
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 39	p. 1-256	jan./mar. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEUFELIPE
BACELLAR**

© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2751 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (UBA – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz - Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional do Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional do Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil - PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)
Profa. Dra. Vanice Lirio de Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

La discrecionalidad administrativa y su control judicial

Claudio Martín Viale

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Adjunto por concurso y Profesor Asociado interino de Derecho Constitucional y Administrativo en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor en la Universidad Notarial Argentina, en el Colegio de Abogados de Córdoba, y en la Universidad de Belgrano. Secretario General y Miembro del Comité Consultivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Ex Conjuez del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Abogado.

Resumo: O presente artigo tem como objeto analisar o tema do controle judicial da discricionariedade administrativa. Para tanto, serão examinados os temas da divisão entre direito público e direito privado, da distinção entre atividade vinculada e atividade discricionária e do desvio de poder.

Palavras-chave: Discricionariedade administrativa. Controle judicial. Desvio de poder.

Sumario: I Proemio - II Cuestiones a tratar - A) El derecho público y el derecho privado - B) Actividad reglada y actividad discrecional - C) Desviación de Poder - III Conclusiones - Referencias

No hay nadie, allí, que mire; están los a
Sueldo, en oficinas.¹

I Proemio

No hace falta ser un erudito en el enigma que encierra ese fenómeno denominado Administración pública, para advertir que consiste en una realidad que por momentos se difuma, pero nunca se diluye. Al contrario, siempre se multiplica desbordándose y desbordando el orden jurídico.

Desde hace más de medio siglo la administración pública, como categoría lógico jurídica dejó de ser aquello que los manuales del derecho administrativo pregonaban de ella: una estructura neutral que obraba como quicio de una gestión, que resultaba mejor cuanto menos hacía, y en todo caso, debía evitar que dicha gestión negativa o de omisión interfiriera en la amplitud de la libertad del ciudadano, considerada su razón de ser.

Este paradigma se transformó en obstinación, y la doctrina jurídica se encerró, no tanto en averiguar como desde el derecho se podía administrar mejor para un mayor bienestar general e personal, sino en la elaboración de categorías que se adecuaban a la teoría general del estado:

¹ SALINAS, Pedro. *Civitas Dei*. Poesía. 7. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

es decir un derecho administrativo que verificara que los principios generales del denominado estado de derecho se proyectaban en la gestión del bien común, en definitiva la tarea tenía como meta la construcción jurídica de la administración pública según la ideología imperante, sin constatar que gran parte de él no era adecuado para ello, y lo que es peor, tampoco resultaba aplicable a la realidad circundante.

Esta aporía ha de provocar un desajuste constante entre la declaración doctrinaria, a veces expresada en leyes, la actuación arrolladora de la gestión, y el control jurisdiccional, que hace eclosión ante una realidad que exige soluciones prontas, múltiples, contradictorias, y por otra, una serie taxativa de categorías a las que necesariamente debía reducirse aquella. Ante semejante acoplamiento, la tarea de los jueces no podía ser fácil. Por una parte la desconexión entre la doctrina, las normas y los conflictos, hizo que las soluciones se buscaran en el derecho privado, y posteriormente en formulaciones jurídicas, entendidas estas como enunciados que sin contener mandatos o expresiones normativas resulta útiles como herramientas de remisión y reducción intelectual.

La tarea fue posible, por que hasta no hace mucho se entendió la realidad, y por lo tanto al derecho, como una unidad que conlleva identidad, y cualquier acontecimiento debía encuadrarse en ella, mas allá de lo que el sentido de la justicia indicara, en caso contrario se trataba de algo a jurídico. Ahora bien si la realidad no es una unidad que tiende a homogeneizar todo, sino que se trata de una heterogeneidad cambiante y caótica, sostenida por una compleja red de interconexiones que permiten visualizarla como una totalidad que no es posible simplificar, la tarea de los jueces, necesariamente se expande a partir de los límites, los que no aparecen como valladares sino como trampolines que eyectan el derecho a una amplitud compleja. Desde esta perspectiva, el juez deberá verifica las transgresiones jurídicas de tipo negativas que consisten en la inobservancia de los límites, y también auscultar las transgresiones jurídicas de tipo positivas, es decir aquellas que se producen por no desplegar la o las acciones tendientes a la consecución del fin previsto en el ordenamiento jurídico.

