, la avaló ahora en cambio de parte de un tribunal inferior.

<sup>94</sup> CSJN, 5-IX-06, *Spinosa Melo*, S. 331.

juicio formulado *a posteriori* por el órgano sancionador, según el libre arbitrio de éste. Esto último supondría tanto legitimar la existencia de un poder legal en blanco como retornar, inexcusablemente, al concepto de los *delicta inno-minata* del derecho antiguo (cfr. Mattes, Heinz: “Problemas de Derecho Penal Administrativo”. Ed. Edersa, Madrid, 1979; ídem, Nieto, Alejandro: “Problemas Capitales del Derecho Disciplinario”. Revista de la Administración Pública. Instituto de Estudios Políticos, 1970. N° 63, pág. 39). 11) Que, en consecuencia, dos de las tres causas tenidas en cuenta para aplicar la sanción de exoneración no pudieron ser legítimamente consideradas para juzgar la conducta investigada en el sumario. En otras palabras, las dos causales aludidas fueron falsamente invocadas para disponer la medida, por cuanto no constituyeron otra cosa que juicios de valor formulados sobre comportamientos personalísimos del imputado, comprendidos en la esfera de su intimidad y amparados por el art. 19 de la Constitución Nacional. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 7°, inc. d, y 14, inc. b, de la ley 19.549, el acto sancionador debe ser dejado sin efecto y, de ser así, correspondería que las actuaciones sumariales fueran devueltas al órgano sancionador a fin de que valore si la causal restante (la conducta poco protocolar) justificaba por sí sola la imposición de la sanción objetada. 12) Que, aunque no se compartiesen las razones relativas a la extensión del ámbito de la intimidad personal, en el caso concurre otra razón que, por sí misma, constituya motivo suficiente para invalidar el acto sancionatorio. Esta es la señalada falta de proporción de medio a fin entre las medidas que dicho acto involucra, y la finalidad tenida en mira por la ley al conferir al ministro la potestad disciplinaria sobre el personal del servicio exterior de la Nación. Por las razones expresadas, cabe concluir que en el caso no se dan los requisitos necesarios para justificar la sanción cuestionada; en otras palabras, en el caso el órgano sancionador no cumplió con su deber constitucional de actuar razonablemente (Linares, Juan Francisco: “Poder Discrecional Administrativo.” Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958; esp. págs. 162 y 164; y Fallos: 321:3103.) Por tal motivo, corresponde dejarla sin efecto, exclusivamente en la medida en que significó privar al actor de su derecho al retiro.

### 19. *Derecho subjetivo, interés legítimo, interés difuso e interés simple*<sup>95</sup>

Así como existen diferencias en lo que respecta a las atribuciones para extinguir un acto administrativo según que lo haga la administración o la Justicia, así también hay un distinto régimen en lo que se refiere a quiénes pueden acudir a la administración o a la justicia a pedir la extinción de un acto que los afecta. Ello se deriva de las nociones de “derecho subjetivo” y de “interés legítimo” (también llamado “derecho reflejo,” “derecho objetivo,” etc.), a las que cabe agregar luego

<sup>95</sup> Ampliar en el t. 2, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” y IV, “El interés legítimo.”

de la Constitución de 1994 en su art. 43, el concepto de “interés difuso” o “derecho de incidencia colectiva.” El primero es una protección que el orden jurídico otorga en forma exclusiva a un individuo determinado y el segundo como una protección algo más debilitada que la anterior, otorgada por el orden jurídico generalmente a un conjunto determinado de individuos, en concurrencia. En el primer caso se protege a un individuo determinado en forma exclusiva; en el otro, a un número de individuos en forma conjunta.

El interés difuso o derecho de incidencia colectiva tiene un campo de aplicación mayor, pues comprende a todos los que se hallan directa o indirectamente, material o moralmente, afectados por un acto, hecho u omisión producido por el ejercicio de funciones administrativas públicas o por conductas de particulares. Su más clara materia de aplicación es la tutela del medio ambiente y de la legitimidad del obrar administrativo en cuanto importa erogación de fondos públicos eventualmente incausada o irregular, en detrimento del patrimonio de los habitantes que deben sostener con sus impuestos esa acción y sufrir sus consecuencias.

