

Título: Herramientas para el control de la arbitrariedad de los poderes públicos en el orden nacional y bonaerense. Su antecedente español

Autores: Cabral, Pablo O. - Maljar, Daniel Edgardo

Publicado en: JAJA 2002-III-1524;

Cita Online: 0003/008899

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Motivos para seguir bregando por el control judicial de la arbitrariedad de los poderes públicos.- III. La sanción de la Constitución española de 1978.- IV. La división de poderes.- V. Supremacía constitucional y control de constitucionalidad.- VI. La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en la Constitución española.- VII. Concepto de arbitrariedad.- VIII. La arbitrariedad y los particulares.- IX. Herramientas para el control de la arbitrariedad en el derecho argentino: a) La noción del poder de policía; b) La razonabilidad como límite del poder de policía; c) Las tres dimensiones de la razonabilidad: 1. El subprincipio de adecuación; 2. El subprincipio de necesidad; 3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto; d) La razonabilidad a través de las etapas evolutivas de la Corte Suprema; e) La acción de amparo. El art. 43 de la Constitución Nacional y la prohibición de arbitrariedad; f) El control de la actividad discrecional.- X. La discrecionalidad administrativa en la provincia de Buenos Aires: a) Diversas formas de relacionamiento de la administración con el ordenamiento jurídico de acuerdo con Luis V. Varela; b) Las normas del Código Varela y el tipo de vinculación; c) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Bs. As. Doctrina de la vinculación negativa: 1. Empleo público: A) Empleo público. Potestad disciplinaria; B) Empleo público. Facultad de limitar en sus funciones a los empleados sin estabilidad; C) Empleo público. Libertad de reincorporar agentes sancionados; D) Empleo público. Facultad de correlacionar o equiparar cargos de la estructura organizacional; E) Empleo público. Actividad genérica de organización administrativa; 2. Contratos administrativos; 3. Facultades impositivas; d) Doctrina de la vinculación impositiva

"Todo el arte del gobierno representativo está reducido a establecer un cierto número de reglas que tienen por objeto garantizar al pueblo contra los abusos de sus mandatarios en el ejercicio de la soberanía que delega en ellos". Juan Bautista Alberdi

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo estudiaremos por qué motivo -a nuestro entender- es necesario, aun en un estado de derecho, seguir bregando por el control de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Esa lucha contra la arbitrariedad de la actuación del poder se está dando actualmente en la provincia de Buenos Aires, donde las autoridades públicas, con el objeto de continuar exentas del control judicial de sus actos, se empeñan -a pesar de numerosos reclamos institucionales y doctrinarios- en no poner en marcha el nuevo Fuero Contencioso Administrativo (en adelante FCA.) y la entrada en vigencia juntamente con el nuevo Código Contencioso Administrativo Bonaerense (en adelante CCA.) (1).

Analizaremos la recepción de ese principio por la Constitución española de 1978 (en adelante CE.) y repasaremos, en particular, caracterizada jurisprudencia que lo interpretó en ese país.

Además, nuestra intención es descubrir qué herramientas se encuentran disponibles en nuestro ordenamiento jurídico nacional y bonaerense para que los jueces puedan controlar eficazmente y corregir la actuación arbitraria de los poderes públicos, a pesar de no estar expresamente incorporada esa regla a nuestra Constitución Nacional como en aquel país (2).

II. MOTIVOS PARA SEGUIR BREGANDO POR EL CONTROL JUDICIAL DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS

En este punto, intentaremos fundamentar por qué razón, aún en un estado de derecho, es necesario continuar bregando por el control de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Queremos señalar, ante todo, nuestra gran preocupación por la aguda crisis de credibilidad que sufren nuestros gobernantes.

Palpamos en nuestra sociedad que la fe en las autoridades (tanto civiles como religiosas) ha experimentado un abrupto retroceso, debido a que actualmente los ciudadanos ya no creen en nada ni en nadie.

La falta de confianza en la clase dirigente es la expresión de que la ciudadanía se siente alienada por un poder extraño, cuya actuación -salvo honradas excepciones- es en beneficio propio. Este distanciamiento entre gobernantes y gobernados derivó inexorablemente en el desgaste de su legitimidad política y en el paulatino deterioro del sistema democrático (3).

Nuestra sociedad padece (además de la crisis ya señalada) dos fenómenos que van erosionando el

funcionamiento del sistema representativo: el estado de partidos (4) y la corrupción (5).

Téngase presente la grave crisis desatada recientemente en nuestro país en el Senado de la Nación por el presunto cobro de sobornos por parte de algunos senadores, para votar favorablemente la ley laboral.

La gente exige, para revertir este proceso social y recobrar la creencia en las instituciones, que las decisiones de sus gobernantes, además de transparentes y formalmente legales, deben ser plenamente justificadas (motivadas).

Adviértase que el solo hecho de ejercer el poder con legitimidad de origen en un estado de derecho, no garantiza por sí solo que los órganos que toman las decisiones lo hagan en forma razonable (6).

El actuar irracional no se neutraliza con un simple cambio del titular del poder de turno (7), sino que se mitiga definitivamente con el control judicial e institucional de su ejercicio.

Como acertadamente afirmó Kelsen, la democracia debe perfeccionarse ampliando el control judicial a todas las esferas donde el poder se manifiesta. Dijo textualmente: "el destino de la democracia moderna depende en una gran medida de una organización sistemática de todas estas instituciones de control. La democracia sin control no puede durar. Si excluye esta autolimitación que representa el principio de legalidad, la democracia se disolverá en sí misma" (8).

Desde el plano institucional, la división de poderes (9) es, por antonomasia, la técnica más eficaz de control que se encuentra disponible en los países civilizados, idea originada -cabe aludir- en los pensadores prerrevolucionarios (10) que a fines del siglo XVIII buscaron racionalizar el gobierno y limitar las facultades absolutas del monarca (11).

Fue el derecho constitucional, en su devenir histórico, quien tuvo la misión de instrumentar los medios para hacer efectivo ese control del poder (12), utilizando a tal fin diversas técnicas jurídicas (13).

Por otro lado, la idea de que el Poder Legislativo es "soberano" (expuesta inicialmente por los jueces para autoexcluirse de ejercer el control sobre las leyes), es tremendamente nociva (14). A esta "teoría de la soberanía incontrolada", Karl Popper le opuso la doctrina "del control y el equilibrio" (15).

A nuestro entender, pensar que los representantes directos o indirectos del "pueblo soberano" puedan actuar en forma libre, es decir, sin necesidad de someter sus decisiones a un control de racionalidad y no arbitrariedad, implicaría sepultar la teoría de frenos y contrapesos (check and balances) expuesta por Rousseau al explicar su teoría de división de poderes.

Creemos que la decisión de los representantes de la mayoría no debe entenderse como una expresión autoritaria de lo que es justo, por el solo hecho de ser producto de la voluntad del pueblo traducida en ley (16).

El más peligroso de los poderes arbitrarios -dijo García de Enterría- es precisamente el Legislativo. Es posible -aseveró- que la ley se convierta en una técnica de la organización burocrática, sin conexión con la justicia, y aún más, en un instrumento de opresión y de perversión de los ordenamientos jurídicos. En el plano de la técnica jurídica no disponemos de otra arma que el control judicial de las normas, operante más para salvaguardar un orden de valores materiales contenidos en la parte dogmática de las Constituciones, que para defender el sistema de jerarquía puramente formal (17).

Si determinados actos (de cualquiera de los tres Poderes) estuvieran exentos de control judicial, podrían caer muy fácilmente en la insensatez e irracionalidad, en donde priman las emociones y pasiones más que el discernimiento, el juicio y la reflexión (18).

No obstante todos los esfuerzos para que no prevalezca la irracionalidad, los funcionarios, a pesar de su buena fe siguen cometiendo errores, se apasionan, tienen intereses propios, en fin, comparten las mismas características del género humano (19).

Pensamos que el actuar de los poderes públicos debe ser racional, y su control permitirá otorgarle mayor eficacia a la actividad de gobierno.

En conclusión: el ordenamiento jurídico vigente en cada sociedad es el resultado de los acontecimientos sucedidos en su proceso histórico, político, económico y social.

La historia vivida por una nación (vgr. España y, obviamente, la Argentina), donde la arbitrariedad fue institucionalizada por los gobiernos de facto y el sistema representativo se vio jaqueado por el estado de partidos y la corrupción, dio origen a denodados esfuerzos (de determinados juristas, ciertos políticos y algunos funcionarios) por intentar neutralizar esas prácticas (a nuestro criterio, aún sin obtener todavía resultados óptimos), jerarquizando el valor "justicia" y generando -a través del proceso educativo y la experiencia democrática- hábitos de control de gestión para prohibir las conductas irracionales de nuestros gobernantes.

Ese sentimiento fue descrito por Von Ihering, al expresar "toda disposición arbitraria o injusta, emanada del poder público, es un atentado contra el sentimiento legal de la Nación, y por consecuencia contra su misma fuerza" (20).

III. LA SANCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 (21)

La sanción de la CE. de 1978 fue el resultado de la vivencia histórica del pueblo español, única, irrepetible e intransferible (22).

En efecto, tras la sangrienta guerra civil que sufrió España entre 1936 y 1939 (23), asumió el poder el general Francisco Franco, quien gobernó en forma autoritaria suprimiendo las libertades políticas, sindicales y la división de los poderes durante más de treinta años.

El 20/11/1975, cuando en nuestro país se empezaba a vivir la más terrible de las dictaduras militares (24), en la península Ibérica moría Franco, abriéndose paso a la transición democrática que tuvo como punto de inflexión -y le dio impulso definitivo- la sanción de la CE. por el rey ante las Cortes, el 27/12/1978.

Tantos años de gobierno autoritario, donde la actuación arbitraria de los poderes públicos era la reina del sistema, llevó al pueblo español, una vez restaurada la democracia, a intentar garantizar y reforzar el control judicial del ejercicio del poder, plasmando en el texto expreso de la CE. el principio de "interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", como luego veremos en detalle (25).

La CE. condenó la falta de fundamento objetivo de las decisiones de cualquier órgano del Estado, no admitiendo que éste sea ejercido por la sola voluntad o por simple capricho del funcionario de turno (26).

IV. LA DIVISIÓN DE PODERES

España -cabe destacar- está organizada políticamente como una monarquía parlamentaria, constituyendo un estado social y democrático de derecho cuya soberanía reside en el pueblo (27).

Rige allí la división clásica de los poderes públicos (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial), a pesar de que ninguna disposición de la CE. se refiere concretamente a esa partición funcional.

En ese orden, el Poder Legislativo es ejercido por las Cortes generales (Congreso de Diputados y Senado [28]), el Poder Ejecutivo, por el gobierno (29) y el Poder Judicial, por los jueces (30).

V. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En este punto haremos una brevísima referencia al principio de supremacía y control de constitucionalidad en España.

A partir de la Constitución española de 1978, otro de los criterios rectores e innovadores de su ordenamiento jurídico receptado por ella, fue la subordinación de los poderes constituidos a la supremacía constitucional (31).

El art. 9 establece que "[...] 3. La Constitución garantiza [...] la jerarquía normativa [...]".

Cabe destacar que la incorporación de la supremacía constitucional fue trascendente en aquel país, dado que hasta la reforma de la CE. de 1978, tanto la doctrina como la jurisprudencia negaban carácter vinculante a las normas constitucionales.

En efecto -según una muy consolidada jurisprudencia-, la CE. no estaba constituida por normas jurídicas obligatorias para sujetos públicos y privados, atento a que los tribunales entendieron que no tenían el deber de aplicarla para dictar sus sentencias. Esa doctrina -no cuestionada- sostenía que la CE. era un modelo programático que formulaba solemne, declamatoria y enfáticamente un proyecto político no imperativo (32).

Pero a partir de la reforma de 1978, la CE. constituyó la norma jurídica suprema, debiendo ser aplicada por los tribunales como fuente jurídica primaria superior de donde emergen obligaciones y derechos para los poderes públicos y ciudadanos (33).

En España, el control judicial de constitucionalidad está concentrado en un único órgano especializado, denominado "Supremo Tribunal Constitucional español" (en adelante STC.) (34), encargado en forma exclusiva y excluyente de conocer en estas cuestiones (35).

El análisis de estos planteos es realizada en abstracto por dicho órgano judicial, y la declaración de inconstitucionalidad que eventualmente realiza tiene siempre efectos erga omnes, denominándose, por ese motivo, "legislador negativo".

No puede el STC. en ninguna circunstancia intervenir de oficio, sino a instancia de quienes están legitimados, a saber: a) El presidente del gobierno, b) El defensor del Pueblo, c) 50 diputados, d) 50 senadores, e) Los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y f) Las Asambleas de las Comunidades Autónomas. (conf. art. 162 inc. a CE.).

Además puede solicitar la intervención del STC. todo órgano judicial cuando considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la CE. (art. 163 CE.) (36).

Por lo demás, el STC. no integra el Poder Judicial, habiendo sido caracterizado por Molas como un órgano del sistema político que actúa con independencia de los otros poderes del Estado (37).

VI. LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El mérito de la conceptualización teórica del principio examinado fue del profesor español García de Enterría, quien en 1959 publicó en el número 30 de la "Revista de Administración Pública" su trabajo titulado "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria" (38).

En dicho artículo, su autor, basándose en una norma positiva infraconstitucional (art. 17 Fuero de los españoles [39]), explicó su existencia como principio general del derecho (40).

En otra obra posterior del mismo autor de 1974, titulada "La lucha contra las inmunidades del poder" (41), describió cuáles son a su criterio las técnicas de control judicial de la actividad de discrecionalidad a través del a) control de los hechos determinantes, b) conceptos jurídicos indeterminados; y c) control de los principios generales del derecho.

En relación con esta última técnica -explicó-, la administración sujeta su actuación no sólo a la ley formal sino también al bloque de legalidad que incluye en su interior la síntesis de los grandes valores jurídicos (42), entre los cuales está incluida la interdicción de la arbitrariedad (43), que posibilita a los jueces el control, dentro del ámbito de su competencia, tanto de las leyes (aun cuando éstas sean expresión de la "voluntad general") como de la actuación administrativa atrincherada en los viejos reductos de inmunidad soberana (poderes discrecionales, actos políticos o de gobierno, potestad reglamentaria, discrecionalidad técnica, etc.).

De nada sirve a la administración -afirmó Bachof- el "aludir a un margen de arbitrio que le haya sido expresamente concedido por la ley, cuando el juez puede objetarle con éxito que, si bien ha tenido en cuenta los límites concretos de arbitrio según la ley especial, sin embargo, no ha observado las normas constitucionales limitadoras de todo arbitrio" (44).

Luego de esa exposición doctrinaria inicial, el senador en la Convención Constituyente (que reformó la CE. en 1978) Dr. Luis Martín-Retortillo presentó una enmienda -finalmente receptada por dicha Convención-, por la cual se incorporó el aludido principio en el art. 9.3 CE. (45).

El mentor de esa enmienda defendió su propuesta ante la Comisión Constitucional del Senado, manifestando que la interdicción de la arbitrariedad es un "principio que, sobre todo, donde ha de tener mayor efecto, donde ha de tener mayor trascendencia, donde ha de tener mayor rigor, ha de ser en el ámbito de las administraciones públicas [...]. No se niega la libertad de actuar, sino simplemente se proscriben la arbitrariedad. Ciertamente que habrá situaciones límite en las que no sea posible el enjuiciamiento, pero hay obviamente un margen de apreciación más allá del cual es preciso no ceder", porque "el estado de derecho que recalca el art. 1 (46) impone siempre mantener la guardia levantada para impedir la arbitrariedad" (47).

Esta prohibición constitucional -como acertadamente afirmó Fernández- juega el papel de una cláusula de cierre del sistema, que se corresponde con la fórmula "Ley y Derecho", y que, por tanto, comprende todo lo que es necesario a aquella o éste, se encuentre o no especificado en otros preceptos constitucionales (48).

Tal como resulta de su texto expreso ("La Constitución garantiza [...] la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos", art. 9.3 CE.), éste no es extensivo a los particulares (49).

Por lo demás, a partir de su análisis jurídico, se generó un arduo debate sobre cuál debe ser el rol de los jueces respecto del control de la actuación administrativa discrecional, conmocionando las -hasta entonces- tranquilas aguas del derecho administrativo español (50).

VII. CONCEPTO DE ARBITRARIEDAD

Pero ¿qué significa arbitrariedad?

Para verificar en la práctica en qué circunstancias nos encontramos en presencia de una conducta arbitraria, es imprescindible establecer o estipular cuál es su significado (51).

Estudiaremos primero el origen más remoto del concepto, para comprender cabalmente su sentido actual como pieza clave en los mecanismos de control de la actividad pública.

En Roma se refería a la función asignada por el pretor a un ciudadano romano para desempeñarse como árbitro en la fase *in iure* de un proceso litigioso, cuyos términos concretos el propio pretor había fijado

previamente. Su función estaba desprovista de libertad de acción (52), puesto que sólo tenía la misión de comprobar la realidad de los hechos generadores del litigio y aplicar, a lo que resulte probado en éste, la fórmula preestablecida (53).

Desde el Imperio romano, el vocablo "arbitrario" varió su sentido inicial, comprendiendo ahora a aquellas decisiones caprichosas e infundadas.

A partir de la labor de autores como Locke y Montesquieu se fue consolidando su significado peyorativo, considerándose como sinónimo de despótico, absoluto, tiránico, no limitado por ley alguna, contrario a la razón, etc. (54).

El concepto de "arbitrario" -definió Fernández- es todo aquello que se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión (55).

Como contrapartida a la actividad arbitraria, y para neutralizarla, la doctrina volvió su mirada al "abc" del derecho administrativo, exigiéndoles a las autoridades públicas que motiven los actos que dicten y expresen, como fundamentos de los mismos, las razones de hecho y de derecho que les dan sustento (requisitos esenciales).

Al expresar su voluntad, el Estado, pues, debe justificar sus decisiones, no pudiendo rehuir la cuestión del fundamento (56).

El ordenamiento jurídico a través del derecho público prohíbe a los órganos estatales, por ende, toda conducta injustificada, irrazonable, infundada y sin motivación.

En nuestro país, el art. 7 ley 19549 (ALJA 1972-A-382), al enumerar los elementos esenciales de los actos administrativos, señaló que "son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: [...] Causa b) deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable ... Motivación e) deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando además, los recaudos indicados en el inc. b del presente artículo".

Fernández explicó que la "motivación" es un elemento clave para la verificación de la inexistencia de la arbitrariedad en la actuación administrativa, diciendo que "la motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un estado de derecho en el que no hay margen, por principio para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario" (57).

Hutchinson señaló, por su parte, que "la motivación [...] aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales" (58).

Esa misma noción fue atribuida desde 1822 en el Diccionario de la Real Academia española de la Lengua (6ª ed., suplemento), que definió la arbitrariedad como "el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho".

VIII. LA ARBITRARIEDAD Y LOS PARTICULARES

En este párrafo explicaremos por qué, a diferencia de la noción de arbitrariedad que hemos expuesto, la interpretación de dicho concepto atribuido a las personas físicas debe asimilarse a conducta ilegal, contraria a derecho, basándonos primordialmente en la diferente forma de relacionamiento entre el individuo y el Estado respecto del ordenamiento jurídico (59).

Recordemos que, por un lado, la diferencia esencial es que todos los habitantes de la Nación tienen derecho a exigir que los poderes públicos no se comporten arbitrariamente, y, por el otro, que la actuación del Estado es susceptible de una amplia revisión judicial.

Respecto de las personas físicas, sin embargo, no cabe aplicar el principio de interdicción de la arbitrariedad, ya que nadie tiene derecho a exigir que la actuación de un particular (en sus relaciones autónomas) sea debidamente fundada (motivada), razonable y que no responda a su propia voluntad o interés (como es de esperar del proceder de los poderes públicos). Su esfera de libertad es insusceptible de control judicial.

Dentro de su ámbito de libertad, los particulares pueden realizar todo aquello que no esté expresamente prohibido (art. 19 CN. [60]) (LA 1995-A-26), mientras que en la actuación estatal -de manera opuesta-, todo lo que no está permitido se entenderá prohibido (61).

La postura que limita el principio en estudio exclusivamente a los poderes públicos fue expuesta

inicialmente por Von Ihering, al expresar "el súbdito que contraviene la ley obra ilegalmente, no arbitrariamente. La arbitrariedad es la injusticia del superior", en cambio el Estado "tiene la misión y el poder de realizar el Derecho, puede y debe obligar a observarlo a los que de él quieren apartarse. El Estado rige los actos de otro, el súbdito dirige los suyos propios" (62).

Desde el ángulo del derecho civil, uno de sus exponentes vernáculos, el doctor Guillermo Borda expresó que "sólo la ley puede y debe marcar el límite de las actividades del hombre: mientras las personas están dentro de aquellos límites, no hay por qué investigar su intención o preocuparse por el perjuicio sufrido por terceros. De lo contrario no habría derecho: todos estaríamos sometidos a la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad y la seguridad quedarían perdidas, el espíritu de iniciativa ahogado. Es necesario que los hombres tengan algo de seguro como base para desenvolver sus actividades; que sepan de una manera clara y definida, qué es lo que pueden y lo que no pueden hacer. Y la única forma de fijar de un modo cierto este campo de acción es la ley. Ésta es una defensa, algo así como una barrera, dentro de la cual el individuo puede desenvolver sus actividades sin recatos y sin temores. Si de ello resulta un perjuicio para terceros, tanto peor para ellos: dura lex, sed lex" (63).

Constituyendo nuevos límites a su libre albedrío, las leyes fueron estableciendo estándares de conductas, receptando construcciones doctrinarias como la buena fe, la moral, las buenas costumbres, el fraude a la ley, el abuso del derecho (64), el buen hombre de negocios, el buen padre de familia, etc. (todos ellos conceptos jurídicos indeterminados [65]).

Por último, dijimos ut infra que la "arbitrariedad" de los particulares debe ser entendida como comportamiento ilegal, debiéndose interpretar de esa manera las siguientes normas jurídicas que citaremos a mero título ejemplificativo:

Los arts. 14 bis (66) y 43 (67) CN., por ejemplo, establecieron la proscripción de la arbitrariedad contra el despido y la actuación arbitraria (en la acción de amparo) de los particulares, respectivamente.

Por su parte, el Pacto San José de Costa Rica (LA 1994-B-1615) utilizó la voz "arbitrariedad" en cuatro ocasiones, (arts. 4 , 7 , 11 y 20). En dos de ellas, la prohibición está dirigida al obrar estatal (arts. 7 , detención o encarcelamiento arbitrario, y 20 , privación arbitraria de la nacionalidad), pero en las otras dos (arts. 4 , "Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente", y 11 , "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada"), la exclusión está impuesta tanto al comportamiento estatal, como de los particulares, indistintamente (68).

En cuanto el art. 2469 CCiv. establece que "la posesión, cualquiera sea su naturaleza y la tenencia, no pueden ser turbadas arbitrariamente"; mientras que el art. 1071 bis dispone que "el que arbitrariamente se entrometiera en la vida ajena, publicando retratos[...]"

Por último, el art. 321 CPCCN. (t.o. 1981, LA 1981-B-1472) (de aplicación a los procesos sumarísimos) prescribe en su inc. 2 que "cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta algún derecho".

IX. HERRAMIENTAS PARA EL CONTROL DE LA ARBITRARIEDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

En este punto, daremos una brevísima noción de "poder de policía" desde distintas posiciones doctrinarias y nos detendremos en el análisis de la existencia de técnicas jurídicas en nuestro derecho que constituyen barreras u obstáculos contra el ejercicio arbitrario del poder público.

a) La noción del poder de policía

No es pacífica en nuestra doctrina el significado de la noción "poder de policía".

Considerado, en principio, como limitación a la libertad, puede decirse que la doctrina presenta al respecto una imprecisión extraordinaria. Las definiciones de los autores revelan discordancias en la determinación de su naturaleza, su objeto y contenido (69).

En lo que todos se encuentran de acuerdo, es en que el ejercicio del poder de policía tiene como guía la concreción del bien común, y sólo los legisladores se encuentran habilitados para limitar o ampliar los derechos constitucionales.

Sentado lo que antecede, analizaremos algunas posiciones doctrinarias.

Para algunos, hace referencia únicamente a la facultad de limitar mediante ley el ejercicio de los derechos individuales (arts. 14 , 19 y 28 CN.) (70).

Gordillo (71), por su parte, sostuvo que debe suprimirse la noción de policía ya que no es propio del estado

de derecho. Este autor manifestó que "en lugar de establecer un principio general de coacción y poder estatal (poder de policía) al que luego se le buscarían restricciones en los derechos individuales [...] lo correcto es [...] sentar la premisa opuesta, de que el principio general establecido son los derechos individuales, a los que luego, en los casos concretos y por expresa determinación de la ley, se les encontrarán restricciones y limitaciones en la eventual coacción estatal".

