

**LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
HACIA UN CONTROL JUDICIAL SUFICIENTE**

*Pablo Gabriel Quaranta**

RESUMEN

El autor se propone marcar lineamientos básicos en la lucha y tensión existente en toda sociedad por entender que el poder como atributo emanado de los ciudadanos a la comunidad organizada tiende de modo instintivo, volitivo o en forma reglada a buscar y consolidar aspectos que hacen que la actividad administrativa esencial tienda y preserve el orden público en modo suficiente, garantizando una necesaria independencia en resguardo del conjunto ciudadano de un pueblo, ciudad, provincia y, definitivamente, de un Estado a nivel nacional.

PALABRAS CLAVE

Discrecionalidad administrativa / Contencioso administrativo / Control judicial suficiente.

SUMARIO

Introducción. I. La discrecionalidad administrativa. II. Reflexiones sobre los juzgamientos de actos administrativos y de poder. Alcance y verdadera dimensión. III. ¿Qué sistema y proceso contencioso-administrativo, queremos y que medidas de protección necesitamos o sugerimos en este trabajo, fundados en una base moral y jurídica? IV. Conclusión.

* Abogado. Universidad de Morón 1990. Actual Juez Contencioso Administrativo de Primera Instancia de la Ciudad de Azul, Pcia. Bs. As., Rep. Argentina. Desde 2004 a la fecha. Actual Presidente del Colegio de Magistrados del Depto. Judicial Azul y Vocal Titular del Colegio de Magistrados de la Provincia de Bs. As. Profesor Adjunto de Derecho Económico I de la Universidad de Morón (Bs. As.) y Docente de Cursos de Capacitación Profesional CIJUSO (Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires 2005/10). Panelista en diversos Congresos, Jornadas de Derecho Administrativo, Constitucional y Derecho Público desde 1993 a la fecha. ExProfesor Titular Derecho Administrativo Universidad Católica de Salta 2008-1996, Subsede Bs. As. Fc. Cs. Economicas. ExProfesor Derecho Economico II de la U.Morón e Ingeniería y Agrimensura Legal 2001-1995. ExEjercicio Particular de la Abogacia años 2004-1990. Ex Apoderado General, Apoderado Concursal, Escribano Auxiliar, Abogado Asesor y Supervisor Letrado del Banco de la Nación Argentina (2004-1992), RRL La Plata y Casa Central.

Introducción

El presente trabajo tiene como horizonte expreso el marcar lineamientos básicos en la lucha y tensión existente en toda sociedad por entender que el poder como atributo emanado de los ciudadanos a la comunidad organizada tiende de modo instintivo, volitivo o en forma reglada a buscar y consolidar aspectos que hacen que la actividad administrativa esencial tienda y preserve el orden público en modo suficiente, y sea controlada por sus eyectores naturales, y quienes ejerzan esa difícil misión, sean ajenos a su propia órbita, para que garanticen independencia, y de la cual en modo certero, se justiprecien valores indispensables en resguardo del conjunto ciudadano de un pueblo, ciudad, provincia y definitivamente un Estado a nivel nacional.

I. La discrecionalidad administrativa

En la arena, tierra, roca y mar de un Estado, ya sea federal en su conformación –como por ejemplo Argentina, Brasil–, o bien posea una constitución más centralizada en el ámbito de designación de autoridades inferiores que escapan a los mecanismos electorales –vgcia. Chile–, o descentralizada en cuanto a la faz electoral (Perú, Ecuador) pero estas tres últimas adoptando el régimen unitario, suele suceder producto propio y no lejano ni remoto en las conducciones de los mismos en sus diversas manifestaciones republicanas del poder, que a diario, a minuto en días hábiles, en segundos tal vez, se adoptan en todos los estamentos a los cuales se exige gestión, transparencia, y naturalmente “gobierno”, sin importar que sea el poder ejecutivo, legislativo, y en su caso y en menor medida –pues el mismo esta compelido esencialmente al máximo órgano estamental, en su generalidad, y el resto sólo por delegación–, en el poder judicial, se generan actos que trasuntan y trastocan desde el mismo momento de su ingreso a una repartición y hasta que son evaluados, y valorados ante la emisión de una decisión final, actos administrativos, por cierto – los cuales en la medida que se ajusten a cánones o test de adecuación a los parámetros primigeniamente estipulados por un órgano o poder, trasuntan no sólo “función administrativa”, entendida esta como una manifestación expresa de un órgano, tendiente a preservar y resguardar la actividad propia del mismo, sino también conceden al ordenamiento jurídico ya sea local, estadual o nacional, un grado de margen necesario que permita a todo funcionario competente, poder elegir entre varias alternativas posibles, la más acertada a ese acto en particular.

Ello en modo lógico en el ámbito tridimensional del ejercicio del poder en la faz horizontal de la concepción moderna de estado de derecho, ya sea emanada del poder ejecutivo, legislativo o judicial, lo cual se traduce en el concepto de función administrativa.