Quien tiene un derecho subjetivo puede reclamar el reconocimiento de él tanto ante la propia administración como ante la Justicia; si la administración no le reconoce su derecho, él puede demandarla judicialmente al efecto. Además el individuo puede pedir no sólo la extinción del acto que lo afecta en su derecho subjetivo, sino también el otorgamiento de las indemnizaciones que sean pertinentes por los daños que tal acto le haya ocasionado.

Quien tiene un interés difuso o derecho de incidencia colectiva puede, a tenor del art. 43 de la Constitución, iniciar una acción de amparo y pedir como mínimo la intervención voluntaria del Defensor del Pueblo a los efectos que éste estime corresponder; también puede citarlo como colegitimado activo de la parte actora. A mayor abundamiento, si el titular de un derecho de incidencia colectiva puede interponer una acción de amparo, se sigue inevitablemente, *a fortiori* y con mayor razón aun, que puede también intentar la vía ordinaria, pues ella otorga mayor amplitud de debate y prueba tanto a la administración como en su caso al concesionario o particular demandado (en el caso del concesionario, por tarifas irrazonables, ganancias excesivas, abuso de poder monopólico, etc; en el caso de otros particulares, por daño al medio ambiente).

En el caso del ambiente, que antiguamente se prestaba a discusiones acerca de si afectaba derechos subjetivos o intereses difusos de los afectados por él, la solución constitucional reconoce a los individuos tanto un derecho de incidencia colectiva para pedir el cese del perjuicio y su reparación integral, como un *derecho subjetivo* a un ambiente sano y la reparación pecuniaria de los daños ocasionados a la persona por la degradación del medio ambiente.

Quien tiene tan sólo un interés legítimo que no pueda equipararse a las situaciones que venimos de exponer, únicamente puede en la actualidad reclamarlo

ante la propia administración, en el orden nacional y sólo puede pedirlo ante la justicia en aquellas provincias que han instituido una acción al efecto, denominada “acción de ilegitimidad” o “acción de anulación”, o bien que, dentro de la acción procesal administrativa que prevén, admiten, junto con la pretensión de plena jurisdicción que permite accionar por nulidad del acto e indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos subjetivos, plantear una pretensión de ilegitimidad o anulación dirigida exclusivamente a obtener la nulidad del acto, susceptible de ser deducida por quienes poseen sólo un interés legítimo. Por lo demás, quien sólo tiene un interés legítimo, si bien puede pedir la revocación o la anulación del acto según sea el caso en los regímenes procesales administrativos antes señalados, no puede pedir que se le indemnicen daños y perjuicios; por fin, cuando existe protección judicial del interés legítimo, el procedimiento es generalmente diverso del que se sigue para la protección del derecho subjetivo. Esta es la forma clásica de ver la cuestión y tiene precedentes legislativos y jurisprudenciales. Con todo, una orientación más moderna, que poco a poco se va imponiendo y la Constitución apoya en materia de medio ambiente y derechos de incidencia colectiva, es igualar dichas situaciones jurídicas y reconocerles a todas la misma protección que se otorga al derecho subjetivo.

Existe, por fin, una cuarta noción: el interés simple. Se dice que éste es el mero interés que le corresponde a todo ciudadano o habitante en que la ley sea cumplida; no existe aquí ni el derecho exclusivo que era típico del derecho subjetivo, ni el interés legítimo de un número determinado de personas, ni el derecho de un habitante a que *su* medio ambiente sea sano, sino el interés de *toda* la comunidad en que no haya actos administrativos ilegítimos.

El interés simple, como regla, no da derecho a interponer acciones judiciales ni recursos administrativos; sólo permite hacer *denuncias* ante la administración y el Defensor del Pueblo sobre aquello que se considera ilegítimo; a diferencia del interés legítimo, en que se puede interponer un *recurso* administrativo que la administración está obligada a resolver (y que permite ejercer el *derecho subjetivo* a obtener una decisión expresa, recurriendo incluso al amparo judicial por mora de la administración en resolver), en el interés simple la administración no está necesariamente obligada, en principio, a resolver la denuncia interpuesta.