Barra, por su parte, distinguió la policía, como "poder" de la policía como "ejercicio efectivo de ese poder". El primer aspecto, al que denominó "poder de policía", se asienta sobre el bien común, la causa de las causas (causa causarum) del Estado que justifica la existencia de ese supremo estamento comunitario y de la propia sociabilidad humana; mientras que el segundo aspecto -dijo- es la policía meramente reglamentarista que sí encuadraría en la primera definición aquí brindada (72).

Por nuestra parte, coincidimos con los conceptos vertidos por Bianchi (73), para quien el poder de policía debe ser entendido como el poder genérico y ordenador que el Estado posee, para hacer que los derechos constitucionales de los individuos sean ejercidos en forma armónica y compatible con los (derechos) de los demás. Por lo tanto -concluyó Bianchi-, el poder de policía no sólo tiene una fase visible que sería la de la prohibición; tiene además una fase de protección de los derechos que es precisamente su fundamento último. De tal suerte se busca a través de él un equilibrio entre los individuos que componen la sociedad. Así, por ejemplo, cuando se prohíbe un espectáculo inmoral, se decomisa una mercadería en mal estado o se sanciona a quien no respeta las normas de seguridad, tanto como cuando se interviene por ley en un contrato privado, lo que se hace es reducir los derechos de alguien para ensanchar o proteger los de otro.

Se manifiesta ese poder a través de la sanción de leyes formales, exteriorizadas en normas jurídicas abstractas, objetivas, impersonales, generales y obligatorias.

Se ejecuta por intermedio de la actividad policial que forma parte de la función administrativa, que tiene por objeto la ejecución de las leyes de policía, a través de normas particulares (actos administrativos), que constituye la individualización o concreción de esa norma general o abstracta (74).

Los órganos administrativos, en el ejercicio de dicha actividad, tienen por función hacer cumplir las leyes utilizando todos los medios técnicos que legalmente tienen a su alcance, como, por ejemplo, el poder coactivo y sancionatorio (siempre y cuando la utilización de estos poderes sea necesaria).

Sea cual fuere la noción de "poder de policía", este concepto derivó en la reglamentación del ejercicio de los derechos constitucionales (y forma parte de la función legislativa), teniendo como objeto ampliar o limitar los derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución Nacional. El legislador, al regularlos, se halla limitado por el principio de razonabilidad (arts. 19 y 28 CN.) (75).

Como la potestad de limitación no puede ser absoluta (puesto que las leyes o normas dictadas no pueden alterar los derechos garantizados por la Carta Magna), se halla sujeta a un específico freno constitucional, que exige que las decisiones parlamentarias tengan su fundamento en la razón, estableciéndose implícitamente una prohibición: la arbitrariedad.

Entonces, para evitar que un instrumento de restricción de los derechos sea ejercido en forma imprudente por los gobernantes, es aconsejable que esa potestad sea utilizada con suma discreción, correspondiendo al órgano judicial, en los casos sometidos a su conocimiento y decisión, la difícil misión de fijar límites concretos (76).

b) La razonabilidad como límite del poder de policía

Como contracara de la misma moneda, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante Corte Suprema) desarrolló el principio del debido proceso sustantivo o de razonabilidad, a los fines de fijar "límites" al ejercicio del poder de policía por parte del Poder Legislativo, toda vez que si se admitiera que el legislador pueda ejercerlo arbitraria e irrazonablemente, sus excesos pondrían en riesgo la libertad y propiedad de los habitantes.

Así, el art. 28 CN. (el más importante para la Corte Suprema) dispone que "los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio", mientras que el art. 33 dice: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" (este artículo constituye un apoyo complementario para nuestra Corte Suprema) (77).

Las leyes, al reglamentar los derechos individuales, no pueden, pues, cambiar su esencia, ya que si así lo hicieran, los alterarían (78).

La garantía de que las leyes no pueden alterar el contenido esencial de los derechos constitucionales está dirigida directamente a los legisladores, para obligarlos a no traspasar la franja de seguridad tuitiva de los derechos fundamentales.

A mero título ejemplificativo, el STC., en Fallos 11:1981, estableció el modo de determinar el contenido esencial, afirmando que "[...] entendemos por 'contenido esencial' aquella parte del contenido de un derecho sin la cual pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido esencial que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga" (79).

El art. 28 de la Carta Magna fue tomado del art. 20 Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi, que estableció: "Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público, pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia".

Fue la primera vez en la historia del derecho constitucional que se aludía a la "esencia" de las garantías, expresión que luego sería receptada, primero por la ley fundamental de Bonn (art. 19. incs. 1 y 2 [80]), y posteriormente por la CE. (81) (art. 53.1 CE. [82]).

En la nota explicativa del citado art. 20 Proyecto de Alberdi, el autor se remitió a diversos capítulos de otra publicación propia titulada "Bases y puntos de partida para la organización nacional" (83), afirmando que "no basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario [...] que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una Constitución que abrace en su sanción todas las libertades imaginarias; pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por la ley, sugiera ella misma el medio honesto y legal de faltar a todo lo que promete".

La Corte Suprema, en cada caso concreto, fue delineando los contornos de esa máxima (la razonabilidad), evitando cuidadosamente definirla conceptualmente, sin perjuicio de expresar genéricamente que la misma exige una relación adecuada entre los medios utilizados y los fines perseguidos por el legislador.

Compartimos y hacemos nuestro el criterio sentado por Bidart Campos, quien señaló con la agudeza que lo caracteriza que "el principio de legalidad nos ha remitido al principio de razonabilidad. ¿Qué significa esto? Que para la constitucionalidad de la ley hace falta un cierto contenido de justicia. Su opuesto es la arbitrariedad. Lo que es arbitrario es inconstitucional [...]. Cada vez que la Constitución depara una competencia de un órgano del poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable. El Congreso cuando legisla, el Poder Ejecutivo cuando administra, los jueces cuando dictan sentencia, deben hacerlo en forma razonable. El acto irrazonable o arbitrario es defectuoso y es inconstitucional. La razonabilidad es, entonces una regla substancial, a la que también se la ha denominado el principio del debido proceso sustantivo" (84), expresando además que "el derecho judicial emanado de la Corte Suprema en materia de control judicial de la razonabilidad se limita a verificar si el 'medio' elegido para tal o cual 'fin' es razonablemente proporcionado y conducente para alcanzar ese fin; pero no entra a analizar si ese 'medio' elegido pudo o puede ser reemplazado por otro que, igualmente conducente y proporcionado al mismo 'fin', resulte menos gravoso para el derecho o la libertad que se limitan. La Corte no efectúa esa comparación entre diversos medios posibles, porque estima que pertenece al exclusivo criterio de los órganos políticos (Congreso y Poder Ejecutivo) seleccionar el que a su juicio le parezca mejor o más conveniente o basta que el escogido guarde razonabilidad suficiente en relación al fin buscado" (85).

c) Las tres dimensiones de la razonabilidad (86)

1.- El subprincipio de adecuación

Una norma legislativa debe prever los medios, instrumentos o herramientas para lograr el cumplimiento del fin por ella buscado, correspondiendo a los jueces el examen de su idoneidad.

El principio de proporcionalidad implica, pues, la prohibición de limitaciones inadecuadas -a través de regulaciones que afecten derechos constitucionales- respecto del fin perseguido por el legislador.

A partir de esa relación medio-fin de la norma (legal y constitucional), se posibilitará el control de su constitucionalidad (arts. 28 y 33 CN.), toda vez que si una medida legislativa no es adecuada para alcanzar los objetivos que persigue, será declarada inconstitucional.

Por el contrario, si la finalidad de la ley se fundamenta o deriva lógicamente de la Constitución, no contradice su texto y mantiene algún tipo de relación con la restricción ocasionada, se considerará constitucional.

La Corte Suprema, en relación a este subprincipio, manifestó que "las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuen a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad, y el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la ley fundamental (87)".

2.- El subprincipio de necesidad

El subprincipio de necesidad intenta demostrar que la medida adoptada por el legislador es la menos gravosa de los derechos fundamentales y que no existe otra igualmente eficaz que produzca consecuencias menos perjudiciales.

La comparación de medidas del mismo modo efectivas no debe realizarse en abstracto, sino que en cada caso concreto deberán establecerse los parámetros de preferencia basados en la menor restricción de los derechos.

Para hallar una explicación acerca de si el medio elegido para efectivizar la restricción del derecho constitucional es el que supone menos carga para el titular, se tendrá que examinar por todos los medios disponibles la motivación de la decisión (por ejemplo, consultando la Exposición de Motivos de una ley que traduce el fin planeado por el legislador).

La Corte Suprema, en reiterados pronunciamientos, se opuso a la merituación de este subprincipio, sosteniendo que no se encuentra dentro de sus facultades analizar la oportunidad o conveniencia de las medidas adoptadas por el legislador.

El verdadero razonamiento de la Corte Suprema, sostiene Linares (88), es que no corresponde a los jueces meritar si el medio elegido es el mejor, entre varios posibles, desde el ángulo técnico-social, es decir, si el escogido es o no el más eficaz. Le basta con que el medio elegido sea uno de los posibles y él tenga una cierta proporcionalidad con el fin.

Por ejemplo, en autos rotulados "Cine Callao (89)" (1960), entre muchísimos otros (90), la Corte Suprema dijo que "el análisis del mérito de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, son ajenos a la competencia de esta Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales. Pues [...], el Tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación, para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes sea de las que regulan trabajos, comercios o industrias con fines de policía, sea de las que establecen impuestos o tasas", agregando que "el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial quepa pronunciarse. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces" (91).

En otro reiterado cliché, afirmó que "el análisis de la razonabilidad de las leyes en punto a su validez constitucional, no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ellas contenidas y de modo alguno sobre la base de los resultados posibles de su aplicación, lo que importaría valorarlas en mérito a factores extraños a sus normas. Ello es así en razón de que el control de constitucionalidad que incumbe a los tribunales no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, pues el análisis de la eficacia de los medios arbitrarios para alcanzar los fines que el legislador se ha propuesto es ajeno a la competencia de la Corte Suprema, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos o sea resolver si son o no proporcionados a dichos fines y, en consecuencia, si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Existiendo la facultad de legislar en el Congreso, corresponde a éste apreciar las ventajas e inconvenientes de las leyes que dictare siendo todo lo referente a la discreción con que hubiere obrado el cuerpo legislativo ajeno al Poder Judicial, que no tiene misión sino para pronunciarse de conformidad a lo establecido por la ley y aún en la hipótesis de que se arguyera o pretendiera que la ley es dura e injusta (92)".

Ciacciardo criticó esa posición -pensamiento al cual adherimos-, expresando que ella "atenta contra la plena operatividad de las normas iusfundamentales, al desentenderse el Tribunal del grado en que ellas son respetadas y aplicadas por los restantes poderes [...]", agregando que "la eliminación del juicio de necesidad puede transformar a la máxima de razonabilidad en un medio para justificar cualquier injerencia estatal en las normas iusfundamentales, lo que le haría perder buena parte de su sentido" (93).

3.- El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Significa que la aplicación de un determinado medio para alcanzar un fin debe guardar una relación razonable entre éste y aquél.

Para la Corte Suprema una medida sólo puede ser razonable si no afecta el contenido esencial, siendo la máxima de razonabilidad el instrumento técnico de aplicación del art. 28 CN. (94).

Sostuvo la Corte Suprema en reiteradas oportunidades que "los derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional no son absolutos y su ejercicio está sometido a las leyes que los reglamentan, las que, si son razonables, no pueden impugnarse exitosamente como inconstitucionales, dependiendo su razonabilidad de que se adecuen al fin perseguido por la reglamentación, que no ha de adolecer de una iniquidad manifiesta (95)".

Aseveró asimismo que "la impugnación de inconstitucionalidad de las leyes reglamentarias de derechos individuales impone la consideración de su razonabilidad en cuanto, siendo ellas arbitrarias, alterarían los derechos referidos por vía de reglamentación, en los términos del art. 28 CN." (96).

La Corte Suprema admitió que se deben realizar dos juicios:

a) También denominado "juicio de alteración o afectación" (el más trascendente), consistente en comprobar que no se afectó el contenido esencial del derecho constitucional en el caso concreto. Su determinación presupone una previa exploración acerca del contenido esencial del derecho de que se trate, tarea que está a cargo de los jueces, quienes deberán interpretar nuestra Carta Magna de manera sistemática y unitaria, "mediante una comprensión de cada derecho fundamental en conexión con los valores y conceptos morales que se encuentran en su base, y con la finalidad a las que obedece su protección" (97). Para Cianciardo -posición que compartimos-, lo decisivo será una indagación teleológica del derecho fundamental, comparándola con la finalidad de la medida cuya constitucionalidad se cuestiona, como explícitamente lo reconoció el STC. al afirmar que "la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental" (98), sin olvidar el relevante papel que tienen los hechos del caso.

b) Se efectuará un balance de costo-beneficio de la medida, es decir, se analizará si la misma introdujo restricciones tolerables en ejercicio del derecho fundamental, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido por la norma. La "relación razonable" entre el medio y el fin -según la posición dominante- concreta ese balanceo entre las ventajas y desventajas de la ley sancionada. La Corte Suprema afirmó en relación a este tema que "cuanto mayor es la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la medida de la reglamentación" (autos rotulados "Partido Obrero ["Cap. Fed. s/personería"], Fallos 253:154) (JA 1963-II-393), y que "la medida de los intereses y principios de carácter público a tutelar, determinará la medida de las regulaciones en cada caso" ("Pedro Inshauspe y Hnos. v. Junta Nacional de Carnes", Fallos 199:483) (JA 1944-III-793). Por lo tanto, a mayor interés público tutelado, mayor podrá ser el grado de restricción a la norma fundamental afectada (99). Para resolver cada caso en particular, el juez deberá valorar un conjunto de circunstancias entre las cuales cabe destacar los fines constitucionales y legales, los hechos debatidos, los intereses privados y públicos comprometidos, las ventajas y desventajas de la regulación, el contenido del derecho y el grado de su restricción o alteración, etc.

c) La razonabilidad a través de las etapas evolutivas de la Corte Suprema

Cabe destacar en primer lugar que el poder de policía debe ser ejercido, con la extensión que el cuerpo social considere conveniente de acuerdo a las estrategias necesarias para afianzar el "interés público".

Al respecto, podemos afirmar que existieron dos períodos bien diferenciados en la jurisprudencia de la Corte Suprema, a saber:

El primero, denominado "restringido" (y vigente hasta 1922), consistió en la limitación de los derechos individuales con el fin de proteger exclusivamente el derecho de propiedad, seguridad, moralidad y salubridad públicas en perjuicio de las facultades de regulación del legislador; mientras que el segundo designado "amplio" (actualmente en vigor, sin perjuicio de algunos brevísimos retrocesos), encontró fundamento en la restricción de los derechos para promover y defender el bienestar general (100).

En efecto, en los primeros años del Siglo XX a la luz de la ideología liberal imperante, se aplicó la primera posición, progresivamente dejada de lado después de la Primera Guerra Mundial, el nacimiento del estado de bienestar y el intervencionismo Estatal.

En cuanto al primer criterio, sintetizaremos algunos de los principales precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema.

Así por ejemplo, en autos "Bonorino E. (en representación de la Empresa Plaza de Toros) v. Prov. de Buenos Aires" (101) la Corte Suprema se pronunció en circunstancias de haber sido impugnada por

inconstitucional una ley sancionada por la provincia de Buenos Aires, que prohibía las corridas de toros. En esa oportunidad, la Corte Suprema avaló la constitucionalidad de esa ley diciendo que "es un principio de derecho constitucional que la policía de las provincias estén a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos".

Esa doctrina fue mantenida en pronunciamientos posteriores. En el caso "Saladeristas v. Provincia de Buenos Aires" (102), se impugnó una ley provincial que ordenaba la clausura de establecimientos comerciales del actor que afectaban la salud del vecindario. En este pronunciamiento, la Corte Suprema desestimó la pretensión expresando que "la objeción que hoy se opone a la ley y decretos citados, de ser contrarios a la Constitución y a las leyes civiles, por cuanto atacan la propiedad y el ejercicio de una industria lícita, no tienen fundamento legal alguno, porque según la Constitución esos derechos están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio, y según nuestro Código Civil, la propiedad está sujeta a las restricciones y limitaciones exigidas por el interés público o por el interés privado, correspondiendo establecer la primera al derecho administrativo solamente (art. 2611 CCiv.)".

Sin embargo, quizás la sentencia más representativa de este período fue "Hileret y Rodríguez v. Provincia de Tucumán (103)", expediente en el cual se discutía la validez constitucional de una ley de la provincia demandada, sancionada en 1902, por medio de la cual se pretendía limitar el derecho de propiedad gravando con un impuesto progresivo los excedentes de la producción azucarera, con fundamento en el bienestar general (104), y la decisión de la Corte Suprema fue contraria a la constitucionalidad de la misma, basándose en su doctrina liberal preponderante de la época. Sostuvo la Corte Suprema que "si fuese aceptable la reglamentación impuesta al azúcar, podría hacerse extensiva a toda la actividad industrial, y la vida económica de la Nación, con las libertades que la fomenta, quedaría confiscada en manos de legisladores o congresos que usurparían con ingeniosos reglamentos, todos los derechos individuales. Los gobiernos se considerarían facultados para fijar al viñatero la cantidad de uva que le es lícito producir, al agricultor la de los cereales; al ganadero la de sus productos; y así hasta caer en un comunismo de Estado en que los gobiernos serían los regentes de la Industria y del comercio, y los árbitros del capital y de la propiedad privada" (105).

Manifestó asimismo que no se podían limitar los derechos cuando no existía perjuicio a la moral, el orden público o a los terceros (art. 19 CN.), agregando que la promoción del bienestar general tenía como límite las garantías individuales.

Como sostuvo Grondona: "En realidad, la apreciación involucraba un juicio sobre la restricción irrazonable a los mencionados derechos por parte de la ley provincial que se declaraba inconstitucional (106)".

En el año 1922, la Corte Suprema cambió su criterio (con la disidencia del Dr. Bermejo), en el caso "Ercolano, Agustín v. Lanteri de Renshaw, Julieta (107)", en el cual admitió la constitucionalidad de la Ley de Alquileres 11157 del año 1921.

En resumen, una de las más importantes expresiones de la crisis económica que sobrevino a la Primera Guerra Mundial fue la escasez de viviendas, elevándose, como consecuencia, los precios de las locaciones urbanas que resultaban inaccesibles a las familias de bajos recursos.

Ante la gravedad de la situación y como respuesta a este flagelo económico-social, se sancionó la ley 11157 el 15/9/1921, cuyo art. 1 señalaba que "Desde la promulgación de la presente ley, y durante dos años, no podrá cobrarse por la locación de las casas, piezas y departamentos, destinados a habitación, comercio o industria en el territorio de la República, un precio mayor que el que se pagaba por los mismos el 1/1/1920". Se congelaban, por ende, los precios de los alquileres por dos años a partir del 1/1/1920.

La mencionada ley motivó la reacción de los propietarios de las viviendas locadas, que consideraron que ella violaba su derecho de propiedad y su libertad de contratar, por lo que decidieron impugnarla.

La Corte Suprema defendió la constitucionalidad de la ley, señalando que "el derecho de propiedad no es absoluto y existen circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del Estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad (108)".

Este cambio radical en la jurisprudencia de la Corte Suprema, basada en el estudio de la jurisprudencia norteamericana (en el fallo, se hace expresa cita del caso "Munn vs. Illinois" [109]), fue utilizado, hasta esa fecha, como respuesta a situaciones excepcionales de emergencia económica, no aplicándose en forma indiscriminada para todos los casos.

En "Horta v. Harguindeguy (110)", con posterioridad a "Ercolano" (también de 1922), la Corte Suprema volvió sobre sus propios pasos hacia la doctrina restringida. Aquí también se encontraba controvertida la misma

ley 11157, pero la sentencia fue adversa al locatario. La Corte Suprema prohibió la aplicación del precio máximo de los alquileres a los contratos en curso de ejecución, argumentando que se encontraba vigente, y formalmente celebrado entre las partes, un contrato de locación con un término locativo convenido con anterioridad. Dijo la Corte Suprema que imponer esas prescripciones legales a un contrato celebrado por las partes con anterioridad a la sanción de la misma, supondría inmiscuirse en una cuestión privada, violándose de este modo el derecho de libertad contractual.

Años más tarde, en "Mango v. Traba" (111) (1925), la Corte Suprema retornó nuevamente a su doctrina restrictiva. En resumen, la ley 11318 prorrogó el plazo de las locaciones urbanas. El acto cuestionó su constitucionalidad, planteando si podía ser aplicada retroactivamente a un contrato de alquiler que había vencido con anterioridad a su promulgación, y sobre el cual la justicia ya se había expedido, existiendo a su respecto sentencia firme y consentida de desalojo. La Corte Suprema rechazó la aplicación de la ley al caso, toda vez que se trataría de la aplicación retroactiva a una situación sobre la cual ya se había pronunciado la justicia y tenía la certeza y firmeza de la cosa juzgada.

Con posterioridad se dictó el fallo "Oscar Avico v. Saúl de la Pesa (112)" (1934). Sintéticamente se reconoció la constitucionalidad de la ley 11741 sancionada en 1932, que dispuso la moratoria por tres años del vencimiento de los contratos de mutuo con garantía hipotecaria y la disminución de la tasa de interés al 6% durante ese período.

Afirmó la Corte Suprema (113) en el considerando, luego de relatar las razones que llevaron a la sanción de la ley, que "la coincidencia en el sentir de los grandes poderes del Estado, Legislativo y Ejecutivo y los hechos recordados, además de muchos otros que pueden invocarse, llevan al convencimiento de que había en realidad un estado de emergencia producido por fenómenos económicos, tan graves o más que el que puede crearse por un contraste de la naturaleza, y que bien pudo decirse que ese estado tiene los caracteres del caso fortuito, capaz por su propio imperio, en principio, de modificar las relaciones contractuales creadas al abrigo de la normalidad. Ese desastre económico es tan hondo y ha cambiado tan bruscamente el valor de la propiedad y de todos los productos de la agricultura y ganadería, y consiguientemente el precio del arrendamiento de los campos y casas, que si el Congreso no se hubiera resuelto a establecer la moratoria y especialmente la rebaja del interés de los préstamos hipotecarios, los acreedores hipotecarios que percibieron durante años su capital en una moneda extraordinariamente valorizada dentro del país, por la emergencia, adquirirían en realidad un valor de compra muy superior al que dieron en préstamo".

En consecuencia, añadió la Corte Suprema que "la gravedad y extensión de la crisis económica justifica ampliamente la ley impugnada; todas sus disposiciones se proponen salvaguardar en lo posible un fin legítimo, como es el interés público comprometido en esta grave emergencia y que los medios empleados, la moratoria para el pago del capital por tres años, y del pago de los intereses por seis meses vencidos, así como el seis por ciento en la tasa del interés, son justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales".

A partir de este fallo, se reconoció "oficialmente" en nuestro derecho el llamado "poder de policía de emergencia", que facultó al Poder Legislativo a limitar los derechos individuales en forma especialmente intensa.

En 1944, la Corte Suprema sentenció en la causa "Pedro Inchauspe Hnos. v. Junta Nacional de Carnes" (114). Cabe reseñar el caso: En 1933 se sancionó la ley 11747 que estableció la creación de un ente regulador del comercio ganadero denominado "Junta Nacional de Carnes", que facultaba a la mencionada entidad a crear la Corporación Argentina de Productores. A dicha Corporación, de naturaleza privada, quedaban asociados los ganaderos por medio de una contribución compulsiva (vía retención), de hasta el 1,5%, sobre el precio de venta del ganado. Sobre el total retenido, un 20% estaba destinado a gastos generales, propaganda, estadística, etc., y el 80% restante a la creación de establecimientos de faena, industrialización, ventas, transporte, exportación y mercados; los ganaderos, en cuanto vendedores de ganado y sujetos pasivos de la contribución, quedaban automáticamente como accionistas de esas entidades. La firma actora cuestionó la constitucionalidad de la mencionada ley, sosteniendo que lesionaba el derecho a trabajar, de libre asociación, ejercer industria lícita, comerciar y de propiedad privada.

La Corte Suprema, rechazó esa pretensión, expresando que "en el presente caso, la agremiación obligatoria de los ganaderos no aparece como una imposición arbitraria o caprichosa del legislador, sino como el medio de salvaguardar sus intereses y también los de todos los habitantes del país y la economía nacional, afectados por la crisis de la ganadería [...]. En nombre de un remoto interés privado no sería posible cerrar los ojos ante el interés público y el positivo de millares de ganaderos empeñados en la defensa de la ley tachada de inconstitucionalidad" (consid. 9) (115).