Entre las contradicciones o paradojas de la dogmática imperante, es fácil constatar que la exclamación de una Administración Pública vicarial y mandataria, se choca con una estructura despótica y mandona, cobijada en la legalidad que deriva de su esencia jurídica. Semejante transmutación es necesaria tenerla en cuenta para no entusiasmarse con la seda del guante que cubre una mano de hierro.

Siendo así, debe abordarse el problema a partir de una tarea de deconstrucción para constatar si la presunción de legalidad no es un barniz, que al reflejarse produce el efecto de un espejismo jurídico. Este camino indica que es necesario volver a los cimientos del Estado de Derecho conformado por el núcleo pétreo de los derechos fundamentales, teniendo en consideración que ninguna acción administrativa, estatal o no estatal, pública o privada, puede legitimarse sobre el desconocimiento de los derechos fundamentales, por mas conexión dialéctica que se proyecte desde el sistema teórico que pretenda ser explicación o justificativo de aquella.

El dogmatismo positivista redujo, por exigencia formal, la justicia al principio de la legalidad, llegando a una simplificación tal que marginaba del derecho a un sin número de conductas. La interacción social ha presionado sobre el orden jurídico abriéndolo, y así se advierte que no es único, homogéneo y estático, sino múltiple, heterogéneo y dinámico, encontrando armonía en la idea de justicia, que es la que configura una totalidad abarcadora de la pluralidad.

En este sentido es posible afirmar que, cualquier doctrina puede consolidarse pero no petrificarse, y si es posible y necesaria la adecuación legislativa a las circunstancias, también lo es la de los criterios interpretativos de los principios generales que se sustentan en los derechos fundamentales.

II Cuestiones a tratar

A) El derecho público y el derecho privado²

Con relación a estas categorías no hay consenso en la doctrina, y las posiciones van desde aquellas que entienden que sólo son útiles como herramientas pedagógicas hasta aquellas que niegan su existencia. Entiendo, no obstante, que la idea de totalidad del orden jurídico permite constatar al principio de legalidad con diferentes matices, los que se aprecian a partir de tomar en consideración la mayor o menor intensidad de la regulación imperante, la que varía según el tipo de relaciones jurídicas de que se trate. El fenómeno jurídico abarca a las relaciones

² Bibliografía específica: MARITAIN, Jacques. La Persona y el Bien Común. Buenos Aires: Editorial Club de Lectores, 1968; PAREJO ALFONSO, Luciano. Eficacia y Administración: tres estudios. Madrid: Editorial MAP, 1995. cap. II; VILLAR PALASÍ, José Luis; VILLAR EZCURRA, José Luis. Principios de Derecho Administrativo. Madrid: Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1992. t. I., lección II; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1992. t. I, tit. I, cap. I.; GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 2009. t. I, cap. VIII.6; BARRA, Rodolfo. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002. t. I, p. 171 y ss.; BALBÍN, Carlos F. Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires: La Ley, 2007. t. I, p. 187 y ss; MUÑOZ, Guillermo Andrés; GRECCO, Carlos Manuel. Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 457.

intersubjetivas que nacen de la libertad, susceptibles de ser calificadas como privadas, y aquellas otras que tienen su origen en el mandato normativo, que se ubican en el ámbito público. En las primeras rige el principio de la autonomía y la regla a aplicar, en caso de duda, es que todo está permitido excepto lo prohibido, y en las segundas, el de la heteronomía, siendo de aplicación el principio según el cual todo está prohibido, excepto lo que está permitido, de manera que la flexibilidad aparece amplia en las relaciones privadas y rígida en las públicas.

La realidad, en estado de permanente ebullición, se manifiesta de manera turbulenta, por lo que, para discernir en cada caso, habrá que tener en cuenta el génesis del acontecimiento, pudiendo ocurrir que en más de un caso las normas del derecho público se imbriquen con las del derecho privado. Esta imbricación exige, para la dilucidación del principio a aplicar, que el norte de la reflexión se encuentre predeterminado por la noción de justicia, sino se corre el riesgo serio de transformar al derecho en una operación meramente técnica vacía de contenido.