¿Qué implica una decisión acertada en modo discrecional?

La subjetividad de la interrogante, puede parecer a simple ras, contraria al principio de elección de varias alternativas, pero vayamos a un ejemplo concreto.

Si un Estado decide contratar en un proceso licitatorio “el desarrollo de un nuevo programa informático”, para la totalidad de su personal estableciendo bases y condiciones específicas, y existiendo en esa órbita, cerca de posibles veinticuatro oferentes en condiciones de prestar el servicio, estamos en presencia sin dudas de un desarrollo y estudio que significará multiplicar esfuerzos técnicos de análisis de propuestas, que no podrán ser soslayados, si mínimamente se presentan todos al momento de ofertar, pues deberá justipreciarse no sólo la oferta más conveniente, en su justa proporción, sino también el acierto de otros aditamentos como (análisis de conectividad, tiempos, precios, modos de instalación, etc.), que influirán al momento de la toma de decisión de elegir a la mejor oferta¹.

Así pues arribamos a que una decisión acertada, adoptada discrecionalmente, que indudablemente va a preservar que el acto de adjudicación de la misma, debe observar como todo el proceso antecedente y consecuente, un discurrir ajustado a parámetros establecidos en los antecedentes contractuales más su ejecución, que preserven la sana administración de la cosa pública.

Y si a ello sumamos decisiones acertadas en modo discrecional, ya sea en el ámbito de empleo público, demás contrataciones, y actos contrapuestos debidamente reglados, estaremos orillando el concepto de “buena administración de gobierno”, lo cual implicará que para ello no hace sólo falta recurso humano “apto o idóneo”, sino también recurso humano “honesto y sencillo”, pues para ser gobernante de un Estado en cualesquiera de sus estamentos, en esta Latinoamérica unida, el concepto de “aptitud”, a entender del suscripto debe estar intrínsecamente ligado con el de “vocación de servicio”, para generar en este, nuestro

¹ Cfr. Para el caso peruano, con el contenido de la propuesta técnica y propuesta económica previstas en la Ley de Contrataciones del Estado Decreto Legislativo 1027.

continente, una clase dirigente por una parte, y burocracias, que vayan acompañando la “toma de decisión correcta”, preservando el obrar de gobierno, siempre en modo motivado, fundado y traduciendo el “porqué” de un decisorio, y si ese rumbo es sostenido, como un niño cuando da sus primeros pasos y los padres le responden y educan para que aprenda, la Administración, haciendo un paralelismo aprenderá de su clase dirigente proba en idoneidad y honestidad, y de dicho modo interactuará con la llamada “administración de carrera” o permanente, que no la someterá a vicios constantes, sino solo se enriquecerá intersubjetivamente, con los funcionarios de cada etapa institucional.

En este iter, tomo las palabras de la tríada de Ulpiano, que dice *honestere vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuire*, recogida luego por el Corpus Iuris Civilis, , en cuanto a que la realización de la justicia, más que ideal debe ser efectiva².

Es en estos principios traídos a colación al ingreso de este trabajo, donde surge evidente, que como lo señala Cassagne, este tema en particular, viene marcando un *ius in fieris* o sea un derecho en formación, derecho en desarrollo, no cristalizado, que caracteriza estos temas de derecho público³.

Esta tarea de elegir lo más conveniente, entre varias alternativas posibles, ante el ejemplo dado, que ya forma parte de un derecho en desarrollo, con nuevos matices, con nuevos bríos donde a un funcionario, no se le puede exigir, desde afuera de un proceso, que haga tal o cual cosa, si el mismo no se apega, a una actividad volitiva y en formación, para que satisfaga la necesidad pública, en modo más que completo, suficiente.

Esta breve reflexión en torno a la naturaleza del concepto de “discrecionalidad”, es lo que nos enseñan autores argentinos como García Pulles, en su obra *Control Judicial de la Administración*, que la historia del contencioso administrativo tiende al progresivo control judicial de los actos que de ella emanan, y que el maestro García de Enterría, contrapeso como la “lucha contra la inmunidad del poder”⁴.

² Cfr. Echarri, Hugo Jorge, en su obra *Temas de Magistratura Judicial*, p. 17, Septiembre de 2011, Ed. Ius Publicum, Rep. Argentina.

³ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, en “los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, p. 13.

⁴ Cassagne, en “La discrecionalidad administrativa y el control judicial”, LL supl. Del 8.9.08.

Así podemos establecer que en toda república se le debe conferir a la autoridad, un “margen de maniobra” para elegir una solución entre varias alternativas igualmente justas”⁵.

En este campo de acción, es donde a esta altura de esta parcela del trabajo, debo sostener que el poder discrecional desde un enfoque político merece sus reparos, pues ha pretendido ser una encarnación actual de la razón del Estado, por la que la Administración reclama fueros de irrevisabilidad jurisdiccional, lo discrecional no es una manifestación de pura libertad, se encuentra como toda actividad estatal, vinculada al orden jurídico⁶.