El 22/6/1960, la Corte Suprema falló "Cine Callao" (116). En síntesis, la ley 14226 diagramó un sistema que estableció la obligación a los dueños de las salas cinematográficas de incluir en sus programas "espectáculos artísticos vivos de variedades" en todo el territorio nacional. Dicha obligación se iría cumplimentando progresivamente y por zonas, a efectos de asegurar adecuados niveles de ocupación a las personas dedicadas a las mencionadas actividades, con arreglo a lo que dispusiese su autoridad de aplicación, la Dirección Nacional del Servicio de Empleo.

Para que tales números artísticos pudieran desarrollarse, la ley exigía a los empresarios la obligación de remodelar sus instalaciones y contratar en sus salas a ejecutantes, a quienes se les exigían determinados requisitos, como por ejemplo la nacionalidad (debían ser argentinos o extranjeros, con residencia no menor a dos años, salvo excepción justificada por la jerarquía artística).

Respecto de la situación planteada, el cine Callao fue intimado a remodelar sus instalaciones, y al no cumplir con tal apercibimiento en término, fue sancionado con multa por dicha autoridad de control.

Interpuestos los recursos administrativos y judiciales pertinentes, la Corte Suprema declaró la validez constitucional de esa ley con fundamento en la cláusula del progreso de la Constitución (art. 67 inc. 16 y citando antecedentes jurisprudenciales de Estados Unidos, vgr. "L' Barbier vs. Connolly", 113 US 27), afirmando que "esta doctrina ha tenido siempre, en el derecho argentino, la firme base de sustentación proveniente del art. 67 inc. 16 CN., que representa una de las provisiones de mayor valía entre las diversas que atañen a la organización económico social de la Nación y de las provincias" [...] "dentro de esa especie del poder de policía ha de considerarse legítimamente incluida la facultad de sancionar disposiciones legales encaminadas a prevenir, impedir, morigerar o contrarrestar, en forma permanente o transitoria, los graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana o gran escala" (117).

Aseveró también que "el principio de la presunción de la constitucionalidad de las leyes supone, naturalmente, la de su razonabilidad, a lo menos cuando juegan elementos de hecho. En consecuencia, correspondiendo al impugnante evidenciar de modo concreto y categórico la irrazonabilidad de la ley 14226 (ALJA 1853-958-1-547) en su relación con las modalidades del caso, deber procesal que no cumplió, corresponde declarar que el art. 1 de aquélla, en cuya virtud se dispuso incluir 'espectáculos artísticos vivos' en los programas de una sala de cine, no es violatorio de los arts. 14 , 17 y 28 CN."

En el caso "Ángel Russo v. Delle Donne" dictado el 15/5/1959 (118), se declaró la constitucionalidad de una ley que suspendió temporariamente la ejecución de una sentencia judicial firme.

Se debatía en autos la constitucionalidad de las leyes 14442 , 14556 y 14775 (ALJA 1959-15), que suspendieron por 120 días los desalojos ordenados por sentencia judicial firme.

La Corte Suprema dijo que como respuesta a la grave situación social que se vivía en el país en cuanto a la escasez de viviendas, se procedió a una reglamentación más intensa de los derechos constitucionales, originando una mayor intervención estatal, convirtiéndose en legítimos algunos medios que no lo serían en épocas de normalidad (consid. 4).

Aclaró que las leyes en cuestión no alcanzaban a provocar una verdadera frustración de derechos que alteraran la sustancia de una decisión judicial firme, sino que suspendían transitoriamente la ejecución de la sentencia, por motivos de una grave emergencia social, asegurando que "con toda evidencia, la seguridad jurídica sería dañada si la ley alterara o degradara la sustancia de una decisión judicial, es decir si anulara el pronunciamiento imperativo sobre el derecho litigioso contenido en la sentencia o privara a ésta de eficacia ejecutiva" (consid. 11).

No objetada en la sentencia la razonabilidad de la suspensión del trámite dispuesta por las leyes 14442 , 14556 y 14775 , la existencia de un perjuicio para el accionante y la lesión de un interés jurídico y de su derecho reconocido por sentencia firme, invocadas para declarar inconstitucional el art. 1 ley 14442 y ordenar el lanzamiento del inquilino desalojado, no bastan para dejar sin efecto en el caso una legislación fundada en razones de emergencia (Voto del Dr. Alfredo Orgaz).

Esta dirección jurisprudencial se mantuvo vigente a lo largo de los años (119), inclusive hasta la actualidad (120).

e) La acción de amparo. El art. 43 CN. y la prohibición de arbitrariedad

La Constitución reformada en 1994 otorgó carácter constitucional a la acción de amparo, a través de su art. 43 , que reza "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley".

Consideramos que este artículo receptó expresamente en nuestra Carta Magna la prohibición de la actuación arbitraria de los poderes públicos, pudiéndose realizar, a nuestro modo de ver, una interpretación amplia, extendiendo su aplicación no sólo respecto del amparo, sino en relación con cualquier comportamiento arbitrario de las autoridades públicas, constituyendo el artículo transcrito una herramienta importantísima -muy poco frecuentada por los jueces- para realizar el control judicial de la administración.

f) El control de la actividad discrecional

Si bien el mérito del acto discrecional propiamente dicho está exento de control judicial, diversas han sido las técnicas que se han elaborado para someter este tipo de decisiones al derecho, mediante los llamados límites jurídicos (vgr., los ya mencionados enjuiciamiento de los elementos reglados, el control de los hechos determinantes, el control de los principios generales del derecho) (121).

No obstante, pensamos que el meollo de la cuestión radica en responder sobre la extensión de las facultades de los magistrados, sobre todo si pueden, además de anular la opción elegida por la administración en ejercicio de su libertad, realizar su propia elección y ordenar a la administración a que aplique una solución determinada (122).

La respuesta para todos los que han discutido arduamente la materia en España es igualmente negativa, aunque Fernández (123) haya recomendado que cuando el acto sometido a examen judicial no superaba el test de racionalidad, procedía la sustitución de la decisión administrativa discrecional por una decisión judicial, sólo en el caso que haya una única solución, por cuanto el margen de discrecionalidad se habría reducido a cero (124).

El art. 71 nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998 (LJCA.) de ese país zanjó definitivamente la cuestión al establecer que "cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo [...] d) Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados" (125).

Ese precepto -afirmó Bacigalupo Saggese- no incluyó la frase que, a continuación del texto citado, figuraba en el proyecto de ley (art. 69.2), que pretendía matizar lo allí establecido prescribiendo que "salvo que, como consecuencia de la anulación, sólo sea posible una única solución y exista base para ello en los autos" (126).

El resultado, sin embargo -afirmó el citado autor-, es el mismo (con o sin añadir esa oración); y es que siempre que se produzca, en virtud de las particulares circunstancias del caso concreto, una "reducción a cero" de la discrecionalidad inicialmente atribuida a la administración (Ermessensreduzierung auf Null, en la terminología alemana, de donde es originaria esta expresión), la potestad se habrá convertido -al haber tan sólo una única solución que se ajusta a derecho- en una de carácter reglado, con lo que habrá desaparecido el "contenido discrecional", en principio insustituible, del acto anulado. En derecho alemán se dice, en estos casos, que "el litigio se halla maduro para un fallo condenatorio" (Spruchreife).

La propia Exposición de Motivos de la LJCA. aclaró en su ap. VI.1 in fine que "esta regla no pretende coartar en absoluto la potestad de los órganos judiciales para extender su control de los actos discrecionales hasta donde lo exija el sometimiento de la Administración al derecho".

X. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

a) Diversas formas de relacionamiento de la administración con el ordenamiento jurídico de acuerdo con Luis V. Varela

En la provincia de Buenos Aires se aplica aún hoy (127) la ley 2961 (ALJA 1853-958-2-23), que aprobó el Procedimientos en lo Contencioso-Administrativo (128) (en adelante "Código Varela") en el año 1905, obra del jurista Luis V. Varela, quien tomó como modelo la ley española de lo contencioso administrativo denominada Santa María de Paredes, sancionada en 1888.

El mantenimiento de la vigencia del Código Varela durante prácticamente un siglo, sumado a los criterios restrictivos de acceso a la justicia que impuso dicho Código, generó la crítica de destacados doctrinarios de nuestro medio (129), proceso que culminó con la modificación de la Constitución Provincial en 1994 (LA 1994-C-3809) y la sanción de un nuevo CCA. (ley 12008) (LA 1998-A-553).

En este punto estudiaremos el tipo de vinculaciones de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico que consideró aplicable Varela (autor del Código que lleva su nombre).

Nuestro codificador se enroló -siguiendo el modelo español (130)- en la teoría de la vinculación negativa de la administración con el orden jurídico, otorgándole al Poder Ejecutivo la libertad de actuar sin control, siempre que la ley no disponga una forma concreta de hacerlo (la bastardilla es nuestra) (131).

La libertad de actuación del poder público se vio acompañada, en la concepción de Varela, por la ausencia de control judicial suficiente, motivada en la falta de un derecho adquirido en cabeza del administrado (en oposición al concepto de "simple interés" o "interés legítimo").

Explicó Varela la relación entre el tipo de potestad utilizado por la administración y la legitimación de los particulares. Dijo al respecto que "resulta evidente que los particulares que se sienten perjudicados por un acto de poder discrecional no pueden invocar jamás sino la lesión de un simple interés, desde que pudiendo la Administración proceder libremente, nadie puede pretenderse con derecho a que lo haga en tal o cual sentido concreto y único".

No obstante la doctrina precedentemente transcripta, dejó a salvo el autor el control judicial cuando la conducta estatal fue arbitraria por el incumplimiento de normas de forma (procedimiento) o de fondo (principios de derecho natural o positivo) (132).

El argumento para negar la revisión judicial de la actividad de la administración ejercida en virtud de "facultades discrecionales", fue que al conducirse el poder público en forma libre, por no estar regulada su actuación por una norma administrativa, no era posible el nacimiento de un derecho subjetivo de un particular que le permitiera interponer la acción contencioso administrativa (133).

Esta teoría jurídica -actualmente dejada de lado por la doctrina moderna- se opone al principio de la vinculación positiva, según la cual, todo lo que no le está expresamente permitido por una norma jurídica a la administración, deberá entenderse como prohibido (la bastardilla nos pertenece) (134).

Según explicó Varela en 1901 en su obra titulada "Estudio sobre lo contencioso administrativo", los actos dictados por la administración en ejercicio de facultades regladas generan derechos subjetivos en los destinatarios del acto, siempre que la norma (administrativa) los proteja (135).

La carencia de norma reguladora producirá un vacío legal o laguna que imposibilitará el nacimiento de la obligación de actuar impuesta a la administración y su correlativo derecho subjetivo de titularidad del administrado, restringiendo, por lo tanto, el control judicial del poder público.

Como se observa, en función de estas dos concepciones acerca de los modos de relacionamiento de la administración con el ordenamiento jurídico, el Código Varela dividió la actividad de la administración en reglada y discrecional, negando la revisión judicial de los actos dictados en virtud de esta última (136).

Esta separación de las facultades de la administración en libres y regladas fue objeto de duras críticas por parte de la doctrina nacional.

Tawil, por ejemplo, señaló al respecto que "no se concibe así, en la actualidad -ni encuentra justificativo alguno- que impida un código contencioso administrativo serio la impugnación judicial de los antiguamente llamados actos administrativos discrecionales -hoy desconocidos en su forma pura- a pesar del reconocimiento unánime en la doctrina argentina y extranjera de la necesidad de permitir la revisión judicial de los elementos competencia, forma, finalidad y causa, siempre reglados, aun en actos donde por su objeto pudiera llamarse a los mismos como predominantemente discrecionales" (137).

Crítica de similares alcances y fundamentos expuso en su momento Fiorini, quien remarcó la confusión que se desprende de la equiparación, en una de las notas al pie del Código Varela (138), de los "actos discrecionales" con los "actos políticos".

Sin embargo, en la citada obra, se manifestó Varela enfáticamente contra la división de la actividad estatal en "actos políticos" o de gobierno y "actos de administración" (139), describiéndola como una teoría funesta que sólo busca garantizar la inmunidad del poder público.

b) Las normas del Código Varela y el tipo de vinculación

El art. 1 Código Varela establece que se reputan causas contencioso administrativas aquellas en las que se vulnere un derecho de carácter administrativo, establecido a favor del accionante por una ley, un decreto, un reglamento u otra disposición administrativa (140).

En su nota al pie, explicativa del artículo citado, a fin de despejar cualquier duda expresó Varela que "jamás se repetirá bastante lo que se dice en varias partes de estos comentarios: cuando la resolución administrativa sólo hiera intereses y no derechos de un particular, no habrá lugar a la acción de que se trate".

El art. 28 del mencionado Código establece como condición para impugnar judicialmente las resoluciones administrativas "que la resolución verse sobre un asunto en que la autoridad administrativa haya procedido en ejercicio de sus facultades reglamentadas por leyes o disposiciones anteriores" (inc. 2) (141).

Por su parte, el art. 29 dispone que "la Suprema Corte desechará in limine toda demanda que verse: 1. Sobre

cuestiones en que la autoridad administrativa haya procedido en ejercicio de sus facultades discrecionales".

Como se desprende de una interpretación que integre los mencionados artículos, en el sistema normativo creada por el Código Varela nos encontramos con que el fundamento de los criterios restrictivos del acceso a la justicia devienen en forma directa del tipo de vinculación de la administración con el derecho que adoptó su autor.

Es que el distinto grado de protección jurídica del derecho subjetivo y del interés legítimo, originados en las respectivas facultades regladas y discrecionales de la administración, tiene su fundamento teórico -como quedó reflejado- en la vinculación negativa de la administración respecto de la ley (142) (la bastardilla es nuestra).

Partiendo de este principio de vinculación negativa, la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires (en adelante Sup. Corte Bs. As.) construyó su doctrina limitadora del control judicial de la actividad discrecional de la administración. Dijo que: "La Administración ejerce facultades discrecionales -que no abren la vía contencioso administrativa- cuando en presencia de determinadas circunstancias de hecho tiene libertad de decisión, por falta de norma jurídica que la constriña a un comportamiento determinado" (143).

Este criterio ha sido recientemente modificado (144), al reconocer la Sup. Corte Bs. As. el principio contrario, "todo lo que no está expresamente permitido a la administración está prohibido" (vinculación positiva), rescatándose el concepto de acceso irrestricto a la justicia materializado en la eliminación de las aludidas clasificaciones (derecho subjetivo - interés legítimo/ potestad reglada - potestad discrecional).

c) Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Doctrina de la vinculación negativa

A fin de analizar la evolución jurisprudencial durante esta etapa donde prevalecía el criterio de la vinculación negativa, dividiremos los fallos según la materia objeto de las decisiones: 1) empleo público, 2) contratos administrativos; y 3) cobro de impuestos.

La clasificación empleada en este punto, lo es al solo efecto de su sistematización metódica para su adecuada exposición, y sin perjuicio de otras organizaciones que se consideren más prácticas.

1.- Empleo público

Dentro de la relación de empleo público, se pueden observar facultades de la administración declaradas por la Sup. Corte Bs. As. también como potestades discrecionales, a saber: 1) Potestad disciplinaria; 2) Facultad de limitar en sus funciones a los empleados sin estabilidad; 3) Libertad de reincorporar agentes sancionados; 4) Facultad de equiparar o correlacionar cargos; y 5) Potestad genérica de organización administrativa.

A) Empleo público. Potestad disciplinaria

Dentro de la relación de empleo público, la potestad disciplinaria se manifiesta como un ámbito de acción del Estado donde la libertad de apreciación fue en un primer momento inhibitoria del control judicial, sin perjuicio de su paulatina morigeración con el transcurso del tiempo.

Esta materia, por ende, se puede utilizar como paradigma a los fines de repasar la evolución jurisprudencial de la Sup. Corte Bs. As., toda vez que la doctrina que emerge de sus fallos fue aplicándose al resto de las actividades discrecionales de la administración.

Entendemos que la evolución de la jurisprudencia podría ser clasificada en cinco etapas: 1) Prohibición absoluta de revisión judicial; 2) Control de los aspectos reglados de la facultad disciplinaria; 3) Ampliación de la revisión judicial a través de excepciones fundadas en vicios en la causa del acto, en el desvío de las finalidades públicas o en la falta de razonabilidad; 4) Revisión judicial plena; y 5) Eliminación del concepto de actividad administrativa exenta de control judicial.

1. Potestad disciplinaria. Prohibición absoluta de la revisión judicial

La facultad de aplicar sanciones a los agentes fue considerada desde antaño como esencialmente "libre", donde el único juez de la sanción era la propia administración (145).

Con estos fundamentos, la Sup. Corte Bs. As. prohibió en forma absoluta el control judicial de la potestad disciplinaria, haciendo hincapié en el carácter íntegramente discrecional de esta actividad.

En la causa "Casares, Julio v. Municipalidad de Lanús" (146), en el año 1960, la Sup. Corte Bs. As. rechazó la demanda interpuesta por un agente municipal con fundamento en que el municipio había actuado en ejercicio de sus facultades discrecionales.

2. Potestad disciplinaria. Control de los aspectos reglados de la facultad disciplinaria

La Sup. Corte Bs. As. autorizó el control judicial de los aspectos reglados del ejercicio de las facultades sancionatorias, permitiendo la revisión judicial en aquellos casos en que una norma disponía cuáles eran las

formalidades que debían estar presentes en los procedimientos sumariales.

En la causa "Rascio, Antonio v. Poder Ejecutivo s/demanda contencioso administrativa" (147), del 14/3/1961, con el voto del Dr. Fernández, se resumieron seis décadas de una doctrina constante de la Sup. Corte Bs. As. en la materia.

Se lee en la mencionada sentencia que "ha dicho esta Corte, en fallo que Argañarás en su Tratado sobre la materia nos recuerda, que la separación fundada en causa grave sólo permite la jurisdicción contencioso administrativa, si en la instrucción del expediente de cesantía, no se han observado las prescripciones reglamentarias; pero no en cuanto al fondo del asunto que constituye materia de apreciación privativa del Gobierno (3/11/1902). Por ello, la apreciación de los hechos que cometió el agente a fin de valorarlos e incluirlos entre las conductas penadas por la reglamentación aplicable, es una facultad discrecional del Poder Ejecutivo" (148).

Esa misma posición fue mantenida en autos caratulados "Pastura, Salvador v. Poder Ejecutivo s/demanda contencioso administrativa", al afirmar que "cuando no se alega que el Poder Ejecutivo ha excedido los límites señalados por el Estatuto a sus facultades disciplinarias, ni la falta de correspondencia entre la sanción impuesta y la infracción comprobada, la Corte carece de competencia para juzgar acerca de la gravedad de la falta y la adecuación a ella de la sanción disciplinaria" (149).

En esta etapa, la Sup. Corte Bs. As. negó la posibilidad de revisión del fondo de la cuestión planteada, sin entrar a analizar los vicios en la causa del acto administrativo, desvío de finalidad o falta de razonabilidad.

3. Potestad Disciplinaria. Ampliación de la revisión judicial a través de excepciones fundadas en vicios en la causa del acto, en el desvío de las finalidades públicas o en la falta de razonabilidad

A partir de fines de la década del setenta y principios de los ochenta, la Sup. Corte Bs. As. elaboró una doctrina jurisprudencial que, a través del control de los elementos del acto administrativo y del concepto de razonabilidad, permitió el control judicial de las facultades disciplinarias de la administración.

De esta forma estableció excepciones al principio de libertad de actuación del administrador: a) irrazonabilidad del acto por la presencia de decisión arbitraria o desviación de poder; b) vicios en el procedimiento administrativo violatorio del derecho de defensa; c) vicios en la motivación; d) vicios en la causa; y e) falta de proporcionalidad entre la causa y la sanción impuesta.

a) Potestad disciplinaria. Razonabilidad del acto: interdicción de la arbitrariedad y desviación de poder

El límite al ejercicio de estas facultades lo constituyó en un principio la manifiesta irrazonabilidad de la sanción o los vicios del procedimiento reglado.

Así, en autos rotulados "Reyes, Héctor M. v. Poder Ejecutivo s/demanda contencioso administrativa", del 18/4/1972, dijo la Sup. Corte Bs. As. que "en materia contencioso administrativa esta Corte no actúa como tribunal de control de mérito -salvo casos de palmaria absurdidad o de infracción a las reglas de la prueba- sino de legalidad (AyS 1966-I-554, entre otros) [...] no habiéndose discutido los hechos que dio por probados el poder administrador, ni ofrecido prueba alguna tendiente a desvirtuarlos, la sanción expulsiva aplicada no debe ser declarada insubsistente, al no haberse demostrado la absurdidad o irracionalidad de las conclusiones extraídas del sumario administrativo ni la ilegalidad de la susodicha sanción" (150).

La carga de la prueba recayó sobre la actora, que debió probar la irrazonabilidad o ilegalidad de la sanción, según confirmó la Sup. Corte Bs. As. en autos "Botey, Luis v. Poder Ejecutivo s/demanda contencioso administrativa", al manifestar que "carece de fundamento jurídico la acción contencioso administrativa que pretende la anulación de una cesantía cuando no se rinde prueba que desvirtúe la que obra en las actuaciones administrativas en las que tal cesantía se dispuso" (151).

En la causa "Verdún, Rodolfo v. Municipalidad de Capitán Sarmiento s/demanda contencioso administrativa", de 1984, la Sup. Corte Bs. As. amplió las circunstancias que posibilitaron la revisión judicial de facultades disciplinarias. Manifestó que "si bien es regla que la ponderación de los hechos configurativos de faltas disciplinarias y la graduación en las sanciones condignas, pertenecen al ámbito de las facultades discrecionales de la administración, su ejercicio es susceptible de revisión judicial cuando infringe las normas que reglan sus límites o incurre en arbitrariedad o desviación de poder" (la bastardilla es propia) (152).

El concepto de razonabilidad fue precisado por la Sup. Corte Bs. As., a través del voto del Dr. Laborde, quien expresó "La razonabilidad constituye un principio general del derecho (creación doctrinaria y jurisprudencial con fundamento en los preceptos de los arts. 28 y 33 CN.). Aplicado específicamente como límite a la discrecionalidad administrativa, su control implica verificar -además de los requisitos ineludibles de fin público, medio adecuado y no iniquidad manifiesta- la presencia de circunstancias justificantes. Esto es, que

la restricción impuesta a los derechos humanos ha de hallarse justificada por los hechos que le den origen" (153).

Por último, la Sup. Corte Bs. As. relacionó el principio de razonabilidad y la motivación expresando: "la arbitrariedad equivale a irrazonabilidad. La razonabilidad es principio o requisito que debe presidir todos los actos de los poderes públicos y ésta consiste en la exigencia de fundamentación suficiente de la decisión que se adopte para justificar su dictado, especialmente cuando por ello se extingue una situación creada. El principio cobra especial vigor en materia de facultades discrecionales" (154).

b) Potestad disciplinaria. Vicios en el procedimiento administrativo

En cuanto a los vicios en el procedimiento administrativo sancionador, la Sup. Corte Bs. As. estableció que su competencia revisora no se extiende a su análisis, ya que la deficiencia en el mismo puede ser superada en la oportunidad en que los afectados tienen para defenderse, probar y alegar en la instancia judicial.

Esta regla, así establecida, la sujetó a las siguientes excepciones: a) cuando con violación de principios o normas claras, se haya configurado un atentado irreparable al derecho de defensa; y b) cuando del examen de la prueba producida en el juicio y denegada por la autoridad administrativa surjan elementos cuya omisión haya menoscabado la recta apreciación de los hechos por parte de ésta en el ejercicio de facultades discrecionales insusceptibles de revisión judicial plena (155).

c) Potestad disciplinaria. Motivación suficiente del acto administrativo

La motivación, en tanto elemento reglado, debe estar presente en forma suficiente y adecuada en la decisión elegida a la hora de actuar en ejercicio de facultades discrecionales.

En el caso "Moyano, Víctor v. Municipalidad de Bahía Blanca s/demanda contencioso administrativa" la Sup. Corte Bs. As. precisó que "si bien no cabe revisar la valoración de los hechos efectuada por la Administración, debe ser dejada sin efecto la sanción aplicada si ésta carece de fundamentación adecuada, a fin de que la Administración, ejerza nuevamente, esta vez dentro del razonable marco de discrecionalidad que le asiste, su potestad disciplinaria" (156).

Las razones que dan fundamento a la necesidad de la motivación del acto son tres: 1) Evitar que se desvirtúen los principios republicanos que imponen a la administración dar cuenta de sus actos; 2) Los derechos de impugnación de los particulares afectados; y 3) La revisión judicial de la legitimidad y razonabilidad de tales actos (157).

d) Potestad disciplinaria. Vicios en la causa del acto administrativo

La Sup. Corte Bs. As. analizó los vicios en la causa del acto a fin de determinar la legalidad y razonabilidad de la sanción aplicada.