El criterio de la mayoría en el fallo que se comenta, acierta al entender que no hay impedimento para la utilización de las normas del derecho privado en las relaciones en las que es parte la Administración Pública (AP), pero en la medida que se adecuen a la naturaleza de ésta. Con relación a ello debe insistirse en que tanto el Estado (Edo), entendido como aparato político, y la AP, entendida como aparato de gestión de la política, no son una ficción sino una realidad abstracta cuyo origen es el derecho, específicamente el orden normativo. Es en éste donde se encuentran el principio y el fin de ambas organizaciones, y de allí que su razón de ser se reduzca al cumplimiento del orden jurídico, siendo fácil inferir, en consecuencia, que no se trata de un ámbito privado o de autonomía, sino público y heterónimo.

En una palabra, las normas del derecho privado podrán aplicarse a las relaciones en las que interviene el Edo o la AP, siempre y cuando se adecuen a la naturaleza pública de éstas, y además, en la medida que con la solución que prevén sea posible lograr un mayor grado de justicia para la conclusión del entuerto de que se trate.

Por otra parte debe tenerse en cuenta que la utilización del derecho privado en el ejercicio de la función administrativa siempre es instrumental, y esto es así, por que detrás de ella siempre se encuentra un núcleo sustancialmente público que resulta ser, casualmente, la decisión política y administrativa que supone, la que no puede ser regida sino por el

principio de legalidad que corresponde a la gestión pública estatal: todo esta prohibido excepto lo que se encuentra permitido.

El voto del Dr. Cafferata y el del Dr. Gutiez, entienden, si bien con distintos argumentos, que no hay impedimento para la aplicación de las normas del contrato civil del mandato en la relación de la Municipalidad con el Procurador Fiscal, pero siempre teniendo en cuenta que aquella, como entidad de naturaleza jurídica pública, no puede mas que aplicar el orden jurídico tratando de lograr el máximo grado de justicia, situación que no se da en el caso que se resuelve, desde que no surge de la resolución administrativa cuestionada cuál ha sido la porción del bien común satisfecho con la decisión tomada. Esta falta de coherencia entre el principio, que es la puesta en práctica de las atribuciones conferidas por el orden jurídico, y el fin que justifica tales atribuciones, esto es el bien común, bastaría para asestar un golpe definitivo a la validez del acto administrativo que origina el conflicto.

El voto del Vocal preopinante analiza con detalle el camino lógico jurídico que debe recorrer el órgano administrativo para utilizar la norma civil a los fines de la revocación del mandato, remitiéndose a los principios generales que regulan el procedimiento administrativo que necesariamente debe preceder a cualquier acto administrativo, que van desde el debido proceso adjetivo a la expresión clara de los motivos que sustentan la decisión administrativa.

Tal cual se expresa mas arriba, no hay acto administrativo que pueda justificarse jurídicamente sino encuentra su explicación en el fin que resulta ser la razón de ser de la AP. No parece reiterativo insistir en que el Bien Común se caracteriza por ser redistributivo, de manera que en tanto no se revierta en el bien personal de los ciudadanos éste no es tal, y en los casos en que el bien personal debe ceder, éste debe quedar indemne, lo que supone no sólo las explicaciones de los motivos sino también las reparaciones correspondientes.

El Voto de la minoría sostiene que la aplicación de las normas del Código Civil sobre el mandato debe ser sin cortapisas. Esta posición, en cuanto supone que la AP por algún momento puede despojarse de su naturaleza jurídica pública quedando sometida a las reglas del derecho privado en el que impera el principio de la autonomía, encierra una aporía en su estructura lógica. Pero además genera un riesgo y es que, en tanto puede decidir sin explicar por qué lo hace y cómo lo hace, no sólo no se somete al orden jurídico administrativo que le corresponde, sino

que por esa vía huye de todo el ordenamiento jurídico, situación que no es aceptable bajo ningún aspecto. La huida de todo el ordenamiento se produce como consecuencia de que, al ser la AP una realidad abstracta de naturaleza jurídica, debe expresarse necesariamente a través de los procedimientos que permiten su articulación por medio de la cual es posible aprehenderla. Es útil recordar que los procedimientos y las formas hacen a la esencia de la AP, en tanto se individualiza a través de ellos, consecuentemente, sino no se cumplen las exigencias del ordenamiento en ese sentido, la actuación de aquella devendrá nula.