Así las cosas, la actividad discrecional no está desvinculada de la reglada, no se encuentra en el campo de lo metajurídico, ni dentro de los equivocadamente llamados “espacios vacíos del derecho”, sino comprendida como toda actividad estatal, por la plenitud hermenéutica del orden jurídico.

Y es a mi entender aquí en donde cobra relevancia la motivación, ante la existencia de razones concretas de dar y decir por parte de quien emite un acto, y sin dudas y ante dicho concepto, evitar a futuro el achaque de vicios, que lo tornen pasible de censura jurisdiccional, pues sabido es el paradigma “A mayor discrecionalidad, mayor motivación”, lo cual reforzará el pulgar hacia arriba de quien emite el acto, o a *contrario sensu* y para perjuicio de los ciudadanos, el pulgar hacia abajo, sin mayores aditamentos.

En este andarivel, sostengo que el presente comentario no marca un tope ideal, sino por el contrario un piso, como en matemática una semirecta, pues sabido es que tiene principio y no tiene fin, en psicología –cuando un niño o mayor dibuja un árbol, desde la base–, o bien cuando un alpinista desea escalar la montaña, desde lo bajo, pues la inmensidad del derecho, es como la inmensidad de los Andes, el cielo parece lejos, pero sólo parece, ya que la justicia seguro está más cerca, e inmediata por el bien de la ciudadanía, pues aunque tarde, en grandes proporciones llega, perdiendo el aroma de justicia, por sólo reparación moral a un daño infligido con notoria anterioridad, cuestión que debemos ahondar para que la celeridad, deje el sello en el valor, y el derecho, de vivir en estados justos.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Cfr. DROMI, quien ilustra en su obra *Derecho Administrativo*, p. 453, 5ta. Edición Ed. C. Argentina.

Es a mi parecer que los principios generales del derecho, la buena fe, la igualdad jurídica, la proporcionalidad y razonabilidad, y también la confianza legítima, expuesto por Pedro J. Coviello, en su obra “La Protección de la Confianza Legítima del Administrado”, sientan las bases de los presupuestos que han de utilizarse para partir hacia un horizonte pleno en el ámbito de la sana administración pública.

Por último en esta parcela, sostengo que la discrecionalidad, sin entrar en disquisiciones doctrinales, es la potestad de actuación administrativa ceñida a la juridicidad y que tiene como límite la razonabilidad, como principio general del derecho y debo destacar que toda conducta contraria hace incurrir al Estado, en un deceso del margen de su obrar y que su control implica verificar -además de los requisitos ineludibles de fin público, medio adecuado y ausencia de iniquidad manifiesta- la existencia de “circunstancias justificantes”, pues caso contrario, deberemos ahondar y profundizar el control de los actos de la administración, en miras a preservar la razón y el derecho.

II. Reflexiones sobre los juzgamientos de actos administrativos y de poder. Alcance y verdadera dimensión

Mucho se ha escrito y observado sobre el juzgamiento de los actos administrativos y esencialmente esa línea sinuosa, y difícil rayana con el acto de gobierno y/o poder que otrora la doctrina francesa y luego la española señalaba como “cuestión política no judicial”. Y es aquí donde comienzo con un razonamiento que conjugado con el tema precedente en modo indubitado, implica balancear y sopesar dos ejes indispensables desde una perspectiva sociológica y jurídica, cual es los principios de libertad y autoridad, o autoridad y libertad en forma inversa, pues dichos principios hacen que un súbdito y el rey, o el rey el súbdito, hayan luchado desde tiempos más que el Medioevo, por saber cual era su límite, o descubrir lo fascinante de obrar sin límites, algo tan emocionante como tal vez en ciertos casos aberrante.

Mucho más reciente, y avenidos a estos tiempos de nuestro Occidente y querida Sudamérica, Eduardo Couture, reflexionaba que “la realidad de la tutela jurídica consiste en que, en un lugar geográfico determinado, existan jueces independientes, revestidos de autoridad y responsables de sus actos, capaces de dar la razón a quienes ellos creen sinceramente que la

tienen y que las autoridades encargadas de respetar y ejecutar las sentencias judiciales, las respeten y ejecuten positivamente”⁷.

El citado autor, proyectado al derecho público del Siglo XXI, segunda década, hace desde esta cosmovisión que el iusprivatismo y el derecho público, no sean contradictorios, pues el derecho siempre es uno, en arribar desde temas tan generales como abordajes de luchas entre Estados, entre organizaciones criminales, como hasta la valiosa o cuestionada disposición tributaria de un Municipio, –para hacer una comparación–, en la cual quienes habitan un territorio determinado, aspiran que el respaldo de un conjunto de ciudadanos, obtengan sin importar su hábitat, rural o urbano, siempre obtengan una decisión justa, si los derechos de éstos fueren vulnerados, los cuales necesariamente deben ser emitidos por un tercero imparcial, en cualquier dimensión en donde se cercene una libertad, y exista como mínimo y máximo, la consagración y nunca la frustración de un derecho.