En "Klygo, Enrique v. Municipalidad de Quilmes s/demanda contencioso administrativa" dijo que "la inconsistencia de los antecedentes del acto, sumado a la falta de coherencia de los mismos con la conducta descrita para justificar la sanción y a la insuficiencia de fundamento normativo de ésta en tanto no se la correlacionó claramente con la infracción estatutaria a la que se correspondía, constituyen datos suficientes para admitir la ilegitimidad que el actor atribuye al ejercicio de la potestad disciplinaria municipal, que por ser discrecional debió encontrarse suficientemente motivada mediante la recepción clara y concisa de la causa realmente configurada" (158).

En 1998, en "Ferreiro, Lidia v. Municipalidad de La Matanza s/demanda contencioso administrativa", el juez de la Sup. Corte Bs. As., Negri, explicó el concepto de causa y su importancia en el control de las actividades discrecionales. Afirmó (en su voto minoritario) que "la expresión de las causas concretas que determinan la resolución resultan imprescindibles. Su exigibilidad es aún mayor en el ámbito del ejercicio de facultades discrecionales, ya que de lo contrario no sería posible examinar la legitimidad de los actos en sede judicial. La causa del acto administrativo son los antecedentes o circunstancias de hecho y de derecho que tuvo en cuenta la autoridad administrativa para dictarlo. Es decir que, como elemento esencial del acto presenta dos facetas, una fáctica y otra jurídica que deben hallarse necesariamente relacionadas y existir al momento del dictado del acto para que éste resulte válido" (159).

e) Potestad disciplinaria. Proporcionalidad entre la causa y la sanción

En "Anderson, Alicia v. Municipalidad de Chascomús s/demanda contencioso administrativa", la Sup. Corte Bs. As. analizó la necesaria proporción entre la causa y la sanción aplicada por la administración, estableciendo que "es irrazonable el acto de cesantía en tanto es notoriamente desproporcionado con relación a los antecedentes que debían servirle de causa y a las normas jurídicas que conferían al órgano la potestad extintiva de la situación administrativa creada" (160).

4. Potestad disciplinaria. Revisión judicial plena

La revisión de los elementos del acto ha sido la pieza clave de la apertura de la intervención judicial en los casos en que la administración ejerció facultades discrecionales.

En 1992 la Sup. Corte Bs. As., en "Trezza, Alicia v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa" (161), suprimió por mayoría (162) el principio del carácter restrictivo del control judicial (163).

El Dr. Negri definió en su voto el alcance de este control jurisdiccional (164), manifestando que "resultan aplicables a la revisión de los actos administrativos dictados en ejercicio de la potestad disciplinaria, los principios generales elaborados en la materia sobre la base de la juridicidad incita en la actuación de todos los órganos estatales a partir del art. 31 CN., que permiten el análisis de la existencia de los elementos que conforman el acto administrativo, la configuración en el caso de todos ellos conforme a derecho -comprendiendo las normas de aplicación supletoria o analógica (arts. 1 decreto ley 7647, 159 Const. Prov.)- y la consiguiente constatación de los vicios que pudieren justificar su anulación, incluida por cierto la irrazonabilidad en el ejercicio de las facultades discrecionales".

La minoría, integrada por los Dres. Mercader, Laborde y San Martín sostuvo el criterio tradicional de limitación del control judicial (ver 1.3 del presente) (165).

A partir del triunfo de la posición que consagró la revisibilidad de las facultades discrecionales, la Sup. Corte Bs. As. permitió el control judicial de la llamada "potestad disciplinaria" (166).

En virtud de esta doctrina, la Sup. Corte Bs. As. dejó de lado el rechazo in limine de las demandas contenciosas administrativas impuestas por la normativa aplicable (conf. art. 29 inc. 1 Cód. Varela), entrando al fondo de la cuestión planteada en la sentencia definitiva, y luego de producida la prueba pertinente que las partes hayan ofrecido (167). En particular estudió si la actuación administrativa a) infringió los límites reglados; b) incurrió en arbitrariedad o irrazonabilidad; o c) estuvo afectada por el vicio de desviación de poder.

5. Potestad disciplinaria. Eliminación del concepto de actividad administrativa exenta de control judicial

Esta etapa se relaciona con la sustitución del criterio de vinculación negativa por el de vinculación positiva de la administración con el derecho.

Los primeros fallos que hemos hallado en nuestra investigación (168), y que a nuestro criterio marcaron este trascendental paso, han sido las causas caratuladas "Piccini, Luis M. y otro v. Municipalidad de Tres de Febrero. Coadjuvante; Obispado de General San Martín s/demanda contencioso administrativa" (169), y posteriormente "Silva, Héctor v. Municipalidad de Moreno s/demanda contencioso administrativa", cuyo contenido será analizado ut supra por cuestiones metodológicas (170).

B) Empleo público. Facultad de limitar en sus funciones a los empleados sin estabilidad

El 8/1/1960 la Sup. Corte Bs. As. falló en autos rotulados "Querequeta, Oscar v. Municipalidad de Gral. Paz s/demanda contencioso administrativa" (171). El Sr. Querequeta, delegado municipal, se presentó ante la Sup. Corte Bs. As., solicitando se declare la nulidad del decreto 17 (ALJA 1974-B-13) que lo dejaba cesante en su cargo, sin sumario previo y fundamentado en la siguiente razón: "No mereció la confianza del intendente municipal".

La opinión mayoritaria no hizo lugar a la petición, fundándose en que la resolución municipal "no vulnera ningún derecho administrativo preexistente del actor que le asegurara el derecho a la estabilidad en el empleo ni, consiguientemente, el ejercicio del derecho de defensa, previo a su cesantía". En cuanto a la falta del procedimiento sumarial, argumentó la mayoría que sólo es exigido por la ley cuando se trata de cesantías con causa, y no lo es cuando juegan motivos de "mejor servicio" o "razones de confianza".

Este fallo adquirió trascendencia por la opinión minoritaria del Dr. Fernández, quien buscó en los motivos del acto algún indicio de su razonabilidad que, por supuesto, no halló.

Dijo: "Sin admitir el distingo que ha querido hacerse, ya que de la ley no surge, entre cesantía con causa o sin causa, invocando la autorizada opinión de Villegas Basavilbaso, sostuve en esa oportunidad que el nombramiento es el acto administrativo formal mediante el cual se crea la relación de empleo o función; su extinción requiere en todos los casos un acto formal determinado, pero es indispensable la existencia de una causa legal, esta causa, implica la cesación del vínculo iuris por ejemplo, una incompatibilidad legal, la supresión del empleo o función, o la muerte del agente, destacando que el ejercicio discrecional de la atribución en examen conduce a la arbitrariedad, pues, los empleos públicos no están en el comercio político, han sido creados por la ley para los intereses públicos, no para los intereses de los partidos, que en un momento dado asumen la dirección de los negocios públicos del Estado", para concluir diciendo "Frente a lo expuesto considero, discrepando con mis colegas, que al actor no se le pudo privar del cargo que desempeñaba, sin una

causa o razón atendible comprobada previo sumario y si este procedimiento no se observó, debe accederse a la petición formulada reincorporándolo al empleo del cual se viera privado arbitrariamente".

Observamos que la Sup. Corte Bs. As. estableció como doctrina que los empleados no amparados por el derecho a la estabilidad pueden ser limitados en sus funciones, en virtud de las facultades discrecionales descriptas ("mejor servicio" o "razones de confianza").

Asimismo, en autos "Civitelli de Genitti v. Municipalidad de Bahía Blanca s/demanda contencioso administrativa" (172), manifestó que "las designaciones con carácter interino no están amparadas por la garantía de estabilidad, pues los servicios prestados en tal condición son transitorios y duran hasta el nombramiento del titular del cargo pudiendo ser limitadas por la autoridad competente por razones discrecionales de servicio en virtud de la precariedad de la designación" y agregando que "la estabilidad es la razón de ser de las causas y procedimientos de extinción de la relación de empleo público como garantía de defensa (art. 18 CN.) cuando ese derecho existe la Administración se halla inhibida de concluir la relación discrecionalmente, debiendo atenerse a la normativa que rige esa situación, que no es la de autos".

En esa misma orientación, en "Zingoni, Jorge v. Municipalidad de La Plata s/demanda contencioso administrativa" (173), amplió su criterio afirmando que "el interinato como la suplencia tienen en común la nota distintiva de su transitoriedad, en virtud de la cual los empleados designados en tal carácter carecen de estabilidad en el cargo o función correspondiente, desde que tales nombramientos obedecen a una necesidad temporaria, circunstancial, y no pueden sino generar una situación de naturaleza precaria. Consecuentemente el Tribunal ha reconocido la facultad de la Administración de limitar dichas designaciones por razones discrecionales de servicio".

C) Empleo público. Libertad de reincorporar agentes sancionados

Es criterio invariable de la Sup. Corte Bs. As. que los agentes que dejan de pertenecer a planta permanente por aplicación de una sanción firme y consentida (174) o por el alejamiento del cargo por renuncia (175), pueden ser reincorporados posteriormente (176), pero carecen de un derecho subjetivo a que esto ocurra.

La petición realizada por un ex agente fue interpretada por esta corriente como hipótesis de nueva designación. Por lo tanto, hacer lugar o no a la reincorporación es una facultad discrecional exenta de control judicial, al igual que lo es la potestad de nombramiento de un nuevo empleado.

En consecuencia su denegación no permite la apertura de la vía judicial.

D) Empleo público. Facultad de correlacionar o equiparar cargos de la estructura organizacional

La Sup. Corte Bs. As. determinó que es una facultad discrecional de la administración correlacionar o equiparar los cargos de los agentes públicos luego de una modificación de su estructura organizacional con el fin de calcular el haber jubilatorio correspondiente.

En autos "Olivero, Juan v. Caja de Jub. Sub. y Pens. del Personal del Bco. de la Pcia. de Bs. As. s/demanda contencioso administrativa" (177), 17/12/1985, expresó que "la determinación de equivalencia o correlación entre cargos ya desaparecidos y los creados o subsistentes con posterioridad, es una atribución conferida por las leyes a los órganos administrativos, cuya naturaleza en gran medida discrecional no está en duda, y que en consecuencia, sólo puede ser revisada judicialmente en caso de acreditarse el carácter arbitrario de la decisión administrativa, corriendo a cargo del impugnante la prueba respectiva".

E) Empleo público. Actividad genérica de organización administrativa

Se trata en este punto de analizar el alcance del control judicial de la actividad genérica de organización de la administración, que incluye el traslado de agentes, la reagrupación del personal, la modificación de la carrera administrativa, etc.

En autos "Rodríguez, Raúl v. Municipalidad de Avellaneda s/demanda contencioso administrativa" (178), dijo la Sup. Corte Bs. As. que la actividad genérica de organización es una facultad discrecional, y la revisión que en este aspecto ejerce el tribunal puede fundarse en la arbitrariedad o falta de razonabilidad del acto impugnado (179).

En una sentencia interlocutoria de fecha 3/9/1991, en autos "Tilli, Antonio v. Municipalidad de Mercedes s/demanda contencioso administrativa" (180), estableció como facultad discrecional de la administración las siguientes: a) La reconsideración de una categoría; b) La revisión de una situación de revista; y c) La reubicación de un agente público.

Por lo tanto, aplicando directamente el art. 29 inc. 1 Código Varela, se resolvió no hacer lugar a la demanda negando la revisión judicial del caso.

El límite al ejercicio de dicha facultad también lo constituye la falta de motivación del acto que dispuso el traslado de un empleado público, sin justificar la decisión en las necesidades propias del servicio y cuando la administración no asignó tareas que guarden relación con el cargo que ocupaba el agente trasladado (181).

En autos "Rey, Manuel v. Pcia. de Bs. As. s/demanda contencioso administrativa" (182), dijo que "si bien el derecho a la carrera reconocido en el Estatuto para el Personal de la Administración Pública importa el derecho a los ascensos consecuentes, el cuestionamiento judicial no puede alcanzar a la actividad genérica de organización, permitiendo a los agente impugnar las facultades que en este aspecto se ejercitan".

En 1997 la Sup. Corte Bs. As. resolvió la causa "Bischoff, Luis v. Pcia. de Bs. As. (Obras Sanitarias) s/demanda contencioso administrativa" (183), por la cual un agente se agravió de la violación del derecho subjetivo a ser encasillado en la categoría y clase correspondientes a la función desempeñada, o a la de mayor jerarquía ante el reencasillamiento del personal general de Obras Sanitarias. El argumento que determinó la revisión judicial por parte de la Sup. Corte Bs. As. fue la existencia de una norma legal (ley 10834) que estableció límites a la actuación discrecional de la administración, fijando un procedimiento para efectuar el reencasillamiento y otorgando un derecho subjetivo a favor de los agentes.

2.- Contratos administrativos

Otro de los ámbitos donde el Estado ejerció facultades no sujetas al control judicial fue en materia de contratos administrativos.

En autos "Brave Construcciones S.A. v. Instituto de la Vivienda s/demanda contencioso administrativa" (184), la Sup. Corte Bs. As. resolvió la impugnación de una empresa constructora, adjudicataria de una obra pública, que se agravió del procedimiento establecido por el reglamento del decreto ley 8781, para ajustar las liquidaciones de variaciones de costos correspondientes a obras ejecutadas, variando las condiciones de ajuste previstas en las bases del llamado.

Dijo la Sup. Corte Bs. As. que "el decreto ley 8781 configura el ejercicio de actividad discrecional de la autoridad administrativa, dado que incorpora parámetros económico-financieros distintos a los concertados libremente. Tales disposiciones revisten un carácter facultativo, circunstancia por la cual no confiere al particular un derecho de naturaleza administrativa, extremo este último que se adquiere en oportunidad de suscribirse el nuevo convenio. Anular este acto privaría de sustento al único ámbito susceptible de generar su derecho nacido precisamente al amparo del régimen cuestionado".

En el caso rotulado "Paz, Valentín v. Pcia. de Bs. As. s/demanda contencioso administrativa" (185), resolvió la demanda de un permisionario que impugnaba un decreto provincial que dispuso la caducidad del contrato y la aplicación de multas y el reclamo de cánones adeudados. Si bien la Sup. Corte Bs. As. rechazó la demanda, haciendo lugar a la excepción de incompetencia del tribunal ante la falta de cumplimiento del recaudo establecido en el art. 30 Código Varela (Solve et Repete), se manifestó sobre los requisitos que debe contener el acto que dejó sin efecto el permiso de uso (186).

A su turno, la Fiscalía de Estado dijo que la administración había actuado en ejercicio de sus facultades discrecionales, sin afectar ningún derecho subjetivo de carácter administrativo.

Al respecto, señaló en su voto el Dr. Rodríguez Villar: "En tal sentido, juzgo que la situación configurada se ajusta a la doctrina del Tribunal en cuanto estableció que los actos administrativos precarios que hacen nacer derechos debilitados, en el sentido que es dable extinguirlos por razones de interés público sin derecho a indemnización, no pueden ser revocados válidamente de modo incausado o arbitrario, y en tal supuesto cabe al particular accionar en sede judicial para obtener el restablecimiento de su derecho".

En "Alem, Norma v. Municipalidad de Pinamar s/demanda contencioso administrativa" (187), la Sup. Corte Bs. As. dispuso que el llamado a licitación pública, cuando se venció el plazo de la concesión, es una facultad discrecional. Expresó al respecto: "en el caso, la actora pretende la anulación de los actos administrativos del Consejo Deliberante y del Intendente Municipal, desestimatorios de los cuestionamientos planteados contra el llamado a licitación pública de una concesión para la explotación de una Unidad Turística, de la que a su criterio sería titular, no obstante haber vencido el plazo contractual y siendo que esta Corte ha resuelto que no tiene garantizado la prórroga del plazo del contrato y que la ley orgánica de las Municipalidades (art. 231) le confiere a la autoridad administrativa una atribución enmarcada en el ámbito de las facultades discrecionales".

3.- Facultades impositivas

Por último mencionaremos una sentencia por la cual la Sup. Corte Bs. As. se pronunció sobre la determinación de impuestos, estableciendo que se trataba de una potestad discrecional.

En autos "Guichón, Roberto v. Pcia. de Bs. As. s/demanda contencioso administrativa" (188), de 13 de

agosto de 1985, manifestó que es facultad del Fisco provincial establecer los montos imponibles sobre base presunta en forma discrecional, siempre que la determinación sea razonable y fundada.

El Dr. Cavagna Martínez expresó que "a los fines de la determinación impositiva sobre base presunta, el Código de la materia no regula taxativamente los hechos y circunstancias permitidos de evaluar sino que, en general reconoce validez a aquellos que, por su vinculación o conexión con las normas fiscales, se conceptúan como hechos imponibles y permiten inducir en el caso particular la procedencia y el monto del gravamen [...]. Habiendo dado el ente recaudador suficiente cuenta del procedimiento seguido para establecer los montos imponibles sobre base presunta, la decisión determinativa sólo podría ser tachada de arbitraria o irrazonable conforme se aparte de los principios generales expuestos en el Código de la materia (art. 29 Cód. Fiscal) indicadores de la existencia de actividad discrecional en este aspecto [...]. La determinación impositiva sobre base presunta debe tener el límite de la razonabilidad y adecuarse a las pautas adoptadas para ella con la naturaleza de la actividad del contribuyente".

d) Doctrina de la vinculación positiva

En el marco de la reforma constitucional bonaerense de 1994 que positivizó la tutela judicial continua y efectiva y el acceso irrestricto a la justicia (189), la Sup. Corte Bs. As. admitió un control judicial amplio, abandonando por ende el criterio restrictivo que únicamente abría la vía judicial cuando el actor gozaba de un derecho subjetivo (190).

En 1995, en el difundido caso "Rusconi, Oscar v. Municipalidad de la Plata s/demanda contencioso administrativa" (191), permitió el control de la conducta estatal, aun ante la petición de un sujeto titular de un interés legítimo.

En cuanto al tipo de vinculación que debe ligar a la administración con el ordenamiento jurídico, la Sup. Corte Bs. As. varió su tradicional posición, inclinándose, en autos "Piccini, Luis M. y otro v. Municipalidad de Tres de Febrero. Coadjuvante: Obispado de General San Martín s/demanda contencioso administrativa" (192), por la regla de la vinculación positiva.

Sintéticamente, el municipio de Tres de Febrero, mediante una ordenanza, desafectó un inmueble del dominio público y procedió a donarlo al Obispado de General San Martín. Previo a su desafectado, fue declarado por dicho municipio "espacio verde".

Frente a esa situación, se presentó un vecino que revestía el carácter de frentista, solicitando la nulidad del acto de desafectación y la posterior donación al Obispado, ya que se veía perjudicado por el accionar del municipio.

El Dr. Pisano observó que no existía norma legal alguna que facultara al municipio de Tres de Febrero a donar una parcela del dominio público a una persona jurídica que no integraba ninguno de los estamentos estatales. El ordenamiento jurídico no le permite a la administración actuar en la forma que lo hizo. Por lo tanto, dijo el juez opinante, la ordenanza de desafectación carece de sustento legal.

En el considerando cuarto del voto en análisis (al que luego adhirieron los restantes ministros de la Sup. Corte Bs. As.), el magistrado se expidió concretamente sobre el tipo de vinculación. Dijo: "[...] siguiendo a Fiorini, que no puede existir actividad de la Administración, vinculada o discrecional, sin ley previa que autorice la gestión. La actividad discrecional está tan ligada a la norma como lo debe estar la actividad vinculada. En el estado de derecho no se concibe que los órganos realicen determinada labor sin tener como fundamento una regla autoritaria, sea de carácter administrativo, legislativo o constitucional. Toda la administración está vinculada a una norma jurídica ("La discrecionalidad en la Administración Pública", p. 41 y ss.)".

En autos "Silva, Héctor v. Municipalidad de Moreno s/demanda contencioso administrativa", la Sup. Corte Bs. As. profundizó esa misma posición al analizar un caso donde se fijaban los alcances del control judicial de la potestad sancionadora.

En primer lugar, la mayoría de la Sup. Corte Bs. As., a través del voto del Dr. De Lázari, eliminó la posibilidad de darle a un acto administrativo el carácter de "reglado" o "discrecional". Dijo que "ello por cuanto es doctrina unánime que no existen actos estrictamente reglados, o totalmente discrecionales, sino que, en todo caso, tales características pueden informar predominantemente un determinado acto administrativo" (193).

Luego de dejar en claro que nunca las atribuciones de un órgano administrativo pueden ser totalmente regladas o absolutamente discrecionales, se expidió en relación a la vinculación del Estado con el Derecho: "La actividad de la Administración Pública, como acertadamente lo expresa Fiorini, sea discrecional o reglada, estará ligada radical y fundamentalmente con la norma legislativa o ley que ejecuta", reiterando lo expresado por el Dr. Pisano en autos "Piccini", en el sentido que "la actividad discrecional está tan ligada a la norma como

lo debe estar la actividad vinculada".

Toda la actividad estatal, aun cuando sea en ejercicio de la potestad disciplinaria, debe estar vinculada positivamente con el ordenamiento jurídico. Este concepto de revisión judicial plena fue ratificado en la sentencia, en comentario "Silva", de la siguiente forma; "la tarea discrecional no está desvinculada de la reglada; sino comprendida, como todo accionar estatal, por la plenitud hermenéutica del orden jurídico; de allí, y tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la discrecionalidad del obrar de los órganos administrativos no implica que ellos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que tal discrecionalidad no resulte fiscalizable (Corte Sup., en autos `Consejo de Presidencia de la delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos s/acción de amparo', sent. del 23/2/1992)".

No obstante, deja sentado la Sup. Corte Bs. As. que la administración puede apreciar con libertad la oportunidad, el mérito o la conveniencia, de una decisión administrativa, siempre que el ordenamiento jurídico la faculte para ello (194).

La Sup. Corte Bs. As. remarcó, siguiendo la opinión del Dr. Hitters en autos "Rusconi", que los principios liminares del estado de derecho son la legalidad administrativa y el acceso a la justicia.

Esta nueva doctrina, fundada en el principio de legalidad, rechaza "toda hermenéutica que conspire contra la adecuación de la Administración a la ley y cierre el camino a la jurisdicción".

Por último, la Sup. Corte Bs. As. fundó normativamente el derecho de acceso a la justicia en el art. 15 nueva Const. Prov., el art. 8.1 Pacto de San José de Costa Rica, y el art. 75 inc. 22 CN., que le otorga al mencionado Tratado de derechos humanos jerarquía constitucional. Citó el fallo una jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha dicho que la garantía de ser juzgado equitativamente por un organismo judicial independiente, significa el derecho de acceso a la justicia.

Esta doctrina se reiteró en autos "Pilomeno de Questa, Marta v. Municipalidad de Morón s/demanda contencioso administrativa" (195), del 26/10/1999. Todo lo hasta aquí expuesto nos permite afirmar que nuestra Sup. Corte Bs. As. ha borrado el viejo criterio de la vinculación negativa, sentando las bases para un renovado estado de derecho que permita el control judicial amplio, sin márgenes para la impunidad.

En la provincia de Buenos Aires -cabe subrayar-, cuando se ponga en vigencia el nuevo CCA. bonaerense (ley 12008, LA 1998-A-553 y 12310, LA 1999-C-3523), juntamente con la puesta en marcha del FCA. respectivo aplicándose en forma plena e irrestricta la Constitución provincial (en especial el art. 166 párr. 5º), se habrá ganado una nueva batalla histórica contra la arbitrariedad de los poderes públicos y frenado la pretensión implícita (pero obvia) de las actuales autoridades provinciales de eximirse del control judicial de sus actos y continuar con el statu quo.

NOTAS:

(1) Ver nuestro trabajo Cabral, Pablo O. y Maljar, Daniel E., "Responsabilidad del Estado por no poner en marcha la nueva Justicia Administrativa Bonaerense", JA del 20/12/2000, p. 15.

(2) Obviamente pensamos que lo óptimo o ideal -inalcanzable hoy día-, sería la elevación a grada constitucional del principio de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos.

(3) García de Enterría, Eduardo, "Democracia, jueces y control de la Administración", 1998, Ed. Civitas, Madrid, p. 105 y ss.; quien expresó también que "en muchos países del tercer mundo en que los ritos democráticos han pasado a ser puramente convencionales que difícilmente ocultan a una oligarquía establecida de un partido, o del conjunto de los partidos que se distribuyen entre ellos abiertamente un privilegio".

(4) Conf. García de Enterría, Eduardo, "Democracia, jueces y control de la Administración" cit., ps. 76/79, quien señaló: "Sobre la partidocracia (fórmula italiana) o estado de partidos (fórmula alemana, que [...], ha hecho suya nuestro Tribunal Constitucional) la atención ya es general. Fue también Kelsen quien forjó tempranamente la fórmula 'estado de partidos' (Parteienstaat). Calificando a los partidos como 'uno de los elementos más importantes de la democracia real', de modo que, a su juicio, 'la democracia moderna reposa enteramente sobre los partidos', afirma con todo énfasis que 'la democracia es, pues, necesaria e inevitablemente, un estado de partidos' [...] ese paso a primer término de los partidos resulta inevitable en el moderno Estado y por sí solo ha alterado la tradicional y abstracta visión de la representación política [...]. La primera de esas colonizaciones (de la sociedad por el estado de partidos) se expresa en un inesperado reforzamiento actual del clientelismo (o 'nepotismo político'), especialmente a través de la tendencia de los partidos dominantes a penetrar todos los ámbitos de la vida estatal y social. Aunque esta tendencia sea objeto de las críticas más severas, críticas que hago sustancialmente mías, es un hecho que en todos los países continentales europeos se ha extendido, sea cual sea el signo de los partidos en el poder [...]. Los partidos

dominantes se apresuran a situar hombres de su confianza, no sólo en los centros políticos relevantes, que ha sido una tradición en el sistema de partidos, sino en los sucesivos niveles de la Administración, hasta haberse consolidado una verdadera regresión de la independencia, neutralidad y objetividad de los funcionarios, hoy gobernados en buena parte más que por la regla constitucional del 'mérito y la capacidad' (art. 23), por el criterio de la 'confianza' política, desde el ingreso a la provisión de cargos y a la promoción de carrera. La duplicación de la burocracia profesional por una burocracia paralela, bien sometida a la legislación laboral, bien a la pura discrecionalidad política (asesores, consejeros, gabinetes), con frecuencia con competencias alternativas y sustituibles, es una expresión manifiesta del mismo fenómeno. Simultáneamente, el régimen y carrera de los funcionarios profesionales está hoy, en algunas de sus condiciones esenciales, entregado a la pura discreción política, en mengua manifiesta de su independencia e imparcialidad".

(5) Conf. García de Enterría, Eduardo, "Democracia, jueces y control de la administración" cit., p. 82, quien explicó que "la corrupción es un fenómeno que viene de lejos; Séneca escribió ya hace muchos siglos que la corrupción es un vicio de los hombres, no de los tiempos. Pero es un hecho que, sin duda, la corrupción ha cobrado nuevos aspectos en nuestro tiempo y una penetración bastante más extensa, en buena parte en virtud del sistema del estado de partidos... La financiación de los partidos políticos y de sus campañas electorales está, frecuentemente, en los orígenes del surgimiento de prácticas corruptas, las cuales se extienden inmediatamente por sí mismas hacia posiciones individuales".

(6) Conf. Fernández, Tomás R., "De la arbitrariedad del legislador", 1998, Ed. Civitas, p. 168. Dijo además que "la ley ha estado siempre, como es lógico, en el centro de todas las reflexiones sobre el Derecho y la Política. Desde siempre también se ha buscado por eso para ella un anclaje seguro, un cimiento sólido, en la medida en que sobre ella había de descansar toda la estructura del complejo edificio que reclama inexcusablemente la convivencia en paz [...]. Se encontró entonces un anclaje nuevo en el concepto de democracia, pero la acentuación de la voluntad popular y la omisión de toda idea de limitación terminaron desembocando otra vez en el gobierno de los hombres, en otra forma, en definitiva, de gobierno tiránico. Esa experiencia, que, como ha dicho Sartori, nos muestra cómo debemos proceder, se ha repetido a lo largo de la Historia muchas veces".

(7) Conf. Fernández, Tomás R., "De la arbitrariedad del legislador" cit., p. 93, quien dijo al respecto que "desde Locke, por tanto, quedó claro que el poder arbitrario no es privativo sólo de las monarquías, sino que puede encontrarse también en las repúblicas y en los sistemas parlamentarios".

(8) Conf. Kelsen, Hans, "La démocratie. Sa nature", p. 72, citado en la p. 62 de la obra de García de Enterría, Eduardo, "Democracia, jueces y control de la administración" cit.

(9) A pesar de la división de poderes, el poder del Estado es percibido por los ciudadanos como único. Así lo expresó Benjamín Villegas Basavilbaso ("Derecho Administrativo", t. V, 1954, Tipográfica Editora Argentina, p. 97), quien, en un pasaje sumamente ilustrativo, expresó: "el poder del Estado es unívoco. Impone su voluntad a los individuos por medio de órganos especializados, a los cuales se atribuyen por el ordenamiento constitucional determinadas funciones. Como ya se ha manifestado, el poder en sí mismo no puede ser objeto de división ni de partición; su desmembración no podría cambiar su sustancia".

(10) Ampliar en García de Enterría, Eduardo, "Revolución Francesa y administración contemporánea", 1994, Ed. Civitas, Madrid.

(11) "La idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho -afirmó García de Enterría- es una idea que surge del Estado montado por la Revolución Francesa, pero que aparece de manera ocasional". Conf. García de Enterría, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder", Revista de Administración Pública Española (RAP.) n. 38, y posteriormente editado como libro en 1974, Ed. Civitas, Madrid, y reeditado por la misma editorial en 1995, p. 13 y ss.

(12) Como uno de los exponentes de nuestro derecho constitucional, Adolfo G. Ziulu, aseveró en cuanto a la noción de poder ("Derecho Constitucional", t. I, 1998, Ed. Depalma, p. 146) que "[...] es en su acepción más simple y difundida, la relación de mando y obediencia, que se manifiesta tanto dentro de las estructuras estatales como fuera de ellas. El poder es reconocido como uno de los elementos básicos del Estado, y pese a su carácter instrumental, es el objeto principal de estudio de la ciencia política"; por su parte, Germán J. Bidart Campos ("El Derecho Constitucional del poder", t. I, 1967, Ed. Ediar, p. 15) dijo: "El poder estatal o poder político es, ante todo, un poder social. La circunstancia de que esté politizado y juridizado no lo priva de su realidad

originaria como mando social, como fenómeno sociológico. Quiere decir que el poder del Estado es un poder sobre hombres, un mando de unos o pocos individuos sobre muchos individuos. Aquí se distingue el cuerpo dominante y la comunidad gobernada, en la irreductible distinción -lógica y fáctica- del mando y la obediencia". Entendemos que el titular del derecho de controlar a las autoridades públicas es la ciudadanía, y no el Poder Judicial. Este último Poder sólo es el medio establecido por la organización constitucional para ejercerlo en su nombre e intentar eliminar la arbitrariedad de los gobernantes.

(13) Ziulu ("Derecho Constitucional" cit., t. I, p. 41) explicó que "el constitucionalismo es el proceso histórico en virtud del cual se van incorporando a las leyes principales de los Estados disposiciones que protegen la libertad y la dignidad del hombre, y limitan adecuadamente el ejercicio del poder público". Isidre Molas, por su parte ("Derecho Constitucional", 1998, Ed. Tecnos, Madrid, p. 31), dijo al efecto que "así apareció el constitucionalismo, que ha comprendido distintas orientaciones ideológicas y políticas, con el fin de situar al Estado bajo el control de los miembros de la comunidad y garantizar la seguridad en el disfrute de los derechos de la persona, es decir eliminar la arbitrariedad del poder".

(14) Karl R. Popper ("La sociedad abierta y sus enemigos", t. I, 1992, Ed. Planeta-Agostini, p. 124) dijo al respecto que "quienes creen que la primera pregunta es fundamental (¿Quiénes deben gobernar?), suponen tácitamente que el poder político se halla esencialmente libre de control. Así suponen respecto de alguien que detenta el poder, ya se trate de un individuo o de un cuerpo colectivo, como, por ejemplo, una clase social. Y suponen también que aquel que detenta el poder puede hacer prácticamente lo que se le antoja, y, en particular, fortalecer dicho poder, acercándose así al poder ilimitado o incontrolado. Descuentan, asimismo que el poder político, es en esencia soberano. Partiendo de esta base, el único problema de importancia será, entonces, el de ¿quién debe ser el soberano? Aquí le daremos a esta tesis el nombre de teoría de la soberanía (incontrolada), sin aludir con él, en particular, a ninguna de las diversas teorías de la soberanía sostenidas por autores tales como Bodin, Rousseau o Hegel, sino a la suposición más general de que el poder político es prácticamente absoluto o a las posiciones que pretenden que así lo sea, junto con la consecuencia de que el principal problema que queda por resolver es, en este caso, el de poner el poder en las mejores manos".

(15) Conf. Popper, Karl R., "La sociedad abierta y sus enemigos" cit., t. I, p. 124, quien afirmó: "Nuestra tesis es que toda teoría de la soberanía omite la consideración de un problema mucho más fundamental, esto es, el de si debemos o no esforzarnos por lograr el control institucional de los gobernantes mediante el equilibrio de sus facultades con otras ajenas a los mismos". Agregó "todas las teorías de la soberanía son paradójicas. Por ejemplo, supongamos que hayamos escogido como la forma ideal de gobierno, el gobierno del más sabio o del mejor. Pues bien, el más sabio puede hallar en su sabiduría que no es él mismo el que debe gobernar sino el mejor, a su vez, éste puede encontrar en su bondad que es la mayoría quien debe gobernar. Cabe señalar que aun aquella forma de la teoría de la soberanía que exige el 'Imperio de la ley' es pasible de la misma objeción. En realidad, esta dificultad ya había sido advertida hace mucho tiempo, como lo demuestra la siguiente observación de Heráclito: La ley puede exigir, también que sea obedecida la voluntad de un solo hombre" (la bastardilla es nuestra).

(16) Conf. García de Enterría, Eduardo, "Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial", 1998, Ed. Civitas, Madrid, p. 278 y ss.

(17) Conf. García de Enterría, Eduardo, "Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial" cit., p. 278 y ss. En palabras del autor: "[...] estamos tomando más y más conciencia de que el más peligroso de los poderes arbitrarios es precisamente el del legislador mismo, Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht des Gesetzgebers, la amenaza de la libertad por el poder del legislador, es el expresivo título de un reciente trabajo de Leibholz. Respecto a ese peligro en el plano de la técnica jurídica -aparte, pues el problema de las formas e idearios políticos- no disponemos de otra arma que la técnica del control judicial de las normas, control operante sobre todo mucho más que para defender el sistema de la jerarquía puramente formal, para defender precisamente, como acaba de exponernos Otto Bachof en un iluminador estudio un Wertordnung un orden de valores materiales, expreso o no en la parte dogmática de las Constituciones pero que tiene en todo caso su verdadero fundamento en el sentido general de la justicia propio de la comunidad de que el Tribunal armado con esa competencia es órgano primario".

(18) Conf. Popper, Karl R., "La sociedad abierta y sus enemigos" cit., t. 2, p. 402, quien dijo, además, que: "el abandono de la actitud racionalista, la pérdida del respeto a la razón, al argumento y al punto de vista de los demás; la insistencia en las capas más profundas de la naturaleza humana; todo esto debe conducir a la idea de que el pensamiento es sólo una manifestación, algo superficial de lo que yace dentro de estas profundidades irracionales. Debe llevar casi siempre -creo yo- a considerar más a la persona pensante que a su pensamiento;

debe llevar a la creencia de que pensamos con nuestra sangre, con nuestro patrimonio nacional, con nuestra clase [...]. Al abandonar así la razón, fraccionan a la humanidad en amigos y enemigos; en la minoría privilegiada que comparte la razón con los dioses, y la mayoría que carece de ella (como dice Platón); en el grupo reducido que nos rodea y el más extenso que permanece a remota distancia; en los que hablan la lengua intraducible de nuestros propios sentimientos y pasiones y los que hablan una jerga extraña. Y sobre estas premisas, el igualitarismo político se torna prácticamente imposible". Es por ello que coincidimos con el citado autor, cuando expresa que "ningún sentimiento, ni siquiera el amor, puede reemplazar el gobierno de las instituciones controladas por la razón" (t. 2, p. 403).

(19) Conf. Popper, Karl R., "La sociedad abierta y sus enemigos" cit., t. 2, p. 404 y ss. Aseveró "emocionalmente, todos nosotros dividimos a los hombres entre aquellos que están cerca nuestro y los que están lejos. La división de la humanidad en amigos y enemigos es un distingo emocional elemental, tanto, que ha sido reconocida incluso en el mandamiento cristiano: "¡Ama a tus enemigos!" [...]. Nuestra reacción natural es la de dividir a la humanidad en amigos y enemigos; entre los que pertenecen a nuestra tribu o a nuestra colectividad emocional y los que permanecen fuera de éstas; entre los creyentes y los descreídos; entre los compatriotas y los extranjeros; entre los camaradas de clase y los enemigos de clase, entre los conductores y los conducidos".

(20) Conf. Von Ihering, Rudolph, "La Lucha por el Derecho", 1992, Valleta Ediciones, p. 106.

(21) Conf. Molas, Isidre, "Derecho Constitucional" cit., p. 40.

(22) Conf. Molas, Isidre, "Derecho Constitucional" cit., p. 33. Expresó el mencionado autor que "la Constitución española de 1978 es el resultado de un proceso de cambio político, realizado por vía pacífica, a lo largo de un período de tiempo más bien dilatado, que hizo posible el tránsito desde la dictadura franquista hasta la democracia. Este proceso se realizó de acuerdo con las exigencias de legalidad del sistema anterior, que se había ya reformado en lo imprescindible entre 1976 y 1977, pero cuyas leyes fundamentales se mantuvieron vigentes hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978".

(23) La Guerra Civil Española tuvo su origen en una sublevación militar en Marruecos que fue encabezada por el general Francisco Franco, extendiéndose rápidamente en toda la península Ibérica, iniciando una cruenta guerra interna que causó cerca de un millón de muertos y en la que intervinieron soldados italianos, alemanes y portugueses. Después de terribles batallas (Toledo, Madrid, Brunete, Belchite, Teruel, Bilbao, Guadalajara, El Ebro, etc.), en las que triunfaron en forma indistinta los dos bandos, los nacionalistas se impusieron y entraron victoriosos en Barcelona (26/1/1939) y luego en Madrid (28/3/1939).

(24) Conf. Moreno Ocampo, Luis, "Cuando el poder perdió el juicio", 1996, Ed. Planeta, p. 79, quien afirmó que "la posibilidad de un golpe era tan comentada que la discusión, a fines de 1975, se focalizaba en la demora de Videla en concretarla. Se especulaba con la posibilidad de que el Congreso desplazara a Isabel... Al iniciarse el año 1976, a pesar del temor y repudio generalizado de la sociedad civil, los protagonistas de la violencia continuaron enajenados en sus acciones, en una espiral que desembocaría en el golpe de Estado menos de tres meses después". Ver el informe de la Comisión Nacional de Desaparición de Personas (CONADEP.), que emitió un informe que se denominó "Nunca más".

(25) Por lo demás, reaccionando fuertemente contra las terribles experiencias del modelo que se dejaba en el camino, fue la incorporación con jerarquía constitucional de la garantía de los derechos humanos. Así, el Preámbulo de la CE. proclamó la voluntad de "proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos" establecidos en los arts. 10 a 55 del Título I, titulado "De los Derechos y Deberes Fundamentales".

(26) Conf. García de Enterría, Eduardo, "¿Es conveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota", publicada en la Revista de Administración Pública (RAP.) n. 124, Madrid.

(27) El art. 1 CE. dice que "1) España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. 2) La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. 3) La forma política del Estado español es la monarquía parlamentaria".

(28) El art. 66 CE. establece que "1) Las Cortes generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado. 2) Las Cortes generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya

la Constitución. 3) Las Cortes generales son inviolables".

(29) El art. 97 CE. dispuso que "el Gobierno dirige la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes". Asimismo el gobierno está integrado por el presidente, vicepresidente y ministros, aquél es nombrado por el rey, quien previamente somete la propuesta ante el Congreso de los diputados, quienes otorgarán su voto de confianza al candidato propuesto (art. 99 CE.).

(30) El art. 117.1 CE. expresa que "la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley".

(31) Conf. Molas, Isidre, "Derecho Constitucional" cit., p. 52, quien dijo al respecto que "en el ordenamiento jurídico español, la voluntad popular está concretada en la Constitución, entendida como ley fundamental... Por tanto, todos los poderes constituidos quedan sometidos a la voluntad del poder constituyente, a la Constitución, que es la ley fundamental del ordenamiento jurídico. A ella queda vinculado, por tanto, el ejercicio de la potestad legislativa por las Cortes generales, las cuales sólo pueden aprobar leyes válidas en el marco formal y material definido por la Constitución. Se trata del principio de constitucionalidad que preside nuestro ordenamiento jurídico".

(32) Conf. García Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo", t. I, 1998, Ed. Civitas, Madrid, p. 92 y ss., quienes explicaron que "Esta doctrina se impuso con todas las Constituciones (monarquismo restaurado o moderado, monarquía liberal, repúblicas, franquismo). La Constitución organizaba y articulaba, por supuesto, los poderes supremos, pero estas normas no eran justiciables por sí mismas... Sólo en el plano político las eventuales contradicciones con la Constitución eran invocables y, en último término, al cuerpo legal correspondía arbitrar las diferencias sobre la fidelidad o la infidelidad a la Constitución, nunca a jueces o Tribunales".

(33) Conf. García Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R., "Curso de Derecho Administrativo" cit., t. I, p. 101. La revolución jurídica operada con la sanción de la CE. -explicaron- sepultó la vieja concepción que limitaba el texto constitucional a un documento declamatorio y retórico, a un texto que domina no sólo el campo relativamente estricto de la justicia, sino la totalidad de la vida jurídica de la sociedad.

(34) El art. 159 CE. establece cómo será su composición: "el Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial" (inc. 1); los miembros del Tribunal serán nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional (inc. 2), y tendrán un mandato de nueve años renovables por terceras partes cada tres años (inc. 3).

(35) Cabe destacar, por otro lado, que en el mundo occidental hay dos modelos de control de constitucionalidad de las leyes y actos administrativos: a) el modelo norteamericano, y b) el europeo. En EE.UU., a partir del mundialmente famoso precedente "Marbury v. Madison", el Tribunal Supremo se atribuyó el control de la constitucionalidad de las leyes no previsto expresamente en el texto de la Constitución de 1787. A partir de dicho pronunciamiento, el control se caracterizó por ser difuso (realizado por todos los jueces) incidental y obligatorio sólo para el caso concreto.

(36) Los jueces tendrán que plantear la cuestión ante el Tribunal en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos (art. 163 seg. oración CE.). Sobre los distintos Tribunales Constitucionales, ampliar en Ziulu, Adolfo G., "Derecho Constitucional" t. I, p. 111 y ss.

(37) Conf. Molas, Isidre, "Derecho Constitucional" cit., p. 229. En sus palabras: "El Tribunal Constitucional es un órgano constitucional encargado de realizar la interpretación suprema de la Constitución, que posee carácter jurisdiccional y que forma parte integrante del sistema político español... Aunque su actuación se corresponde con la de los órganos judiciales, es también, al mismo tiempo, un órgano constitucional no integrado en el Poder Judicial: es un órgano del sistema político que actúa con independencia de los otros órganos del Estado, a los que impone su interpretación de la Constitución, y que resuelve los conflictos entre ellos, aunque nunca pueda intervenir de oficio, sino a instancia de quien está legitimado para recabar su actuación, y no posea la decisión de oportunidad".

(38) Conf. García de Enterría, Eduardo, trabajo citado en el texto. Ese artículo inicial fue publicado nuevamente en su obra "Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial" cit., p. 245 y ss. En dicha publicación el citado autor analizó dos fallos de la sala 5ª del Tribunal Supremo (uno de fecha 20/2/1959 y otro del 6/7/1959), donde los jueces efectuaron un control que, por primera vez, fue más allá del control formal de legalidad.

(39) El art. 17 Fuero de los españoles establece que "los españoles tienen derecho a la seguridad jurídica. Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas".

(40) Conf. García de Enterría, Eduardo, "Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial" cit., p. 184 y ss., quien expresó: "Esos principios generales del Derecho que el Tribunal supremo ha utilizado de manera resuelta y sistemática [...], sin perjuicio de su validez general, en cuanto tales principios, sobre todo como técnicas de control de la discrecionalidad administrativa en cualquiera de sus manifestaciones, pueden centrarse, en cuanto a su aplicación específica a los Reglamentos, alrededor de un principio matriz que puede ser útil destacar, el principio de la interdicción de la arbitrariedad". El citado jurista español explicó cuáles son las razones por las cuales la interdicción de la arbitrariedad debía ser incorporada al ordenamiento jurídico español, afirmando que "la formulación como principio de una interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad reglamentaria parece cumplir los requisitos que para la determinación de principios ha señalado Latournerie: el criterio de la adherencia o fidelidad a los datos que expresa, el criterio de fecundidad, en cuanto que instrumentos no sólo de coordinar los resultados adquiridos, sino también de obtener resultados nuevos, el criterio de la simplicidad y el de la precisión. La idea de la interdicción de la arbitrariedad es una evidente idea matriz del ordenamiento, remite inmediatamente, por ello mismo, al plano de valor de la justicia material, expresa con acierto que se trata de un auténtico control de fondo, que se contraponen sistemáticamente al control formal del respeto a la competencia, al procedimiento y al mero orden jerárquico de las normas, y tiene a la vez la misteriosa mezcla de precisión (que evita su disolución nebulosa) e indeterminación (que permite su dinamicidad su superioridad de grado para dominar supuestos muy varios) que es peculiar de los auténticos principios de derecho".

(41) Conf. García de Enterría, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder" cit.

(42) Conf. García de Enterría, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder" cit. Afirmó: "Pues bien, hay que afirmar que la Administración está sometida no sólo a la ley, sino también a los principios generales del Derecho, y ello por una razón elemental, porque la Administración no es señor del Derecho, como puede pretender serlo, aunque siempre será parcialmente legislador. La ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del ordenamiento jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración [...]. Las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales del Derecho son muy extensos".

(43) Sobre principios jurídicos, ver el trabajo de Delgado Barrio, Javier, "El control judicial de la Administración y los principios generales del Derecho en España", publicado en una obra conjunta "Sobre los principios jurídicos", 1998, Ed. Abeledo-Perrot.

(44) Conf. Bachof, O., "Jueces y Constitución", 1985, Ed. Civitas, Madrid, p. 43. La Constitución -expresó también (p. 39)- constituye la norma material, expresión de un orden de valores donde cobra su verdadero sentido el control judicial de la administración que, ciertamente, es anterior a la ley fundamental, pero que con ésta adquiere una eficacia renovada. Este planteamiento, en sentido similar, fue expuesto por García de Enterría al analizar la CE. Dijo al respecto "que nuestra Norma Fundamental no califica al Estado sólo de estado democrático, sino de estado democrático de Derecho. Lo cual quiere decir un estado donde el poder del Estado, democráticamente formado, está vinculado al derecho, en el sentido de sus valores materiales y de sus principios generales, lo que asigna a los jueces un papel central en el sistema, porque un estado de derecho entendido como estado de justicia, sin un aparato judicial capaz de concretar ésta, para imponerla como una realidad social efectiva, sería una burla y, finalmente, una fuente de grave frustración", y les remite a una jurisprudencia de valores materiales, presididos por el primer valor que es la justicia y todos los demás valores concretos a que el estado material de derecho sirve, apartándoles de su viejo papel de aplicadores mecánicos y rutinarios de las leyes, entendidas como simples reglas externas ("Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", Revista de Administración Pública (RAP.) n. 40, y también en "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho", 1984, Ed. Civitas, Madrid, ps. 104 y 109).

(45) Asimismo, Díez-Picazo, Luis M., "La doctrina del precedente administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 98, Madrid, p. 15, afirmó que "el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizado por el artículo 9 de la Constitución, es, en definitiva la otra cara de los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe. Trata de proteger los mismos valores, pero desde el punto de vista de los poderes públicos, prohibiéndoles conductas desiguales y desleales. Este hecho ha sido finamente advertido por el Consejo de Estado francés, para cuya jurisprudencia el principio de igualdad se traduce en el principio de no discriminación y no arbitrariedad".

(46) El art. 1 CE. establece que "1. España constituye un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

(47) Martín Retortillo, Luis, "Materiales para una Constitución", 1984, Ed. Akal, citado en la obra de Fernández, Tomás R., "De la arbitrariedad del legislador" cit., p. 98.

(48) Conf. Fernández, Tomás R., "De la arbitrariedad de la Administración", 1997, Ed. Civitas, Madrid, p. 159.

(49) Conf. Fernández, Tomás R., "De la arbitrariedad de la Administración" cit., p. 160, quien aseveró: "los ciudadanos podemos dirigir libremente nuestros propios asuntos y decidir, en consecuencia, según nuestra propia voluntad, nuestros deseos o nuestros caprichos, con más o menos fundamentos o con ninguno. Nuestros deberes se agotan en la observancia de la ley. Por eso la prohibición constitucional de la arbitrariedad del artículo 9.3 CN. va dirigida específicamente a los poderes públicos y no a todos en general, como el mandato contenido en el apartado primero de dicho artículo". También expresó al respecto que "tiene así plena justificación que el art. 9.3 CN. refiera la prohibición de arbitrariedad a los poderes públicos solamente y no a los ciudadanos, a los que el apartado 1 del propio precepto declara también sujetos a ella y al resto del ordenamiento jurídico. La arbitrariedad es, ante todo, injusticia del Estado, del gobernante, que pretende eximirse del orden por él creado y reclama para sí una libertad de incumplirlo a su antojo que a los ciudadanos niega con toda la fuerza coactiva del poder que éstos han delegado en él. Es, pues, la injusticia por antonomasia, la antítesis de la justicia, su negación más radical" (p. 240).