Hace muy poco tiempo, y en el análisis y marco de poder vigente, el Representante permanente de Uruguay en la OEA, Milton Romani Gerner, al recibir en el año 2013 el “Premio WOLA Derechos humanos 2013”, señalaba que “El juzgamiento es un acto de restauración de nuestra humanidad”⁸. El citado funcionario, pionero en la búsqueda de alternativas eficaces y respetuosas de los derechos humanos en la fallida guerra contra las drogas, señaló dicha aseveración, y éste autor toma esa definición como parte integrante, de un sistema humano, jurídico y político, que pone sin dudas negro sobre blanco, y blanco sobre negro, sagas centrales de la búsqueda de la verdad jurídica material, en modo independiente y objetivo.

Es así, como el control judicial de los actos políticos, y los recursos de protección de cuestiones políticas⁹, conjuntamente, y tal como la doctrina administrativista durante décadas desarrollo el análisis y control de legalidad y legitimidad de los actos administrativos propiamente dichos, ha comenzado, ya hace un tiempo a limitar o mejor dicho delimitar, el

⁷ Cfr. Couture, Fundamentos de derecho procesal civil, p. 484.

⁸ www.republica.com.uy en fecha 10.11.13.

⁹ Cfr. Francisco ZIGA URBINA, pp. 271-307*. Trabajo recibido el 4 de junio de 2008; aprobada su publicación el 24 de septiembre de 2008. Fue presentado en las Jornadas Argentino Chileno Peruanas de Derecho Constitucional, en tema abierto “Estado actual de la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales”, realizadas en la sede de la UCA, Buenos Aires, 16 a 18 de abril de 2008.** Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile. Correo electrónico: zdc@zdcabogados.cl Publicado el 10/11/2013 - 11:10 Revista Ius et Praxis - Año 14 - N° 2 271 en www.scielo.cl.

acto meramente de gestión, con una connotación política obviamente, no revisable, en cuanto al criterio de oportunidad, y decisión de acuerdo al contenido del mismo como manifestación del poder soberano de un gobernante, -a mi entender ***parcialmente***¹⁰ ajeno a la decisión de un tercero imparcial, en la medida que su análisis obedezca a la sustancia ideológico-partidaria, y no a la sustancia jurídica, es decir delimitando que el mismo pertenezca y sea inherente a la naturaleza soberana y republicana del gobernante electo o designado en modo constitucional, por una parte-, y por otro aquellos que causando y/o afectando derechos legítimos particulares, en temas puntuales que excedan -la administración central o general de gobierno-, necesariamente deben ser por imperativo axiológico revisables, en cuanto a su concreta dimensión jurídica.- Aquí el suscripto también agrega todo acto que lesione un interés ciudadano, y sea controlable, es a mi entender y como en el párrafo precedente cite a Gerner, un “acto de restauración de humanidad”, a lo cual agrego “acto de justicia”.

El alcance de “parcialmente”, subrayado del párrafo precedente, hace al aquí autor del presente, delimitar algunas características, que no promueve, ni muy por el contrario intentan cercenar derechos y facultades al emitente de una “decisión”, traducida en un “acto”, sino por el contrario a valorar el verdadero sentido y alcance del principio de “compromiso y publicidad” de la acción destinada a preservar en modo preciso un acto de gobierno.-

Otros distingos autores, inclusive continúan en muchos casos pregonando, la inimpugnabilidad de los “actos de gobierno”¹¹, cuestión que posee aristas que indudablemente, no hacen en estas épocas enrolarse o ser participe in totum de dicho criterio si el mismo, como inclusive algunos de ellos sostienen, afectan derechos trascendentes de un individuo, lo que hace hoy sin dudas un camino a la revisabilidad plena de los mismos.-

Pues no cabe duda que enrolado en un constitucionalismo moderno, frente a la noción de estado de derecho, y la racionalización técnica del poder¹², se advierte hoy más que ayer, que el control popular, por parte de los gobernados, y la interacción entre el sistema de pesos y contrapesos que implica necesariamente la verificación de “toda decisión”, hace que nuestro “Estado de derecho”, sea un estado constitucional basado en el pluralismo y democracia. Y al

¹⁰ **Parcial** (Del b. lat. *partiālis*) adj. Perteneciente o relativo a una parte del todo. www.rae.es.

¹¹ BACA ONETO, Víctor, “Los actos de gobierno en el derecho peruano”, www.itaiusesto.com; MONTI, Laura. *Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral*, año 2002, Acto y Reglamento Administrativo.