(50) Se suscitó en España una muy interesante y fortísima polémica doctrinaria entre Fernández, Tomás R., "Arbitrariedad y discrecionalidad", en "Estudios sobre la Constitución española", Libro Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Madrid, luego reproducido en un Cuaderno Civitas del mismo título, 1991; "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor" en "La protección jurídica del ciudadano", Libro en Homenaje al Profesor J. González Pérez, 1993, Madrid, también en el n. 76 de *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*; "De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario", en el n. 80 de *REDA*; "¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?", *REDA*, n. 83. Estos cuatro estudios se agruparon en el volumen, reiteradamente citado aquí, "De la arbitrariedad de la administración" cit.; Luciano Parejo Alfonso, en su libro "Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias. Un estudio del alcance e intensidad del control judicial a la luz de la discrecionalidad administrativa", 1993, Ed. Tecnos, Madrid, y "La intensidad del control judicial de la Administración Pública: el juez contencioso-administrativo y la discrecionalidad", en *REDA*, n. 15/16, p. 59 y ss., 1994, Ed. Depalma; Sánchez Morón, Miguel, "Discrecionalidad administrativa y control judicial", 1994, Ed. Tecnos, Madrid, y "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa", en la obra colectiva *Cuadernos de Derecho judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, 1995, Madrid, p. 143 y ss.; Atienza, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica" *REDA*, n. 85, marzo de 1995; García de Enterría, Eduardo, "Democracia, jueces y control de la administración", 1997, Madrid.

(51) Conf. Carrió, Genaro R., "Notas sobre Derecho y lenguaje", 1994, Ed. Abeledo-Perrot, p. 92, quien afirmó que "el significado de una palabra o expresión lingüística depende, por lo tanto, de una convención. Definir una palabra es hacer explícitas las reglas de uso de las mismas, esto es, decir para qué sirve, y señalar cuáles son las oportunidades, circunstancias o fenómenos en presencia de los cuales es correcto -según esas reglas de uso- valerse de la expresión definida. Tales reglas pueden ser más o menos precisas [...]. Las palabras no tienen otro significado que el que se les da (por quien las usa, o por las convenciones lingüísticas de la comunidad). No hay, por lo tanto, significados intrínsecos, verdaderos o reales, al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado [...]. Es verdad que quien se vale de una palabra apartándose del significado usual que en contextos análogos ella recibe, o escogiendo como único aceptable uno de los significados usuales con exclusión de los otros, corre el riesgo de que los demás no lo entiendan, o lo entiendan mal, si no hace

explícita la estipulación o ella no resulta del contexto. Pero tal estipulación no puede ser calificada de verdadera ni de falsa, y, por lo tanto, no puede ser probada ni refutada mediante la invocación de hechos. Tampoco pueden serlo los enunciados que se derivan de ella".

(52) Conf. Fernández, Tomás R., "De la arbitrariedad de la Administración" cit., p. 156. Explicó también que "ni siquiera fuera del ámbito del proceso el arbitrium supone una voluntad enteramente libre, pues, como recuerda Tito Livio, los propios embajadores que Roma enviaba para concluir la paz con sus enemigos eran instruidos previamente a este fin por el Senado (quibus mandatorum senatum) de forma que su liberum arbitrium resultaba moderado por el Romano permittenti".

(53) Sobre el derecho público en Roma, ver Fernández de Buján, Antonio, "Derecho Público Romano y recepción del Derecho Romano en Europa", 1998, Ed. Civitas, Madrid.

(54) Conf. Fernández, Tomás R., "De la arbitrariedad de la Administración" cit., p. 156.

(55) Conf. Fernández, Tomás R., "De la arbitrariedad de la Administración" cit., p. 160.

(56) Conf. Fernández, Tomás R., "De la arbitrariedad de la Administración" cit., p. 160. Respecto de la causa, tiene dicho Marienhoff que es un elemento esencial del acto administrativo que consiste en "los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictarlo" (Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho", t. II, 1993, Ed. Abeledo-Perrot n. 403, p. 298). El mismo autor explicó más adelante que la autoridad expresa la causa del acto mediante su "motivación", que es "la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto [...] es la expresión o constancia de que el motivo existe o concurre en el caso concreto [...] no es otra cosa que un aspecto o ingrediente del elemento 'forma' del acto administrativo: no es, pues, un elemento autónomo de dicho acto. Tiende a poner de manifiesto la 'juridicidad' del acto emitido, acreditando que, en el caso, concurren las circunstancias de hecho o de derecho que justifican su emisión. Aléjase así todo atisbo de arbitrariedad. En suma: trátase de una expresión de 'forma' que hace a la subsistencia del acto" (Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho", t. II, 1993, Ed. Abeledo-Perrot, n. 411, ps. 327 y 330). Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN.) hubo de tratar el tema en el asesoramiento asentado en dictámenes 198:88, donde, con cita de Gordillo y respaldo de otros autores, se recordó que "La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina 'los considerandos' del acto, es una declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto..." (Gordillo, Agustín A., "Tratado de Derecho Administrativo", t. III, 1979, Ed. Macchi, p. X-6.). Puede leerse luego, en el mismo dictamen, que "se ha enseñado en doctrina que: [...] Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un 'medio de prueba en verdad de primer orden', sirviendo además para la interpretación del acto' (Gordillo cit., p. X-6 y ss.). Los considerandos del acto -continúa el pronunciamiento que estamos citando- constituyen, a la vez, el cumplimiento con el recaudo de motivación exigido por la ley 19549 (ALJA 1972-A-382) y un elemento fundamental para la prueba e interpretación del acto". Viene también al caso reproducir a la letra lo aseverado en dictámenes 180:38 PTN.: "Esta Procuración ha sostenido desde antiguo que todo acto del Estado debe tener justificación y que aun los emanados de facultades discrecionales exigen adecuada motivación".

(57) Conf. Fernández, Tomás R., "De la arbitrariedad de la Administración" cit., p. 82 y ss.

(58) Conf. Hutchinson, Tomás, "Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", 1995, Ed. Astrea, quien dijo asimismo que el "derecho a una decisión fundada comprende la consideración expresa de todas y cada una de las cuestiones propuestas y de los principales argumentos. La Administración no está obligada a seguir a la parte en todas sus argumentaciones, sino en las que considere conducentes a la solución de la cuestión [...]. El derecho a una decisión fundada se conecta a su faz pasiva con el deber genérico de motivar los actos administrativos. Se erige esta fundamentación como una garantía para los habitantes, que así pueden controlar los actos de los funcionarios y hasta obligarlos a que sus decisiones confirmen, en los hechos, la presunción de verdad que se les atribuyen. La fundamentación de los actos es de la esencia de un régimen republicano, en el que el funcionario ejerce su función por delegación de la soberanía que reside originariamente en el pueblo, que tiene derecho a controlar sus actos".

(59) La distinción entre el derecho público y el privado constituye todavía un problema no resuelto en la teoría general del derecho, problemática que se remonta al nacimiento mismo del derecho administrativo, proyectándose con especial vehemencia en la actualidad. Recordemos que la autonomía científica del derecho administrativo se fue logrando como consecuencia de las necesidades histórico-políticas según los tiempos y

países, juntamente con un proceso por el cual se fue creando una ciencia separada y distinta del derecho civil. Así, en Francia, el inconveniente no es, ni mucho menos, de carácter simplemente teórico. En ese país, la dualidad de jurisdicciones siempre estuvo vinculada a la asignación de competencia en razón de la materia entre la jurisdicción administrativa y la judicial. Advertiremos que dicha concepción fue utilizada, durante un largo período, para ir paulatinamente delimitando la competencia judicial y la administrativa. En dicho país -cabe destacar- existen tradicionalmente dos órdenes de jurisdicciones. Por un lado, el orden judicial, que conoce de los litigios que oponen a los particulares entre sí y de los procedimientos penales; y el orden administrativo, que conoce de los litigios que oponen a los particulares a la administración pública. Una vez producida la Revolución Francesa, y por motivo de la desconfianza que se les tenía en aquel momento a los jueces de la jurisdicción ordinaria, se elaboró un sistema institucional diferente del conocido hasta entonces, habida cuenta, por un lado, de que los revolucionarios temían que a través de los magistrados judiciales se recreara el antiguo régimen que tanto habían combatido, y por el otro, la tradición institucional vivida en Francia hasta entonces. Este temor de perpetuación del antiguo régimen se fundaba en el reducido número de jueces que les impedía a los revolucionarios modificar totalmente la composición del Poder Judicial. El miedo a regresar al período monárquico produjo, como manifestación jurídica inmediata, una peculiar interpretación de la teoría tradicional de la separación de los poderes del Estado, elaborada por Montesquieu. El "Nuevo Sistema" quedó plasmado en dos leyes fundamentales, que aún hoy rigen, y que son la ley del 16/24 de agosto de 1790 y la ley del 16 de Fructidor del año III (2/9/1795). Conf. Benoit, Francis P., "El Derecho Administrativo francés", 1977, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, p. 339 y ss., traducción al español de Rafael Gil Cremades. Véase para completar el panorama Hauriou, André, "La utilización por el derecho administrativo de las normas y principios del derecho privado", LL 1936-4-1 sección doctrina, y recientemente publicado por LL suplemento "Páginas de Ayer", Año 1, n. 5, octubre de 2000.

(60) El art. 19 CN. establece que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Ampliar en Sampay, Arturo E., "La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional" (LA 1995-A-26), 1995, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

(61) Conf. García de Enterría-Fernández, "Curso de Derecho Administrativo" cit., t. I, p. 426 y ss. Podemos agregar que las decisiones estatales, en cambio, deben ajustarse al concepto de razonabilidad dispuesto en el art. 28 CN.

(62) Conf. Von Ihering, Rudolph, "El fin en el Derecho", p. 176 y ss.

(63) Conf. Borda, Guillermo, "Manual de Derecho Civil", Parte General, 1995, Ed. Abeledo-Perrot, p. 28 y ss.

(64) La doctrina civilista bregó incansablemente para plasmar en el Código Civil la teoría del abuso del derecho, ya que en su versión original esa institución no estaba incluida en el citado cuerpo legal. Pero a partir de la reforma por ley 17711 (ALJA 1968-A-498), el nuevo art. 1071 lo recepcionó al establecer que "el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres". El derecho, entonces, no puede ser ejercido en forma maléfica, dañina y contraria a los fines de la ley, la moral y la buena fe. Sin embargo, Guillermo Borda ("Manual de Derecho Civil" cit., Parte General, p. 33) ha observado algunas excepciones a esa regla diciendo que "hay empero, algunos derechos que pueden ejercerse arbitrariamente, sin que el sujeto deba rendir cuentas de su conducta o de los móviles justos o injustos que lo han guiado. Se trata de un pequeño número de derechos que escapan al concepto de abuso; como ejemplos, en los que hay acuerdo prácticamente general, podemos citar el de pedir la división de un condominio o la partición de una herencia, el de disponer por testamento de la porción que no corresponde a los herederos forzosos, el de desheredar a quien ha incurrido en alguna de las causas legales, etc.".

(65) Para García de Enterría, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder", 1983, Madrid, ps. 32 y 33, algunos conceptos jurídicos que gozan aparentemente de una gran amplitud, en realidad son nociones que expresan una realidad en la cual el juzgador no tiene margen para la discrecionalidad ni pueden darse a su respecto situaciones ambiguas. Por ejemplo: el buen hombre de negocios (art. 59 ley 19550) (t.o. 1984, LA 1984-A-46). Lo peculiar es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da, o no; o se comportó, o no, como un buen hombre de negocios. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en su aplicación a una circunstancia concreta. Por ello, el proceso de constatación de si éste se

cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o libertad, sino de juicio o estimación, que debe ajustarse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, y por otra, al sentido jurídico preciso que la ley le asignó, con la intención de que la solución posible sea sólo una. Entonces el proceso de aplicación no admite más que una única solución justa. Se trata de un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales. La funcionalidad inmediata de esta fundamental distinción se comprende enseguida: allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de aplicación. Por su parte, Bianchi, Alberto B., "El writ of certiorari en nuestra Corte Suprema" (La "cuestión federal suficiente" como concepto jurídico indeterminado), en la obra conjunta "Proceso Administrativo y Constitucional", en coautoría con Tawil, Guido S., 1992, Ciencias de la Administración, p. 394; manifestó "aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Si el ministro, por ejemplo, tiene potestad discrecional para ascender a funcionarios de una categoría y pasarlos a una categoría superior, tan justo será, desde el punto de vista del Derecho, que escoja a Juan, que escoja a Pedro, como que escoja a Antonio. Aquí, cualquiera de estas soluciones, alternativamente, es igualmente justa, y precisamente porque lo es existe libertad de decisión (la discrecionalidad consiste esencialmente en una libertad de elección) procediendo ésta en virtud de otros criterios materiales distintos de los jurídicos, que por ello no pueden jurídicamente ser fiscalizados".

(66) El art. 14 bis CN. establece que "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: ... protección contra el despido arbitrario..." (la bastardilla es propia).

(67) El art. 43 CN. establece que "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva" (la bastardilla también es nuestra).

(68) Pero ¿cuándo se turba arbitrariamente una posesión de un particular?; o ¿en que ocasión existe una injerencia arbitraria en la vida privada? Entendemos que tanto la "posesión" como la "privacidad" están protegidas por el ordenamiento jurídico, por lo tanto, las conductas de otros particulares que violen o transgredan, de acuerdo con pautas objetivas de valoración merituada por el juez, serán consideradas arbitrarias.

(69) Ver Villegas Basabilbaso, Benjamín, "Derecho Administrativo" cit., t. V, p. 11. Este autor consideró que "la exposición de las doctrinas sobre la institución en examen, no exhaustiva por cierto, demuestra la disparidad de criterios para su definición. Se ha sostenido la imposibilidad de una definición. Las dificultades a este respecto no pueden impedir al jurista la determinación de su concepto. No es posible admitir que una institución jurídica, a pesar de la complejidad de su contenido, como es la policía, sea indefinible. Sólo los valores puros son indefinibles". Citó a Romero, Francisco-Pucciarelli, Eugenio, "Lógica y nociones de teoría del conocimiento", 1942, Bs. As.-México, p. 75, quien manifestó: "Como la definición importa una explicitación del contenido del concepto, un desarrollo, cuando el contenido es único no es posible la definición". En este aspecto, disintimos con este autor por entender que, a lo largo de su evolución histórica, esta noción fue mutando permanentemente debido a que constituye un concepto estrechamente ligado e influenciado por las restricciones a las libertades y derechos del hombre, por lo que puede resultar dificultosa una definición perdurable. Este condicionamiento hizo que dicha conceptualización haya sido contingente y varíe de acuerdo con cada sociedad política y con la corriente ideológica que gobierna un país en un momento determinado de su historia. La definición del poder de policía "constituye un ejemplo relevante de una de estas nociones fundamentales en las que su contenido sólo ha podido ser precisado en breves períodos de tiempo y cuyos contornos se resquebrajan al compás de las leyes y de las decisiones jurisprudenciales" (Chenot, "L'existencialismo et le droit. Revue Française Politique", citado por Bassols Coma, "Servicio público y empresa pública: Reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales", septiembre-diciembre de 1977, RAP. n. 84, Madrid, p. 35 y ss.). Por ese motivo, ninguna noción o intento de conceptualización del poder de policía tendrá carácter absoluto, todas son genéricas, descriptivas y tendenciosas. Siempre habrá zonas grises, neutras que obligarán a un retorno indagativo, una y otra vez, persiguiendo un resultado que no podrá ser de ningún modo aceptado por todos. Es por ello que en este trabajo será imposible brindar una noción de poder de policía universalmente válida, intemporal e inmutable.

(70) Conf. Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. IV, 1987, Ed. Abeledo-Perrot, p. 522; Linares, Juan F., "Derecho Administrativo", 1986, Ed. Astrea, p. 421 y ss.; Dromi, José R., "Derecho Administrativo Económico", t. II, 1979, Ed. Astrea, p. 289.

(71) Conf. Gordillo, Agustín, "Estudios de Derecho Administrativo", 1963, ps. 9/31, y en su "Tratado de Derecho Administrativo", Parte General, t. II, 1977, Ed. Macchi, Cap. XII, ps. 15 a 35. En esta misma postura se encuentra Merkl, Adolfo, "Teoría general del Derecho Administrativo", trad. esp., 1935, Madrid, p. 323, quien afirmó que "habría llegado el momento de la eliminación del concepto de policía, en virtud de la imposibilidad de circunscribirla, separándola de la actividad estatal general y de la actividad administrativa imperativa, vale decir, hallar en la policía una particular actividad jurídico-positiva dentro del campo total del derecho. Atribuye esta imposibilidad a la siguiente causa: el concepto de policía no ha sido sugerido por el derecho positivo, sino por el estado de policía que exige ser apoyado en su gran pasado, su conservación teórica".

(72) Conf. Barra, Rodolfo C., "El poder de policía y su ejercicio a la luz de la virtud de la Justicia", ED 75-244.

(73) Bianchi, Alberto B., "El estado de sitio económico", t. 50, mayo de 1990, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, p. 13 y ss.

(74) Para ampliar extensamente, ver Villegas Basavilbaso, Benjamín, "Derecho Administrativo" cit., Caps. I y II.

(75) Respecto de la reglamentación de los derechos individuales, el art. 14 CN. establece que "todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio". La reforma constitucional de 1994, por su parte, incorporó nuevos derechos y garantías. Por ejemplo, la garantía para el pleno ejercicio de los derechos políticos; sufragio universal; la igualdad real entre el hombre y la mujer (art. 37); derechos para los partidos políticos como instituciones fundamentales del sistema democrático (art. 38); la iniciativa popular (art. 39); el derecho a un ambiente sano (art. 41); la protección de los consumidores y usuarios (art. 42); la acción de amparo (art. 43).

(76) Conf. Taylor, "Due Process of Law", p. 397.

(77) Conf. Linares, Juan F. ("Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina", 1989, Ed. Astrea), quien entendió que los arts. 16 y 17 de la Carta Magna también son relevantes para fundamentar este principio.

(78) Sobre el principio de razonabilidad o justicia, dijo Tomás Hutchinson ("Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires" cit., 1995) que "Este principio encuentra su fundamento en los arts. 28 y 86 inc. 2 CN., al disponer que los derechos no pueden ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio y que el Ejecutivo tiene el deber de no alterar el espíritu o esencia de la letra de las leyes con excepciones reglamentarias. En el orden de la realidad administrativa se reconoce cuando el acto adopta medidas adecuadas a su finalidad, es decir, proporcionales. Donde no hay proporcionalidad tampoco hay razonabilidad. Todos los funcionarios están obligados a cumplir su cometido mediante el dictado de actos razonables, siendo la razonabilidad una exigencia para que el acto sea jurídico; y deben extinguirse de oficio o a petición de parte -por razones de ilegitimidad- los actos arbitrarios, producto del ejercicio irrazonable de las facultades administrativas".

(79) A partir de esta definición, el STC. (11:1981, FJ 8) propuso dos caminos hermenéuticos para "tratar de aproximarse a la idea del contenido esencial". Dijo: "El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el 'nomen' y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexistente conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer al tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así.

Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales". Inmediatamente, el tribunal definió el segundo camino. Según su criterio, "consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de la esencialidad del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicos protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". Ampliar en Cianciardo, Juan, "El conflictivismo en los derechos fundamentales", 2000, EUNSA. (Ediciones Universidad de Navarra S.A.), Pamplona, y Gavara de Cara, Juan C., "Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales de la ley fundamental de Bonn)", 1994, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

(80) El art. 19 inc. 1 ley fundamental de Bonn establece que "Cuando de acuerdo con la presente ley fundamental un derecho fundamental pueda ser limitado por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser aplicable al caso concreto. Además, la ley deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo", mientras que el inc. 2 dice "En ningún caso un derecho puede ser afectado en su contenido esencial".

(81) Cabe destacar que ni la ley fundamental de Bonn ni la Constitución española han tomado como antecedente la Constitución Nacional en este aspecto.

(82) El art. 51.1 CE. establece que "los derechos y libertades reconocidos en el Cap. II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a".

(83) Conf. Alberdi, Juan B., "Bases y puntos de partida para la organización nacional", 1957, Ed. Sopena, p. 188.

(84) Conf. Bidart Campos, Germán, "Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino", t. I, 1993, Ed. Ediar, p. 361 y ss.; quien agregó: "En primer lugar la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia que nos muestra lo que se ajusta o es conforme a la justicia, lo que tiene razón suficiente. En segundo lugar, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hacen posible vivir la razonabilidad, y su opuesto, la arbitrariedad. Fundamentalmente, la razonabilidad exige que el medio escogido para alcanzar un fin válido guarde proporción o aptitud suficientes con ese fin; o que haya razón valedera para fundar tal o cual acto de poder".

(85) Conf. Bidart Campos, Germán, "Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino" cit., t. I, p. 363 y ss.

(86) En este punto hemos seguido los excelentes trabajos de Cianciardo, Juan, "El conflictivismo en los derechos fundamentales" cit., Cap. IV, p. 315 y ss., y Gavara de Cara, Juan C., "Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales de la ley fundamental de Bonn)" cit. Cabe aclarar que la doctrina existente sobre la materia es sumamente escasa, por cuanto muchos de los trabajos dedicados a la "razonabilidad" son un mero análisis casuístico de jurisprudencia; esos fallos no precisan el contenido del concepto.

(87) Entre otras: Corte Sup., 1985, "Flores, María L. y otros v. Argentina Televisora Color L.S. 82 Canal 7 S.A." , Fallos 307:906; Corte Sup., 1985, "Antequera, Alberto v. ENCOTel." , Fallos 307:862; Corte Sup., 29/3/1988, "Conti, Juan C. v. Ford Motor Argentina S.A. s/cobro de pesos" , Fallos 311:394 (JA 1989-II-458).

(88) Conf. Linares, Juan F., "Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina" cit., ps. 138 y 139.

(89) Corte Sup., 1960, Fallos 247:121 (JA 1960-V-405).

(90) Esa misma posición fue sustentada por la Corte Suprema en fallos análogos, entre muchos otros en "Avegno v. Pcia de Bs. As." (1874, Fallos 14:425); "Banco Hipotecario Nacional v. Pcia de Córdoba (1909, Fallos 112:63); "Ercolano v. Lanteri" (1922, Fallos 136:161); "Gallino" (1931, Fallos 160:2547); "Compañía Swift de La Plata, etc. v. Gobierno de la Nación" , (1934, Fallos 171:348); "Rendon v. Siam di Tella" (1961,

Fallos 251:53) (JA 1961-VI-332); "López Villanueva" (1963, Fallos 256:235) (JA 1963-II-659); "Muñiz Barreto de Álzaga v. Destéfani" (1968, Fallos 270:374) (JA 1968-V-23); "Carbonaro, Raúl v. Secretaría de Justicia" (1988, C.394 XXII); "Gamberale de Mansur, María E. v. UNR. s/nulidad de resolución" (1989, G.21 XXII) (JA 1989-III-172); "Stegmann, Oscar A. s/apelación de resolución del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas" (1989, S.204 XXII), disidencia del Dr. Fayt; "Grosso, Bartolo v. San Sebastián S.A.C.I.F.I.A. s/cobro de pesos" , (1990, G.240 XXII [JA 1990-IV-402]); "Logitex S.A. s/apelación ley 11683 " (t.o. 1998, LA 1998-C-2994) (1993, L.56 XXIV) (JA 1994-II, síntesis), voto del Dr. Boggiano; "Maulhardt, Juan H. y Cía. S.A. s/apelación clausura DGI." (1993, M.14 XXIV), disidencia del Dr. Boggiano (JA 1996-II, síntesis); "Productos La Vascongada S.A. v. ley 11683 " (1993, P.25 XXIV), disidencia del Dr. Boggiano; "Partido Justicialista Santiago del Estero s/incompetencia" (1993, P.431 XXIV); "Dos Arroyos S.C.A. v. Dirección Nacional de Vialidad s/nulidad de acto" (1993, D.135 XXII.) (JA 1994-IV-12), etc. Remitimos a Kaufman ("Constitucionalidad del avasallamiento consumado: el caso Peralta" (JA 1991-II-556), ED 146-666), quien critica a la Corte Suprema por no considerar las alternativas menos gravosas.

(91) En doctrina, esta misma posición fue asumida por Gavara de Cara, Juan C., "Derechos fundamentales y desarrollo legislativo (la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales de la ley fundamental de Bonn)" cit., Cap. III, p. 307, quien dijo al respecto que "el principio de necesidad es considerado como una regla de decisión pero presenta debilidades, ya que se debe precisar empíricamente la medida más benigna para el derecho fundamental entre las distintas decisiones legislativas posibles, lo que implica que se ha de circunscribir con la mayor exactitud posible la finalidad perseguida y determinar la situación en que debe ser alcanzada. Sólo tras estas premisas la finalidad se podrá convertir en base para la elección del medio más benigno. Como ya hemos tenido ocasión de examinar, la determinación de las finalidades es competencia del Poder Legislativo. Cuando el Tribunal Constitucional intenta determinar las finalidades de un modo empírico está ocupando la posición del Poder Legislativo, y, por lo tanto, ejercitando controles de mera oportunidad. El control normativo del Tribunal Constitucional debería dirigirse exclusivamente al examen de la constitucionalidad perseguida basada en su contradicción con el texto constitucional y no a la determinación empírica de las finalidades de las decisiones legislativas".

(92) Ver, entre otros, Corte Sup., 21/6/1984, "Bignone, Reynaldo B. A.", JA 1984-III-162 ; Corte Sup., "Vega, Andrés R. y otro v. Instituto Nacional de Vitivinicultura", JA 1990-II-594 ; Corte Sup., 1974, "Bonfante, Alberto A. v. Junta Nacional de Carnes", Fallos 288:325 ; Corte Sup., 1976, "Linck, Ricardo", Fallos 294:383 ; Corte Sup., 1977, "Feito García de Carreira, María I. v. Muñoz, Alberto", Fallos 299:45 ; Corte Sup., 1983, "Uriarte, Víctor F.", Fallos 305:1597 ; Corte Sup., 24/11/1998, "Agnese, Miguel A. v. The First National Bank of Boston s/ac. de reinc. ley 23523 " (LA 1988-C-3132), Fallos 321:3081 .

(93) Conf. Cianciardo, Juan, "El conflictivismo en los derechos fundamentales", cit., Cap. IV, epígrafe 4.2.1, ps. 339-342.

(94) Conf. Cianciardo, Juan, "El conflictivismo en los derechos fundamentales" cit., Cap. IV, epígrafe 4.3.1, p. 349.

(95) Entre muchísimas otras, "Machicote, Juan C.", Fallos 300:642 ; Corte Sup., 11/9/1986, "Miguel, Carlos E.", JA 1988-II-391 ; Corte Sup., 1982, "Ascencio, José H.", Fallos 304:1293 ; Corte Sup., 1986, "Miguel, Carlos E.", Fallos 308:1631 .

(96) Ver Corte Sup., 1961, "Barone, Manlio, y otro v. Banco di Napoli", Fallos 249:252 .

(97) Conf. Cianciardo, Juan, "El conflictivismo en los derechos fundamentales" cit., Cap. IV, epígrafe 4.3.2, p. 350 y 351; quien cita, a su vez citó a Martínez-Pujalte, A. L., "La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales", 1997, C.E.C., Madrid, p. 73, y del primer autor citado, Cap. IV, epígrafe 6 inc. b, p. 358.

(98) Conf. Cianciardo, Juan, "El conflictivismo en los derechos fundamentales" cit., Cap. IV, epígrafe 4.3.2, ps. 351 y 352, quien citó al STC. 18/1991, RTC 1991-I-195.

(99) Conf. Cianciardo, Juan, "El conflictivismo en los derechos fundamentales" cit., Cap. IV, epígrafe 4.3, ps. 346 y 347, quien criticó esta postura diciendo que "bastaría encontrar un fin elevado y un medio inocuo en relación con el peligro que se intenta conjugar para hacer de la razonabilidad un criterio meramente formal". Conf. Gavara De Cara, Juan C., "Derechos fundamentales y desarrollo legislativo [...]" cit., p. 308, para quien la medida "no debe ser irrazonable en sus relaciones recíprocas". El Tribunal Constitucional alemán -conforme explicó el citado autor (p. 309)- ha dicho que el principio de proporcionalidad no debe representar una carga

excesiva para los afectados, la medida debe ser racional para los afectados o los límites de la racionalidad deben ser garantizados, utilizándose a menudo una combinación de estas formulaciones. En general -aseveró-, el principio de proporcionalidad ha sido catalogado como cláusula general dotado de gran vaguedad, en el sentido de ser casi una fórmula vacía de contenido que necesita ser dotada de contenido por el órgano que lo aplica.

(100) Ampliar, entre otros, en Bianchi, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica", LL (A) 1991-C-141; del mismo autor, "Las llamadas `libertades preferidas' en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina", 1991, Revista del Régimen de la Administración Pública n. 146, Año 13, Ciencias de la Administración, ps. 7 a 49; Galmarini, H. R., "El control de constitucionalidad. Principales fallos de la Corte (1948-88)", Revista de la Fundación Plural n. 12; Santiago, Alfonso, "La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales", 1999, Ed. Depalma; del mismo autor, "La Corte Suprema, sus funciones y el control constitucional", LL (A) 1993-E-867; Bidart Campos, Germán J., "La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales", 1984, Ed. Ediar, etc.

(101) Corte Sup., 13/4/1869, Fallos 7:150.

(102) Corte Sup., 1872, Fallos 31:274.

(103) Corte Sup., 5/9/1903, Fallos 98:24.

(104) En este caso se juzgó acerca de la razonabilidad de esa ley provincial, que imponía un impuesto sobre la cosecha de azúcar del período 1902/1903. El legislador había calculado el consumo total de azúcar en el país y había dividido la cantidad resultante entre un grupo de fábricas. A cada empresa le era asignada la venta de una cuota de esa cantidad total. La venta dentro del cupo fijado estaba gravada con medio centavo por cada kilo de azúcar. Por toda venta que excediese la cuota, había que pagar cuarenta centavos. Se perseguía, mediante la coerción impositiva, disminuir las ventas para mantener el precio.

(105) Ver consid. 24 del fallo citado, que luego fue repetido por el titular del tribunal, Antonio Bermejo, en su conocida disidencia en "Ercolano", verdaderamente representativo de la dogmática liberal del siglo XIX.

(106) Conf. Grondona, M. F., "La reglamentación de los derechos constitucionales. Teoría del orden de los derechos", 1986, Ed. Abeledo-Perrot, p. 4.

(107) Corte Sup., Fallos 136:161.

(108) Añadió la Corte Suprema que "[...] Cuando mayor sea el interés del público por aquello que constituye el objeto del monopolio, más fuerte puede ser la opresión económica y más sensibles y perniciosos sus efectos, pudiendo llegar el caso de que la prosperidad y el bienestar esencial de un país o una región se encuentren a merced de la avaricia o del capricho de los que detentan los factores de un servicio de vital necesidad. Llegándose a ese punto extremo, la protección de los intereses económicos, constituye para el Estado una obligación de carácter primario y tan ineludible como lo es la defensa de la seguridad, de la salud y de la moralidad".

(109) Corte Suprema de los Estados Unidos, caso "Munn v. Illinois" (94 U.S. 113, año 1877). Traducción contenida en JA 1923-11-483 y ss., tomada, a su vez, por Maljar, Daniel E., "Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos", 1998, Ed. Hammurabi, cap. VI. Cabe recordar que en ese pronunciamiento se cuestionaba la constitucionalidad de una ley de Illinois que disponía la fijación de precios máximos por el almacenaje de granos en los lugares de depósito en Chicago y otros lugares del Estado, que tuvieron no menos de cien mil habitantes, la cual era considerada como contraria a la Enmienda XIV de la Constitucional de Estados Unidos, por violar la libertad y el derecho de propiedad sin el debido proceso legal. La Corte, con el voto de su Chief Justice Waite, consideró constitucionalmente válida la citada ley, argumentado que los elevadores terminales de granos eran de interés público. Ese fallo, de extraordinaria importancia histórica, impulsará la creación de las empresas denominadas "Public Utilities" y dará también origen en EE.UU. a una extensión del concepto de "poder de policía", que tendrá por objeto, a partir de entonces, promover el bienestar general de la población.

(110) Corte Sup., Fallos 137:47, sent. del 28/4/1922 (JA 9-194).

(111) Corte Sup., Fallos 144:219 del 20/9/1925 (JA 17-11).

(112) Corte Sup., 1934, Fallos 172:29 (JA 48-698). En este precedente nuestra Corte Suprema hizo suyas las consideraciones de la sentencia de la Corte Suprema norteamericana en el caso "Homes Building and Loan

Association v. Blaisdell" del mismo año (1934). En esa controversia judicial se cuestionaba la validez de una ley sancionada por el Estado de Minnesota en el año 1933, que había dispuesto una moratoria hipotecaria. Manifestó el Chief Justice Charles Hughes lo siguiente: "No sólo las leyes existentes en los contratos gravitan para fijar las obligaciones entre las partes, sino que la reserva de los atributos esenciales del poder soberano gravita también en los contratos como un postulado del orden legal. La política (o plan de acción) de proteger los contratos contra la alteración, presupone el mantenimiento de un gobierno por virtud del cual las relaciones contractuales tienen valor; un gobierno que conserva la autoridad adecuada para asegurar la paz y el bienestar de la sociedad"; [...] "no puede sostenerse que la prohibición constitucional debería interpretarse como que impide intervenciones limitadas y temporarias respecto del cumplimiento forzoso de los contratos, si ellas fuesen necesarias por una gran calamidad pública, como el incendio, la inundación o el terremoto (249 U.S. 47). La reserva del poder del Estado, apropiada para estas condiciones extraordinarias debe considerarse que es parte de todos los contratos, como es la reserva del poder del Estado a fin de proteger el interés público en las otras circunstancias a que nos hemos referido. Y si el poder del Estado existe para dar alivio temporario contra la ejecución de los contratos en presencia de desastres debidos a causas físicas, como fuego, inundación o terremoto, no puede decirse que ese poder sea inexistente cuando necesidades públicas urgentes que requieran el mismo alivio, son producidas por causas económicas". Luego, el fallo enumeró una suerte de catálogo de razones que, reunidas, aseguran la validez del ejercicio del poder económico de emergencia. Si bien las mismas están pensadas para un caso concreto, no puede dudarse que son útiles como pauta orientadora para otros pronunciamientos. Ellas son: 1) Existencia de una emergencia que obligue al ejercicio de poderes de emergencia, a fin de proteger los intereses vitales de la sociedad; 2) La ley estuvo dirigida a satisfacer un interés legítimo y no para ventaja de un grupo de individuos; 3) Dada la naturaleza de los contratos afectados, el remedio empleado sólo era proporcionado y justificado por la emergencia; 4) El plazo otorgado por la ley es razonable y no perjudica a ninguna de las partes; y 5) La ley es de vigencia temporal, circunscripta a la emergencia que la originó.

(113) Conf. Bianchi, Alberto B., "El estado de sitio económico" cit., Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.

(114) Corte Sup., Fallos 199:483, del 1/9/1944 (JA 1944-III-793) (publicado en LL 36-701).

(115) Asimismo manifestó la Corte Suprema que dicha contribución "no es un impuesto sino un aporte, por el hecho de estar obligados a su pago los ganaderos y por la circunstancia de conservar, en cierto modo, la propiedad de la contribución [...], el aporte en cuestión, es un medio razonable de realizar el fin de orden común perseguido por la ley [...] a cambio de un pequeño aporte, cuya propiedad se mantiene parcialmente, se obtiene un evidente beneficio para la organización de la industria misma y de los intereses colectivos comprometidos", y agregó que "en nuestro país no es una novedad la imposición legal de cargas que no son impuestos ni tasas" (cita año 1938, "Rusich v. Cía. Introdutora de Buenos Aires", Fallos 181:209 [JA 63-34], y LL 11-312; 1941, "Dordal v. Calderón y Rapero", Fallos 189:234 [JA 74-196]).

(116) Corte Sup., 1960, Fallos 247:121 (JA 1960-V-405).

(117) El Dr. Boffi Boggero en su disidencia, expresó que la ley 14226 había sido sancionada cuando se encontraba vigente la Constitución de 1949; que dicha Carta Magna concebía a la función social de la propiedad con un contenido mucho más amplio que la de 1853/1860, vigente al momento de fallarse el caso. Sostuvo asimismo que "esta causa revela en esencia una fuerte y sustancial restricción a la libertad de comercio y de la propiedad de los empresarios cinematográficos por parte del Estado. Organizados para determinados fines, se ven compelidos a realizar actividades que, aunque reconozcan alguna semejanza con aquéllos, son evidentemente distintas a las libremente elegidas por esas Empresas. Y esa restricción no guarda la suficiente armonía con los propósitos que se persiguen ya que, por una desocupación con la que no tienen vínculo alguno, se restringe la libertad de aquellas empresas, el Estado, efectivamente, en vez de resolver el problema con recursos propias, hace recaer la solución en una categoría de particulares, afectando esencialmente los derechos con que la Constitución los protege".

(118) Corte Sup., Fallos 243:467 (JA 1959-III-475).

(119) Cabe destacar, por ejemplo, el caso "Peralta" de 27/12/1990 sobre el denominado "Plan Bonex" (ED 141-519). Los actores suscribieron un plazo fijo a siete días en el Banco Comercial de Finanzas S.A. con vencimiento el 3/1/1990. Posteriormente, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el decreto de necesidad y urgencia 36/1990 por el que limitó la devolución de los depósitos a la suma de =A= 1.000.000, abonándose el excedente en Bonos Externos 1989, medida que se complementó con la comunicación "A" 1603 [L NAC CO A-1603

B10]. Por medio de ese decreto, el Poder Ejecutivo impuso obligatoriamente "a todos los tenedores de depósitos en caja de ahorro especial, a plazo fijo en australes, aceptaciones, pases pasivos y garantías por los préstamos y por pase entre terceros residentes en el país, el canje obligatorio sobre el valor del capital, ajuste e intereses, al 28/12/1989, pudiendo retirar hasta =A= 1.000.000 -en efectivo o en Bonex Serie 89- debiendo cancelarse el resto de la deuda en Bonex 89, tomados a una paridad y a un tipo de cambio de =A= 1830 por cada dólar estadounidense valor nominal". Al interponer la acción de amparo, el actor solicitó la declaración de inconstitucionalidad del referido decreto, el pago íntegro del capital con más los intereses respectivos y las costas del pleito. La Corte Suprema en un extenso fallo, en el que analizó un conjunto considerable de cuestiones, se pronunció a favor de su constitucionalidad, diciendo respecto a los alcances del poder de policía que "el ejercicio del poder público sobre personas y bienes tiende, en nuestro país, a la protección no sólo de la seguridad, la moralidad y la salubridad, sino que se extiende al ámbito económico y social en procura del bienestar general. En esta orientación es incuestionable la influencia de la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas. Pero su punto de partida es inmovible. Ningún derecho reconocido por la Constitución tiene carácter absoluto. La limitación de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Se trata en realidad de la regulación legislativa de los derechos establecidos en la Constitución, su uso y disposición en armonía con los intereses de la sociedad" (consid. 45 donde se cita a Villegas Basavilbaso, Benjamín, "Derecho Administrativo", t. V, 1954, p. 73 y ss., Fallos 172:21) (JA 48-698). Asimismo, señaló que "el derecho de `emergencia' no nace fuera de la Constitución, sino dentro de ella; se distingue por el acento puesto, según las circunstancias lo permitan y aconsejan en el interés del individuo o grupos de individuos, o en el interés de la sociedad toda" (consid. 47) "en lo que al caso interesa, se cumple con el requisito relacionado con el carácter `de emergencia' de la legislación en cuestión. Se tratan las impugnadas de normas destinadas a poner fin a la grave situación de orden económico que afectó al sistema financiero argentino. En tal sentido no pueden dejar de señalarse el perverso mecanismo que, formado por múltiples impulsos, generó la desmesurada y creciente deuda interna argentina, que el decreto en cuestión buscó remediar" (consid. 43). Respecto del derecho de propiedad, manifestó que "en definitiva, de las medidas adoptadas por el gobierno no resulta menoscabo de la propiedad protegida por el art. 17 CN., porque [...] no hay violación del art. 17 citado cuando por razones de necesidad se sanciona una norma que no prive a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que pueda hacerse de esa propiedad. Antes bien, hay una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis que, paradójicamente, también está destinada a proteger los derechos presuntamente afectados que corrían el riesgo de convertirse en ilusorios por un proceso de desarticulación del sistema económico y financiero". Para ampliar, ver Bianchi, Alberto B., "La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica" cit.; Vítolo, Daniel R., "La conversión de contratos bancarios por decreto, La Constitución Nacional y las acciones de amparo: ¿el derrumbe del orden jurídico?: Doctrina societaria y concursal", marzo de 1990, Ed. Errepar); del mismo autor "Decretos de necesidad y urgencia", 1991, Ed. Ad-Hoc; Alterini, Atilio A., "Lesión al crédito y responsabilidad del Estado (por injerencia en los plazos fijos bancarios)", 1990, Ed. Abeledo-Perrot; Martorell, Ernesto E., "Problemática práctica motivada por la ley de convertibilidad" , LL del 7/10/1991; fallo de segunda instancia de la C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 3/4/1990, "Peralta, Luis A. y otro v. Estado Nacional BCRA.", con nota de Germán Bidart Campos, en ED 137-459, del mismo autor, "El fallo de la Corte sobre el Plan Bonex (el amparo: airoso; la propiedad: desprotegida; la Constitución: entre paréntesis" en ED 141-519 y "Los plazos fijos indisponibles ¿una confiscación?" ED 137-458; Kaufman, G. A., "Constitucionalidad del avasallamiento consumado: el caso Peralta" , ED 146-666; y Santiago A., "La Corte de los nueve (principales fallos institucionales 90-93)", 1994, Anuario de Derecho de la Universidad Austral.

(120) En el caso "Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público" , JA 2000-III-192 del 2/6/2000, en el cual se impugnó el decreto 290/1995 (LA 1995-A-189) (de necesidad y urgencia, ratificado por el art. 18 Ley de Presupuesto 24624) (LA 1995-C-3191), que rebajó el salario de los empleados públicos en un 5, 10 y 15%, según una escala remunerativa, dijo la Corte Suprema, entre otras cosas, que "si la medida impugnada no es exorbitante ni caprichosa -aunque pueda parecer errónea o inconveniente-, el juicio que su acierto pueda merecer a esta Corte no justifica su invalidación constitucional, pues toda discusión sobre el mayor o menor acierto de la política, y sobre la oportunidad y conveniencia de llevarla a cabo, es por completo ajena al debate ante los tribunales de justicia". Por lo demás, con esa misma orientación filosófica se dictaron fallos (cuyo análisis omitimos deliberadamente por motivos de brevedad) y se sancionaron leyes y decretos que justificaron la reglamentación de los diversos derechos constitucionales.

(121) La cuestión del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales ha generado una aguda polémica en el derecho administrativo español, al cual ya remitimos por su profundidad y por exceder los

límites de este trabajo (ver nota n. 50).

(122) Ampliar en Comadira, Julio, "La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial", ED 186-601 y ss., en especial punto 9.

(123) Conf. Fernández, Tomás R., "De la arbitrariedad de la Administración" cit., ps. 81 y ss. y 161 y ss.

(124) Conf. Fernández, Tomás R., "De la arbitrariedad de la Administración" cit., ps. 208/210, quien dijo al respecto que "sólo excepcionalmente y cuando las circunstancias del caso han reducido con toda evidencia la inicial pluralidad de soluciones teóricamente posibles a una sola, es decir, en los supuestos en que la doctrina alemana habla de reducción auf Null del poder discrecional es cuando nuestra jurisprudencia, empujada por la lógica implacable del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, da el paso final e incluye en la sentencia, junto al pronunciamiento anulatorio de la decisión recurrida, el de condena a la Administración a dictar la única decisión que, dadas las concretas circunstancias del caso, resulta jurídicamente posible [...]".

(125) El art. 71 de la nueva ley 29/1998, del 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA.), es el sucesor del art. 84 ley precedente de 1956. Ambos se refieren al contenido y efectos de las sentencias estimatorias de recursos contencioso-administrativos. Como es sabido, son éstos los preceptos en que, antes y ahora, se precisan el alcance y los límites de los fallos estimatorios según el tipo de pretensión o acción procesal ejercitada. Conf. Bacigalupo Saggese, Mariano, "Comentario a la LJCA. de 1998", octubre-diciembre de 1998, REDA. n. 100, Estudios.

(126) Conf. Bacigalupo Saggese, Mariano, "Comentario a la LJCA. de 1998" cit., REDA. n. 100, Estudios, nota anterior.

(127) A pesar de que el legislador provincial sancionó el nuevo CCA. (ley 12008) (LA 1998-A-553), por una interpretación jurisprudencial de la Sup. Corte Bs. As. se sigue aplicando el Código Varela. Ampliar en Cabral, Pablo O. y Maljar, Daniel E., "Responsabilidad del Estado por no poner en marcha la nueva Justicia Administrativa Bonaerense" cit., p. 15.

(128) Ampliar en Palacio, Julio, "La acción contencioso administrativa", 1975, Ed. Fides; Dana Montaña, Salvador, "Código de lo contencioso administrativo para la provincia de Buenos Aires", 1955, Ed. Depalma, y Fiorini, Bartolomé, "¿Qué es el contencioso?", 1965, Ed. Abeledo-Perrot.

(129) Conf. Linares, Juan F., "Lo contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires. (La deformación jurisprudencial de un código)", LL 96-852; Fiorini, Bartolomé, "Sistema y crítica del Código contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires", LL 96-829; Tawil, Guido S., "El Código Varela y la necesidad de una profunda transformación en el contencioso administrativo provincial argentino", LL 1989-A-1127. Con una posición contraria, ver Hutchinson, Tomás, "La actualidad de un viejo código", LL 1983-A-389.

(130) Dijo Eduardo García de Enterría ("Curso de Derecho Administrativo" cit.) que "la Administración podría hacer no meramente aquello que la ley expresamente le autorice, sino todo aquello que la ley no prohíba' (Meyer-Anschutz). Más en particular: habría de entenderse que la administración puede usar de su discrecionalidad, esto es, de su libre autonomía en todos aquellos extremos en que la ley no ha regulado. La discrecionalidad operaría así en el *gesetzesfrei Raum*, en el espacio libre de ley [...]. Tal concepto de la discrecionalidad, y correlativamente de la legalidad de la Administración, ha estado vigente en nuestro país hasta tiempos asombrosamente recientes, concretamente hasta la vigente Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1956. La ley Santamaría de Paredes de lo contencioso-administrativo de 1888 (que permanece virtualmente intacta a través de sus refundiciones de 1894 y 1952), por una parte, excluía rotundamente del control judicial todos los actos administrativos dictados en ejercicio de una potestad discrecional, justamente por considerar que el criterium de tales actos no puede encontrarse en la legalidad, sino en la libertad absoluta de la Administración, la cual no sería en este caso susceptible de ser fiscalizada por los Tribunales, que sólo desde la legalidad y en nombre de ella pueden actuar; y en segundo lugar, la propia ley nos ilustra sin equívocos de que para ella la discrecionalidad existe siempre que no se presente norma aplicable al caso".

(131) Conf. Varela, Luis, "Estudio sobre lo contencioso administrativo", t. I, 1901, Tureano, Varel y C. Editores, Montevideo, p. 64 y ss., quien explicó que: "Stein nos ha dado la explicación de este principio (en referencia a la libertad de acción de la Administración) en los siguientes términos que transcribimos íntegros para la mejor comprensión de la tesis que acabamos de sentar: 'El Poder Ejecutivo para cumplir debidamente su gran función, debe tener necesariamente el derecho de dictar, de transformar y de abrogar sus disposiciones con

la más completa libertad y según le parezca que lo exige la apreciación meditada de las necesidades públicas [...]. La ejecución debe observar, siempre el contenido y el espíritu de la ley, pero mientras una ley positiva no se oponga a aquella su constante actividad, el poder ordenador del Gobierno es absolutamente libre en sus movimientos y sus autolimitaciones" (la bastardilla es nuestra).

(132) Conf. Varela, Luis, "Estudio sobre lo contencioso administrativo" cit., p. 418 y ss., quien afirmó "[...] cuando se hable de poder discrecional si bien se reconoce a aquel poder cierta libertad para acceder o no a las pretensiones de los solicitantes, no se quiere decir con eso que su acción sea entonces arbitraria, pues en rigor también entonces es reglado, es desde luego por disposiciones de forma cuya observancia constituye un verdadero derecho para los particulares, y lo es igualmente en la parte sustantiva o de fondo por los principios de derecho natural y positivo que derivan de la naturaleza y funciones del Poder Administrador, órgano esencialmente protector de los intereses particulares como base del bienestar y la felicidad común, fin de la sociedad civil y de la autoridad que la gobierna".

(133) Ampliar en Lafuente Benaches, Mercedes, "La legitimación para impugnar actos y disposiciones administrativos después de la Constitución", abril-junio 1984, REDA. n. 42, Sección Estudios, p. 435 y ss.