¹² Cfr. J. MARITAIN. “El hombre y el Estado”, pp. 72 y ss.

decir de Masnatta¹³ son sus bases la soberanía popular, la separación y distribución de los poderes, la limitación y control del poder, la posibilidad de alternancia en el mismo, la responsabilidad de los gobernantes, las libertades individuales (para algunos los derechos sociales) garantizadas, y **la creación del derecho con intervención de los gobernados.**

Es en este último subrayado, donde el derecho constitucional moderno profundiza, la totalidad de herramientas dotadas ya sea en modo de carta magna o legal, y aquellos países suscriptores de la Carta Democrática Interamericana¹⁴, donde comienzan a dar preeminencia, al debido control de los actos de poder, más que administrativos propiamente dichos, y en los cuales sin dudas el súbdito, pasa de ser objeto de poder a dueño del poder.

La participación en diversas constituciones de plebiscitos, referéndum, consultas populares, no son sin más alguna de las maneras en las cuales desde lo macro a lo micro institucional, comienza a forjarse un nuevo derecho en formación, en el cual ya no sólo el control es un mero paso técnico, para convalidar o desechar actos, sino por el contrario el control se constituye en una herramienta de poder, emanado y generado desde la base del ciudadano hacia arriba, por el conjunto de una comunidad jurídica organizada.

En prieta síntesis, es lo que Rawls, ha sostenido ya que la voluntad individual es suplida por una voluntad colectiva, y cuando dentro del concepto genérico de la voluntad general suple “el pacto social”, por “pacto constitucional” indicando que cada ciudadano acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia y las instituciones sociales básicas, satisfacen por lo general, los principios de justicia, y sabe que por sí, lo hacen¹⁵.

Empero, no falta pues en el amplio margen doctrinario quienes como vengo aproximando, sostenemos reitero bajo la alocución “parcialmente”, la vigencia de un ámbito propio de los actos políticos o de gobierno producidos por los poderes públicos, distinto de los actos sujetos

¹³ Cfr. MASNATA, Héctor, “Del estado de derecho al estado de justicia”, en *Revista de Derecho Público y Teoría del Estado*, nro. 4, primer semestre de 1999, pp. 9 y ss.

¹⁴ Artículo 2: El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional. Carta Democrática Interamericana, sancionada en Lima, Perú el 11.9.2001.

¹⁵ Cfr. RAWLS. *Teoría de la Justicia*. Ver Capítulos I, pp. 19-21.

al derecho administrativo (función política frente a función administrativa), infiscalizables como juzgamiento subjetivo de un ciudadano no afectado.

Pues anticipo que jurisdiccionalmente, a mi entender no se encontrarían enmarcados a un control, si son adoptados en un ámbito de actuación reservado por la propia Constitución en aplicación del principio de separación de funciones (librado de la inmisión de cualquier otra poder) y en ejercicio de la capacidad de gestión política o libertad de configuración política. Ello pues, reitero que este tipo de actos tienen una naturaleza política intrínseca.

Pero advierto, por imperativo principista, y de las máximas de la vida, que ello no obsta, “que (...) en modo alguno podrá cualquier construcción sobre los actos políticos o de Gobierno considerar que el respeto a su existencia y singularidad llevará inexorablemente consigo una inadmisibilidad judicial del recurso planteado contra uno de estos actos si éste ha violado un derecho fundamental. Pues en modo coincidente con la doctrina al pié, no hay restricciones en el control judicial de las violaciones a los derechos fundamentales, sea cual sea el poder público que haya producido la violación. El carácter de acto de Gobierno no justifica la inmunidad judicial cuando se ha producido la violación de un derecho fundamental”¹⁶.

En pocas ideas, pero centrales al fin, si hay lesión, hay control jurisdiccional y si no hay lesión hay derecho al control jurisdiccional, pero advierto que si el decisorio no conlleva sino la aplicación de políticas preanunciadas y consensuadas con el conjunto de los actores sociales, y receptadas legislativamente, o bien enmarcadas en el ámbito ejecutivo de un poder, y fueron necesariamente explicitadas, y no se advirtiere conculcación de derechos, el control se parcializa, y formará tan solo parte del todo sancionado, ante la verificación de un *iudex*, que podrá concluir que el acto instrumentado, se autosatisface.

Ese prisma de “parcialmente”, es parte que atrae el control, pero no para constituir un estado vigilado en cuanto a la emisión de actos de poder, que lo limiten, sino por el contrario, que tiendan a buscar ese fin ordenador, llamado bien común.- En este concepto ultimo reseñado, debemos ya en el albor de la segunda década del Siglo XXI, intentar superar a Maritain, que

¹⁶ EMBID IRUJO, V. (Antonio). *La Justiciabilidad de los actos de Gobierno. Documentación Administrativa*, Ne220, octubre-diciembre 1989, pp. 30-32. En igual sentido, V. MUÑOZ MACHADO (Santiago), op. cit., p. 2763, citado por el profesor costarricense Ernesto JINESTA LOBO, en su obra “El control jurisdiccional de la Administración Pública”. En www.ernestojinesta.com.

señalaba a ese “bien común”, como un dogma teórico, y sin dudas dejar sentado que la lucha y esencia de la libertad civil consiste en el derecho de todo individuo a reclamar cuando fue objeto de un daño la protección de las leyes, tal como lo sostuvo el Juez Marshall en *Marbury vs. Madison* en 1803.

Traigo a colación este principio, pues la justicia, la vida, el hombre, sin encasillarnos en la doctrina alemana de conceptos jurídicos indeterminados, sino precisar que el “bien común”, también es la lucha por el poder, el poder del que manda, y el poder de que obedece, del poder del que cobra impuestos y que los abona, y recibe en obras, salud, educación, y es así como este autor, interpreta que el bien común es la idea central, el marco generador, de la búsqueda de consensos, y del nuevo derecho en formación, tendiente que a la discrecionalidad no la lleve por delante la arbitrariedad, y que a un acto administrativo o político, no lo lleve por delante la injusticia, ahí ya parte, la incipiente consagración ante el control, y constatación del bien de una sociedad.

III. ¿Qué sistema y proceso contencioso-administrativo, queremos y que medidas de protección necesitamos o sugerimos en este trabajo, fundados en una base moral y jurídica?

En el derecho moderno latinoamericano, y trayendo como primer aproximación la definición en su primer acepción de la Real Academia Española, podemos encontrar que la palabra “**proceso** (Del lat. *processus*)” consiste en la siguiente definición “acción de ir hacia adelante”¹⁷. Otros autores referencian dicho concepto en el “conjunto de actos coordinados entre sí”¹⁸, centrando al respecto, la posibilidad de enmarcar tras un “procedimiento” antecedente, una faz, que finalmente aborde la problemática central de fondo de un caso, que fuere sometido a decisión y para el cual en lo que nuestra materia aborda, tiene como destinatarios, dos eyectores centrales como partes, “el ciudadano de a pie”, y el “Estado”, propiamente dicho en cualesquiera de sus dimensiones.

Decir contencioso-administrativo, hoy año 2014, es decir, no sólo control judicial de la Administración, es también decir defender las incumbencias del poder, manifestado en el seno de los tres poderes del Estado, manifestando que todo ciudadano, merece ya sea en la sede

¹⁷ Véase web RAE.

¹⁸ GARCÍA PULLES. *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Hamurabi, Argentina, p. 66.

propiamente de la Administración y/o Judicial, el derecho a ser oído, ofrecer pruebas en su defensa y obtener un acto o sentencia fundada.

En este proceso central, advierto que los elementos propios de una decisión volitiva de un órgano de poder, trasuntan lógicas, experiencias, mecanismos propios de burocracias generadas a lo largo de mucho tiempo, respaldos de sectores competentes, y búsqueda de resultados, pues de eso se trata la Administración de la cosa pública, cual es satisfacer el interés general de un conjunto ciudadano, sin importar que la misma este situada en Punta Arenas, o Guatemala, Ushuaia o Tijuana y que siempre trasunten la idea de verdad material, que debe primar para perseguir el bien común .

Diversos tipos de mecanismos a lo largo de la historia, han hecho prevalecer, y concebir que la lucha por el derecho, es la lucha por los mejores derechos, de todos y todas, y que los mismos pueden ser generados en el campo del derecho privado, y en especial y en lo que al lector le interesa el campo del derecho público, donde Administración y Administrado, son una doble garantía para ambos donde interactúan, y debe prima a mi entender el elemento “ Confianza”, la cual es definida como la “esperanza firme que se tiene de alguien o algo”¹⁹, por una parte y por la otra la buena fe, postulados ambos, que a mi entender son primordiales en lo que Juan Carlos Cassagne señala como “derecho en desarrollo”.

Hoy como ayer, la lucha de los sectores involucrados, en las diversas manifestaciones que trasuntan el poder, propiamente dicho, llámense sindicatos, contratistas, funcionarios, cultos, y profesionales, artistas, hacen y prolifera una idea que tiende al bienestar, el cual debe necesariamente no ser como algunos afirman que el “derecho es ideología”²⁰, pues una concepción natural y esencial de la justicia en América, debe ser *a contrario sensu* de dicha manifestación, que el “derecho es esencialmente humano, práctico, y que más que ideológico, la concepción de justicia, debe enmarcarse en cánones con valores propios de una sociedad que requiere de sus hombres de derecho, libertad y pluralidad en la diversidad de una resolución jurídica.

¹⁹ Véase web. RAE.

²⁰ Diario La Nación, Edición día 25.2.14, transcribiendo Jornadas Organizadas por el Ministerio de Justicia de la Nación del día anterior de Inauguración por parte de la Jueza Garrigos de Rebori, en la Ciudad de Mar del Plata, Argentina.