(134) Conf. García de Enterría, Eduardo, "Curso de Derecho Administrativo" cit., t. I, p. 431, quien afirmó: "Se forja frente a la anterior doctrina de la vinculación negativa el principio de la positive Bindung, de la vinculación positiva de la administración por la legalidad (Winkler), que hoy, sin necesidad de partir de los dogmas kelsenianos, y sin perjuicio de ciertos matices o reservas, puede decirse que es ya universalmente aceptado [...] Así, pues, no hay en Derecho español ningún espacio franco o libre de ley en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de someterse a derecho, han de ser conforme a Derecho [...]".

(135) Conf. Varela, Luis V., "Estudio sobre lo contencioso-administrativo" cit., t. I, p. 62 y ss.

(136) Conf. Varela, Luis V., "Estudio sobre lo contencioso-administrativo" cit., t. I, p. 62. En cuanto a esa división, expresó: "Hay casos en que la Administración está facultada para dictar libremente las resoluciones que considere oportunas dentro del ejercicio de sus funciones, como cuando remueve un empleado amovible, cuando acuerda o deniega una concesión, cuando autoriza el trazado o la desviación de un camino, cuando designa los terrenos que deben ser destinados para la extracción de materiales estando esa servidumbre debidamente establecida, cuando impone las medidas de salubridad que considera convenientes, si está facultada para hacerlo a su arbitrio, etc., en cuyos casos y otros análogos, usa un poder discrecional. Pero hay otros casos en que su acción está limitada por una ley, por un reglamento o por un contrato que la obligan a producirse en un sentido determinado, a hacer o no tal o cual cosa o con tales o cuales formalidades, como por ejemplo las leyes que la obligan a no expropiar sin previa indemnización, a otorgar la pensión correspondiente a los que la soliciten estando en el caso reglamentario, a exceptuar del servicio militar a los ciudadanos que se hallen en tales o cuales condiciones, o que le prohíban cobrar impuestos que no hayan sido establecidos en forma, etc., en cuyos casos, y otros semejantes, se dice que obre en virtud de potestad reglada, porque su acción debe sujetarse a lo que para tales casos establecen de una manera precisa y concreta, las leyes, los reglamentos, o los contratos preexistentes".

(137) Conf. Tawil, Guido S., "El Código Varela y la necesidad de una profunda transformación, etc." cit., p. 1146. No estamos de acuerdo con lo afirmado por Tawil en el sentido de que Luis V. Varela desconocía, al momento de la redacción del Código que lleva su nombre, los remedios procesales que ya se encontraban disponibles en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés respecto del control por "desviación de poder". Afirmó Tawil en ese sentido: "demostrativo del desconocimiento de Varela respecto al sistema francés -y de su copia en este aspecto del español- resulta el hecho de que la postura restrictiva de la norma de 1888 respecto al control de la discrecionalidad administrativa -superada largamente ya en ese entonces en Francia- ha sido atribuida a que, a pesar de haberse configurado inicialmente el contencioso español sobre el modelo francés, el mismo fue petrificado justo antes de la creación del recurso por exceso de poder, ignorando la ley de 1888 toda la evolución producida ya para ese entonces -y ampliamente generalizada para el año 1905- en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés". Contrariamente a ello, de una simple lectura de su obra se desprende que Varela tenía un conocimiento profundo del concepto de "desviación de poder" vertebado por la jurisprudencia francesa plasmada (ver "Estudio sobre lo Contencioso-Administrativo" cit., p. 420 y ss.), en la cual manifestó que "hay abuso de poder o desviación de poder, dice Aucoc, cuando un agente de la Administración haciendo un acto de su competencia y siguiendo las formas prescriptas por la ley, usa de su poder discrecional en un caso y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales dicho poder ha sido dado [...]. En estos y otros casos semejantes en que como se ha visto, se trata de actos de poder discrecional, la intervención del Tribunal de lo

contencioso está limitada a examinar si dicho poder ha sido ejercido con los fines para que ha sido dado, o si ha sido desviado, empleado con móviles o propósitos extraños a aquellos mismos fines, en cuyo caso procede la anulación del acto reclamado. Tales son el objeto y los diferentes casos de aplicación del recurso por exceso de poder. Los autores franceses dan una gran importancia a ese recurso. Su gran mérito decía Hauriou, consiste en haber metido al derecho los actos de poder público que al principio de siglo eran casi todos discrecionales, mientras que ahora todos con excepción de los actos de gobierno son susceptibles del recurso por exceso de poder. Sería difícil, dice a su vez Laferrière, citar a otro estado que la Francia en donde el control de legalidad administrativa sea tan extenso o en donde los ciudadanos tengan tan amplios recursos contra los abusos del poder y los errores de derecho de la Administración [...]. Por lo demás, nosotros tampoco seguiremos a la legislación francesa en el recurso por exceso de poder a que nos hemos venido refiriendo; y no la seguiremos ni en cuanto establece el recurso especial de anulación para casos que, como hemos visto, envuelven verdaderas cuestiones de derecho, las que como tales deben estar sometidas a la misma jurisdicción que las cuestiones del mismo orden sobre el fondo, ni la seguiremos tampoco en cuanto incluye en aquel recurso contencioso, los casos de poder discrecional en que las cuestiones son siempre de intereses".

(138) Ver nota al art. 29 Código Varela, que se transcribe completa en la nota 141.

(139) Conf. Varela, Luis V., "Estudio sobre lo contencioso administrativo" cit., t. I, p. 53 y ss., quien en relación a los actos políticos expresó: "Pasemos ahora a la segunda teoría según la cual los actos del Poder Ejecutivo deben distinguirse entre actos políticos o de gobierno, y actos de administración, propiamente dichos, siendo estos últimos los únicos reclamables ante los tribunales y ejerciéndose los otros sin más control que el Cuerpo Legislativo. Esta doctrina responde al mismo propósito que la anterior, es decir, a sustraer los actos del Poder Administrador a toda acción controladora de los tribunales; pero como no se ha podido sostener aquella inmunidad para todos los referidos actos, se ha tratado de limitarla a sólo una clase de ellos. Son la jurisprudencia francesa y los autores que en ella se han inspirado, los que han establecido la distinción que acabamos de enunciar, entre actos políticos o de gobierno, y actos de administración, o como lo expresan otros, actos de Poder político y actos ordinarios del Poder público, cuya distinción no tiene más importancia ni más objeto práctico que favorecer con la inmunidad antes mencionada los actos comprendidos en la primera de las dos categorías que acabamos de indicar. Pero ¿cómo se distinguen los actos de una y otra categoría? Cuestión es ésta de solución algo difícil... Ideada la teoría de los actos políticos y administrativos exclusivamente para independizar la acción ejecutiva de la intervención de los tribunales, se le ha dado más o menos alcance, según en cada caso se ha entendido que convenía o no impedir toda reclamación ante la jurisdicción contenciosa, para lo cual bastaba con calificar el acto reclamado, de acto de carácter político [...]. Los franceses han inventado la distinción de que tratamos sin más objeto que el de sustraer ciertos actos del Poder Ejecutivo, actos como se ha visto no bien definidos y cuya clasificación se hace de acuerdo con las conveniencias del momento, a toda reclamación de los particulares y a la intervención de los tribunales; propósito que en manera alguna consideramos admisible. En un país libre en donde los hombres no viven a merced de los caprichos de los Gobiernos, cualquiera que se sienta lesionado por un acto ilegal o atentatorio sea cual fuese su naturaleza, debe estar facultado para solicitar el amparo de la justicia, que es la suprema garantía de la libertad y el derecho. Y siendo así, lo que interesa no es saber si el acto reclamado es de tal o cual naturaleza, sino averiguar si el atentado de que se reclama ha existido realmente, o si el Poder Ejecutivo ha procedido dentro del uso legítimo de sus facultades... Sólo así se concilian los dos derechos igualmente respetables; el del Gobierno y el de los ciudadanos. Pero establecer la distinción entre actos políticos y administrativos, y lo que es más, darle al primero la facultad de hacer la clasificación en cada caso, eso no es garantizar la independencia legítima de su funcionamiento, sino asegurarle la más completa inmunidad de sus actos por más abusivos que sean, y dejar a los particulares abandonados a aquellos abusos, sin otra garantía que la muy ilusoria y falaz de la responsabilidad ministerial. Lo expuesto basta para demostrar la inconsistencia y los funestos resultados de la teoría que pretende regular el derecho de reclamar contra los actos de la Administración, acordándolo o no, según el carácter fundado en la naturaleza o los móviles de estos mismos actos".

(140) Dice el art. 1 Código Varela: "[Cuestiones comprendidas]. A los efectos de la jurisdicción acordada a la Suprema Corte por el inc. 3 del art. 157 CN., se reputarán causas contencioso administrativas las que inicien los particulares o alguna autoridad administrativa, reclamando contra una resolución definitiva, dictada por el Poder Ejecutivo, las Municipalidades o la Dirección General de Escuelas, y en la cual se vulnere un derecho de carácter administrativo, establecido a favor del reclamante por una ley, un decreto, un reglamento u otra disposición administrativa preexistente".

(141) En el comentario realizado por el autor al art. 29 Código Varela, explicó que "este punto es sumamente importante de ser claramente establecido. En la actualidad, se ha hecho un lamentable olvido de las

distintas disposiciones que se refieren al ejercicio de los poderes públicos, y de ese olvido ha resultado que hoy se considera recurrible ante la Suprema Corte de la Provincia cualquiera resolución dictada por una autoridad administrativa. Esto no es exacto. El poder administrador tiene facultades discrecionales, que escapan a todo contralor, como ya se ha dicho; y ningún acto, producido en uso de aquellas facultades, puede dar lugar al juicio contencioso administrativo, aun cuando pudiese dar origen a un juicio por inconstitucionalidad de la medida, si ella fuese contraria a la Constitución. Ningún acto político puede, tampoco, dar lugar a este juicio, que sólo está destinado a decidir las controversias de derecho administrativo que puedan producirse entre la administración y los particulares. La Corte Suprema, antes de dar curso a la demanda, tendrá que estudiar la naturaleza del acto que la motiva y, si no fuese de aquellos que forman parte de la materia administrativa, no puede admitirla como contenciosa, a los efectos del juicio que se reglamenta en esta ley".

(142) Ampliar en García de Enterría, Eduardo, "Sobre los derechos públicos subjetivos", julio-septiembre 1975, REDA. n. 6, Sección Estudios, p. 425 y ss.

(143) Causa B 43461, AyS 1959-III-126.

(144) Causa B 52418, 15/9/1998.

(145) El proyecto de Código esbozado por Varela, Luis, "Estudio sobre lo Contencioso-Administrativo" cit, t. 2, p. 45, establecía en su art. 12 que "no podrá interponerse el recurso judicial contra las providencias disciplinarias dictadas por la Administración en el ejercicio de las facultades que con tal objeto le fueron acordadas; y en general, no se podrá interponer en los casos que así se declare por disposición expresa de la ley".

(146) Causa B 43564 bis, AyS 1960-VI-187.

(147) Causa B 43452, AyS 1961-I-148.

(148) Causa B 43452, AyS 1961-I. El Dr. Acuña Anzorena expresó en su voto: "Diré por último, que, si bien las causales de destitución no son discrecionales del Poder Administrador, toda vez que es la propia ley 5734 la que en su art. 88 dispone que 'la reglamentación establecerá las faltas que podrán ser sancionadas con destitución', lo que importa poner un límite a la libertad decisoria de la autoridad competente, hace, en cambio, a sus facultades privativas establecer, como en el caso, si ha existido o no un 'acto que afecte gravemente la disciplina, el prestigio o la responsabilidad de la Repartición o la dignidad del funcionario', según lo preceptúa el art. 413 inc. 9 decreto reglamentario 1934/1954. Se trata, en efecto, de apreciar el comportamiento del funcionario policial y la ley no indica cómo ha de hacerse esa apreciación, lo que supone dejar al Poder Ejecutivo la facultad de determinar el alcance del acto y decidir si constituye o no la falta que esta disposición prevé".

(149) Causa B 45494, AyS 1969-808. Asimismo ver Causa B 45522, 4/11/1969, AyS 1969-812, donde la Sup. Corte Bs. As. dijo, en el mismo sentido, que "la adecuación de la sanción a la gravedad de la falta, es una cuestión que compete -dentro del marco de la norma formulada- privativamente a la administración, y está exenta de ulterior revisión judicial en tanto -en el ámbito de dicho marco- el Ejecutivo ejercita facultades discrecionales".

(150) Causa B 46587 bis, AyS 1972-I-424. En esa misma orientación, ver causa B 47922, 27/4/1982, AyS 1982-I-278, en la cual la Sup. Corte Bs. As. expresó "el ejercicio de las atribuciones de la autoridad administrativa en cuanto a la adecuación de la sanción a la gravedad del hecho, está exento del control judicial en tanto no haya mediado ilegitimidad o arbitrariedad". Asimismo, en el caso B 48396, 27/4/1982, AyS 1982-I-293, manifestó "establecer la naturaleza y entidad de la falta del agente, como la dosificación de la medida disciplinaria, constituyen atribuciones privativas de la administración".

(151) Causa B 46593, AyS 1972-I-431.

(152) Causa B 48137, DJBA 126-249. En esa línea se encuentra la causa B 49266, 16/6/1987, AyS 1987-II-413.

(153) Causa B 55237, 14/9/1999.

(154) Causa B 56727, 3/11/1998.

(155) Causa B 49109, 24/7/1984, DJBA 127-121; causa B 48976, 19/6/1984, DJBA 127-349; causa B

49131, 23/6/1987, AyS 1987-II-511; causa B 48211, 6/11/1984, DJBA 128-154; causa B 48209, 6/11/1984, DJBA 128-154.

(156) Causa B 48840, 31/8/1984, DJBA 128-106 .

(157) Causa B 48137, DJBA 126-249 y causa B 56727, 3/11/1998.

(158) Causa B 49109, 24/7/1984 .

(159) Causa B 57426, DJBA 155-416 y causa B 57356, DJBA 155-416.

(160) Causa B 49159, AyS 1989-I-81 .

(161) Causa B 51249, AyS 1992-IV-249 . Asimismo, con la misma línea argumental, causa B 49330, AyS 1992-IV-359.

(162) Según los votos de los Dres. Negri y Ghione, a los cuales adhirieron los Dres. Salas, Pisano y Vivanco.

(163) Esta supresión quedó expresamente establecida en el voto del Dr. Negri, quien manifestó que "comparto la actitud del distinguido colega en punto al replanteo propuesto y propugno, al igual que él, suprimir el enunciado básico del carácter restrictivo de la revisión judicial en materia de facultades disciplinarias de la administración".

(164) Téngase en consideración, que en dichas actuaciones, se trataba de una sanción aplicada a un prestador de servicios del Instituto de Obras Médico Asistencial (IOMA.), que por analogía fue asimilada a la relación de empleo público. Afirmó el Dr. Negri que "las normas especiales aplicables a las faltas cometidas por los prestadores de servicios del IOMA., han consagrado un régimen de naturaleza disciplinaria que autoriza a aplicar por analogía las reglas que rigen a los agentes administrativos estatales, por tratarse de faltas que perjudican la prestación del servicio, cometidas por quien está unido a la Administración por una relación jurídica que sin ser de empleo público guarda con ella semejanza en punto a la sujeción disciplinaria". Sin embargo, la doctrina de la causa "Trezza" fue reiterada en forma casi inmediata para un agente municipal en autos "Alonso, Andrés v. Municipalidad de San Fernando s/demanda contencioso administrativa" , causa B 49330, ya citada.

(165) El Dr. Mercader sostuvo en su voto que "en tal sentido, he señalado que, conforme doctrina del Tribunal reiterada en sus distintas integraciones y que comparto, constituyen atribuciones privativas de la administración en materia disciplinaria, establecer tanto la naturaleza y entidad de la falta del agente como la dosificación de la sanción (sección doctrina, causas B 49190, "Torrubia" , 5/8/1986 y sus citas) siendo el órgano administrativo el único juez de ella, ya que tanto su adecuación a la falta cometida como la caracterización de ésta, entran en la esfera de su exclusiva competencia, escapando sus conclusiones a la censura judicial mientras no se rebasen los límites impuestos por la reglamentación respectiva o se incurra en patentes desvíos lógicos".

(166) El 11/6/1998 la Sup. Corte Bs. As. dictó sentencia interlocutoria en la causa B 56712 caratulada "Sequeira, María del Carmen v. Municipalidad de Gonzales Chaves s/demanda contencioso administrativa" . Manifestó que "la sola circunstancia de que en un caso determinado la autoridad demandada haya procedido en ejercicio de facultades discrecionales no implica que las decisiones que dicte en ese ámbito sean irrevisables, ya que la actuación de tal tipo de atribuciones es susceptible de examen y revisión judicial cuando infringe las normas que reglan sus límites o incurre en irrazonabilidad, arbitrariedad o desviación de poder".

(167) Causa B 55865, interlocutoria de 23/9/1997.

(168) Dejamos abierta la posibilidad de que, con anterioridad a "Piccini" , existan otra/s sentencia/s que establecieron el criterio de la vinculación positiva de la administración a la ley, y que no hallamos encontrado en nuestra búsqueda de información. De ser así, pedimos disculpas al lector.

(169) Causa B 52418, DJBA 155-371 .

(170) Causa B 57131, 23/2/1999, DJBA 153-1221 .

(171) Causa B 43688, AyS 1960-VI-483. En ese mismo orden de ideas, ver causa B 43564 bis, AyS 1960-VI-186.

(172) Causa B 48958, AyS 1985-III-503 . En igual sentido, ver causa B 49821, AyS 1988-II-312; causa B 49818, AyS 1988-II-191; causa B 50311, AyS 1990-I-46; causa B 50032, AyS 1990-III-159; causa B 50900, AyS 1991-I-640; causa B 50524, AyS 1991-I-629; causa B 49632, AyS 1987-II-339; causa B 51877, 23/2/1993; causa B 50111, AyS 1992-IV-531; causa B 53505, interlocutoria del 29/12/1992; causa B 54512, AyS 1995-II-68; causa B 54223, 26/8/1997.

(173) Causa B 52117, 18/11/1997 . Idéntica línea de pensamiento ha seguido la causa B 53899, 4/11/1997.

(174) Causa B 49596, "Fernández, Delia v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa" , AyS 1986-I-774. En esa oportunidad se pronunció la Sup. Corte Bs. As., diciendo "extinguida la relación de empleo público por un acto de cesantía consentido por la afectada, la readmisión solicitada y denegada por la autoridad administrativa implica el pedido de una nueva designación y como tal, el interesado no está en condiciones de invocar un derecho a la reincorporación, ya que acordarla o denegarla es una facultad de la Administración cuyo ejercicio no difiere de la que actúa cuando se trata de disponer el ingreso de los agentes. Por lo tanto, la denegatoria de reingreso no es materia susceptible de revisión judicial, y se integra al ámbito de los poderes discrecionales del Estado". Por otro lado, en la causa B 53226, interlocutoria de 3/9/1991 , la Sup. Corte Bs. As. expresó: "Reviste carácter discrecional -y por lo tanto escapa de la revisión judicial de acuerdo a lo previsto por el art. 29 inc. 1- la decisión de la autoridad administrativa de nombrar un agente que había sido cesantado por razones de servicio". Igual doctrina fue sentada en la causa B 54248, interlocutoria de 9/3/1993. En ambas sentencias interlocutorias se rechazaron las demandas, utilizando como fundamento los arts. 28 y 29 Código Varela.

(175) Causa B 49600, AyS 1986-II-74.

(176) Una vez que haya vencido el plazo de inhabilitación temporaria para ejercer la función pública, en caso de haber sido ésta la sanción aplicada.

(177) Causa B 49625, AyS 1985-III-759 . El mismo fue el criterio sustentada en la causa B 49050, AyS 1985-I-59; causa B 49287, AyS 1985-I-227; causa B 53058, 9/11/1993; causa B 52014, AyS 1994-III-836; causa B 54002, AyS 1995-III-214; causa B 54458, 15/4/1997; causa B 53441, 22/4/1997 y causa B 55094, 2/9/1997.

(178) Causa B 50225, AyS 1988-IV-393 .

(179) Causa B 50863, AyS 1991-II-173 . En estos autos, sostuvo la Sup. Corte Bs. As. que "aun cuando la facultad discrecional de la Administración de trasladar al agente ha sido reglamentada mediante la imposición del cumplimiento de ciertos requisitos, ello no implica que esta Corte pueda sustituir a la autoridad en la valoración de las referidas exigencias, a menos que la decisión resulte arbitraria o se muestre irrazonablemente contraria a las mismas". Ver además la causa B 53443, AyS 1994-IV-101.

(180) Causa B 52964 .

(181) Causa B 50664, AyS 1988-III-601. En cuanto al carácter discrecional de la facultad y sus límites, dijo que "en materia de traslados de agentes públicos, la atribución conferida a la autoridad administrativa para ponderar discrecionalmente las circunstancias que lo justifican, se encuentra sujeta a límites establecidos normativamente que imponen una adecuada fundamentación".

(182) Causa B 49093, AyS 1989-III-34 . En el mismo sentido, Causa B 50225, AyS 1988-IV-393.

(183) Causa B 53790, 12/8/1997 . De forma idéntica se expidió la Sup. Corte Bs. As. en autos "Madróñero, Omar v. Pcia. de Bs. As. (Obras Sanitarias) s/demanda contencioso administrativa" , Causa B 53054, DJBA 154-127.

(184) Causa B 50061, AyS 1989-II-237 .

(185) Causa B 59152, AyS 1990-I-928.

(186) Para ampliar el tema, ver un trabajo nuestro "El Solve et Repete en el nuevo Código Contencioso-Administrativo bonaerense", Rev. ED, Suplemento de Derecho Administrativo de El Derecho, ejemplar 29/9/2000, p. 5 y ss.

(187) Causa B 55005 , interlocutoria de 20/4/1993. En igual orientación, causa B 55036, interlocutoria de 6/4/1993.

(188) Causa B 48445, AyS 1985-II-423.

(189) El art. 15 Const. Prov. dice que "la provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial [...]".

(190) El criterio invariable de la Sup. Corte Bs. As., hasta "Rusconi", establecía que "en el ordenamiento procesal administrativo de la provincia sólo se otorga la posibilidad de entablar la acción contencioso administrativa a quien alega experimentar la lesión de un derecho subjetivo, no siendo suficiente la afectación de un mero interés legítimo" (entre muchísimos otros, causa B 54547, interlocutoria de 6/10/1992, autos "Rudich, Juan v. Municip. de Gral. San Martín s/demanda contencioso administrativa"; causa B 54192, interlocutoria de 25/2/1992; causa B 52290, AyS 1989-I-465; causa B 51914, AyS 1988-II-629).

(191) Causa B 55392, DJBA 151-219. Dijo el juez Hitters en su voto que "el término derecho en el art. 1 CPCA. no está contemplado en sentido técnico como derecho subjetivo contrario a interés legítimo. La ley emplea tal expresión como sinónimo de regla o norma jurídica de carácter administrativo, opuesta a norma o regla de derecho civil. Tal es el sentido que se recoge en la observación del codificador a la nota 1, cuando dice que para que haya una cuestión que produzca una acción contencioso administrativa "Es indispensable que ese derecho sea administrativo, es decir, regido por el derecho administrativo y no por el derecho político, el derecho civil, el derecho penal, etc."

(192) Causa B 52418, DJBA 155-371.

(193) Agregó De Lazzari "en ese orden de ideas, se inscribe la moderna corriente doctrinaria y jurisprudencial que niega diferencias extremas entre ambas actividades, debido a que todo acto administrativo participa de ambos caracteres (García de Enterría, Eduardo, 'La lucha contra las inmunidades del poder', 1983, Madrid, p. 25.). En efecto, no es el acto en sí mismo el que puede calificarse de 'discrecional' o 'reglado', sino la atribución que al efecto se ha ejercido. Como señala Laubadère 'se ha tornado banal repetir de acuerdo con Hauriou 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 aquella 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 tipo de control...' ('Traité élémentaire de droit administratif', t. I, 1963, París, p. 214)".

(194) Dijo el Dr. De Lazzari que "ello no significa conculcar el principio de división de poderes, y menos limitar el accionar de la Administración en el ejercicio de las funciones que le son propias, por cuanto la postura que propugno reconoce la existencia de un casillero de la actividad discrecional exenta del control judicial; la oportunidad, mérito o conveniencia, elementos que integran la competencia jurídica que el legislador a conferido al administrador, habilitándolo para que pueda realizar concretamente su función de tal, en orden a satisfacer las necesidades públicas. La diferencia entre 'discrecionalidad' y 'oportunidad, mérito o conveniencia', obedece a la circunstancia de que mientras el poder discrecional aparece como un margen de arbitrio del órgano administrativo que se opone al carácter reglado o vinculado de la respectiva facultad, el juicio de conveniencia o mérito se vincula a la potestad de apreciar libremente o con sujeción a ciertas pautas del ordenamiento positivo, la oportunidad de dictar un acto administrativo por razones de interés público".

(195) Causa B 50082, DJBA 157-214.