Para ello entiendo que la salvaguarda de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del intercambio jurídico, y en particular, de toda vinculación jurídica individual. En consecuencia, los principios centrales del nuevo contencioso administrativo, deberán salvaguardar conforme la reseña que vengo efectuando, no sólo la confianza, la buena fe, el llamado derecho en desarrollo, sino también el principio *pro homine*, y de justicia social, los cuales todos no se limitan a las relaciones obligatorias, sino que sólo serán aplicables siempre que exista una especial vinculación jurídica, y en este sentido podrán en modo simple o concurrente, partir desde el derecho procesal, y/o procedimental, siempre imbuidos de una praxis imperante en dichas concepciones, que serán ineludiblemente perteneciente al ámbito del Derecho Público²¹.

Permítaseme, detenerme en este apartado en cuanto al postulado de la buena fe, y conceptualizar el mismo como un deber que impregna imprescindiblemente las relaciones humanas en general y da lugar a la aparición de ciertas obligaciones dotadas de particularidades respecto al nudo conformado por el deber de obrar y comportarse como ciudadano por un lado, y la facultad de dirigir y de organizar, por el otro, a cargo del Estado. Así, las partes se deben recíproca lealtad, y ello es debido desde el nacimiento hasta la sepultura, tanto pues porque así nos acompaña el derecho administrativo, desde un certificado de nacimiento hasta el certificado de defunción. Que tan simple y diverso a la vez, pero dicho principio, en fin, es también desde el inicio la raíz conductora de actos futuros, que no pueden prescindir de la labor leal que deben impregnar los mismos.

La mentada lealtad o confianza recíproca debe constituir –por lo tanto– la más alta expresión del modo de obrar, y dirimir en el futuro los diferendos del Estado y los particulares y viceversa.

Así pues veamos que la Administración –al igual que toda la actividad estatal– se encuentra sometida al principio de legalidad, por el cual el Estado a la vez que impone la observancia de ciertas reglas, se somete a las mismas, asegurando de tal modo el equilibrio entre las prerrogativas del Poder y los derechos de los individuos, y de dicho modo con justeza se ha

²¹ Cfr. Karl LARENZ. *Derecho de obligaciones*, T. I, traducción de Jaime SANTOS BRIZ, Madrid, 1958.

afirmado que la legalidad permite la concreción del estado de derecho pues gobierna la ley y no los hombres²².

De allí, que para hacer efectivo el principio de legalidad todos los actos de la Administración Pública están sujetos al control judicial, porque un Estado que niegue las vías de impugnación y rectificación a los afectados, reniega del *genus* que define a todo Estado de Derecho como el Estado Justicia²³.

De modo tal que, ninguna repartición estatal puede dejar de aplicar el principio de legalidad objetiva, esto es la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo²⁴.

En ese derrotero, y en el ámbito de los Estados signatarios de la Carta Democrática de Lima, interpreto, que también incumbe como norma de trascendencia no solo constitucional, sino de neto raigambre en los procesos administrativos, como por ejemplo regímenes sancionatorios, se observe lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que: “...el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones del orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Esto revela -añade- el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes” [(Caso “Baena, Ricardo y otros”, sent. del 2-II-2001, parr. 125).(lo subrayado me pertenece)]”.

Noto con particularidad, que como pauta recomendativa y tuitiva no sólo de los particulares sino también de los Estados, se debe resguardar y amparar como verdadero derecho en desarrollo, una sumatoria de valores que cotejados con posibles anomalías que se pongan en conocimiento de las autoridades, un tercero imparcial, garante del control judicial de la administración, sea un fiel reflejo del accionar a desplegar.

²² Cfr. LINARES, Juan Francisco. “Poder discrecional administrativo”, Ed. Abeledo-Perrot, 1958, p. 113.

²³ Cfr. FIORINI, Bartolomé. “Derecho Administrativo”, T. I, 2ª ed., 1976, p. 63.

²⁴ Causa B. 48.362, sent. 22-V-1984. Causa dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Argentina.

Es decir, si el inicio de una actuación debe fundamentarse, con más razón debe fundamentarse su devenir administrativo, con la totalidad de probanzas que al momento de emitir un acto guarden congruencia, completitud y eficacia.

Ello por cuanto, el debido proceso no se limita al ámbito penal, sino que comprenden los órdenes civil, laboral, fiscal y los procedimientos sustanciados –como dije– ante cualquier órgano estatal no judicial que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, afectando la determinación de tales derechos²⁵, lo cual ni más ni menos, incumbirá al Estado, y al administrado, que el contencioso administrativo de este siglo, no sólo sea más eficaz, sino también más humano.

Es decir, y conforme vengo relatando, cuando el Pacto de San José se refiere al derecho a ser oído por cualquier juez o tribunal competente, esta expresión alude a toda autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.

En el marco de dicho concepto, el Tribunal Supranacional aludido señaló que cualquier órgano del Estado que ejerce funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la ineludible obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo mencionado (casos “Del Tribunal Constitucional” y “Baena”, citados).

Repito, en otras palabras, que se ha destacado además que “si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido único, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (Caso “Baena” citado, párr. 124).

Con más razón y apego en materia congruente con la sana Administración en el contencioso administrativo, que queremos y se encuentra y debemos todos los eyectores, jueces,

²⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Ivcher Borenstein”, sent. del 6-II-2001.

abogados, ciudadanos, legisladores y gobernantes, por igual, sin distinción pues el concierto del administrado es el concierto de todos, debe primar en esta esfera lo señalado en el fallo *supra* citado de Baena por la CIDH, que ha dicho que: “Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” (caso “Baena”, párr. 127).

Como vemos este esquema regional -regulado por el mencionado Pacto y demás instrumentos internacionales ejercen una doble influencia en los ordenamientos internos²⁶, ya que por un lado advierto que:

- a)** los tratados imponen una serie de preceptos que se introducen en los países, disciplinando de ese modo el derecho interno, y que resultan plenamente operativos; y por otro;
- b)** tales convenciones ponen en funcionamiento en nuestro ámbito continental, a la Comisión y a la Corte Interamericana, que han establecido una serie de criterios que son muy útiles para reforzar el debido proceso legal local, como los ya citados.

Por lo tanto a mi entender, la normativa que se aplica al censurarse actos administrativos que lesionen derechos de un ciudadano, si quebrantaren el bloque de legalidad, debe sancionar, si se ha quebrantado la legitimidad y validez del acto, el cual por habilitación legal, jurisprudencial y doctrinaria de cada territorio y en modo soberano de acuerdo al propio derecho interno, más la normativa supranacional, debe ser merecedora de reproche judicial, a los efectos de mantener incólumes los postulados básicos de nuestros cimientos democráticos y representativo y de división de poderes, lo cual, nunca implicará un avasallamiento ni una intromisión en otro poder, sino tan sólo la justa ponderación jurídica de un hecho que no se sustentó en derecho, conforme los principios de legalidad objetiva y se dan siempre por la supremacía de la realidad y sana crítica.

Es así pues, que el fuero contencioso-administrativo, de este siglo, debe ser más control y juzgamiento a la Administración, por una parte, y por otra, que dicha contraloría, genere sin

²⁶ Cfr. TREDINNICK, Abasto. *Derecho Internacional de los derechos Humanos: su aplicación directa*, publicado en Anuario de Derecho de Derecho Constitucional Latinoamericano, Ediar, 2002, Konrad Adenauer-Stifung, p. 347.

más debido resguardo a la defensa, al ser oído, al ofrecer pruebas, administrativamente o judicialmente, y obtener por todo ello una decisión fundada, que poco y cuanto, en el camino de la justicia, más humana, y moralizadora.

IV. Conclusión

A modo de conclusión y luego de los dos tópicos seleccionados en este comentario, “discrecionalidad”, y “contencioso-administrativo”, interpreto a esta altura que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad, pues de dicho modo, y si imperará esta última como valor final, nos deberíamos sencillamente remitir a que una sociedad, un ciudadano, un caso, quede inmerso conforme lo ha definido por la Real Academia Española a dicho concepto, como “ un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por voluntad o capricho”²⁷, lo cual no sólo no redundará en beneficio del interés superior de justicia imperante en las relaciones humanas, sino también en el de construir, comunidades, municipios, provincias, regiones, Estados, –sin importar la conformación y tipo de Estado–, de una sociedad más justa lo cual implica adecuada a la racionalidad, y alejada de los excesos, más igualitaria, desde el acceso de la misma por cualquier sociedad, sin distinción de estamentos para su análisis, y de dicho modo, que la administración central, la legislatura, el juez competente construya, aplique o dirima el derecho o lo rechace conforme a la legalidad, imperante, pues la confianza, la buena fe, el principio de legalidad, del nuevo derecho en desarrollo, a más de preservar a un Estado, preservará y formará en sus nuevas generaciones, principios mentados, en que el derecho, no sólo son hechos, sino que también son valores, que se traducen en normas, capaces de ser aplicables, al universo afectado, al sujeto vulnerable, al hombre y mujer común, ni más ni menos.

Y así en esta etapa y Siglo XXI, ya es hora de dejar sentado que la discrecionalidad, a más de ser una “potestad de la actuación administrativa ceñida a la juridicidad y que tiene como límite la razonabilidad, como principio general del derecho y hará que de persistir sobre toda conducta contraria hace incurrir al Estado, en un dejo del margen de su obrar y que su control implica verificar -además de los requisitos ineludibles de fin público, medio adecuado y ausencia de iniquidad manifiesta- la existencia de “circunstancias justificantes”, pues caso

²⁷ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima segunda edición, Ed Espasa, pag 194)

contrario, deberemos ahondar y profundizar el control de los actos de la administración, en miras a preservar la razón y el derecho, en beneficio de común, de todo ciudadano y justiciable habitante de estas tierras.

Qué compromiso, qué desafío, pero sin dudas, qué necesidad!!!