B) Actividad reglada y actividad discrecional³

Creo importante intentar la mayor precisión terminológica con relación a los términos libertad, discrecionalidad, reglar y regulación, para evitar equívocos en los que se puede incurrir como consecuencia de los múltiples sentidos que ellos evocan. Las palabras conllevan un significado que tiene que ver con la materialidad del término, y un significado, portador del contenido cultural del mismo. La referencia al contenido cultural alude a los símbolos, a los mitos, a los meta relatos, y a la ideología que confluyen en él en un determinado tiempo y espacio.

La libertad, en el occidente cristiano, es un predicado que sólo puede expresarse con relación al ser humano, configurando la nota que le distingue de los demás entes y le otorga la calidad de persona. El ser humano es persona en tanto tiene capacidad de discernir un plan existencial y llevarlo a cabo, decidiendo a lo largo de su vida cual es la alternativa que cree más conveniente para conseguir el fin propuesto. Su condición de libre resulta así anterior a todo orden jurídico y organización.

Planteada así las cosas, es posible afirmar que tanto el Edo como la AP, por ser entes que nacen en el ordenamiento jurídico y al sólo efecto de desplegar una acción vicarial en pos de la libertad de los ciudadanos,

³ Bibliografía especial: VILLAR PALASÍ, José Luis; VILLAR EZCURRA, José Luis. Principios de Derecho Administrativo. Madrid: Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1992. t. II, lección XIV, en especial p. 26 y ss; DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina. p. 480 y ss; MUÑOZ, Guillermo Andrés; GRECCO, Carlos Manuel. Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p. 719 y ss.; ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidoro. Lecciones de Derecho Administrativo. Córdoba: Advocatus, 2005. p. 97 y ss; BALBÍN, Carlos F. Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires: La Ley, 2007. t. I, p. 477 y ss; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1992. t. I, p. 451 y ss.; SESÍN, Domingo Juan. Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Depalma, 2004; LINARES, Juan Francisco. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Astrea, p. 181 y ss.; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariiedade e controle judicial. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; FREITAS, Juarez Freitas. Discricionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007; CORVALÁN, Juan G. Control judicial de la discrecionalidad administrativa. Diario La Ley, 27 mayo 2008; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 2003. cap. 5, en especial 5.1.3.

que son quienes han decidido su creación, su fin y el camino que han de seguir para la consecución de éste, no son capaces de libertad. Por ello se ha dado en utilizar el término discrecionalidad, el que también requiere de precisión. Por una parte no se trata de libertad, pero tampoco de arbitrariedad, sino que importa solamente un ámbito de flexibilidad en la selección de alternativas. En tanto las alternativas son predispuestas por el ordenamiento jurídico, aquel ámbito de flexibilidad encuentra un fuerte condicionamiento, tanto positivo como negativo.

El condicionamiento negativo consiste en los límites que, según el orden jurídico, no se pueden transgredir, y el condicionamiento positivo resulta de las exigencias que el ordenamiento jurídico le impone como objetivos sociales que debe conseguir. La necesaria intervención de la AP en pos de gestionar las condiciones necesarias para que el ejercicio de los denominados derechos positivos o sociales no sean un anhelo sino una realidad, ha dejado abierto el camino a fin de que ella desarrolle una acción para conseguirlos. La no consecución de tales condiciones importa un desconocimiento del mandato que en tal sentido le impone el orden jurídico.

Desde esta perspectiva es posible arribar a la conclusión según la cual, la discrecionalidad administrativa no es un ámbito en el que hay "libertad" para decidir de cualquier manera, sino que cualquier decisión debe ser tomada de acuerdo a los procedimientos impuestos, (condicionamientos negativos en tanto se trata de límites que no se pueden dejar de observar) y eligiendo aquella alternativa con la que se logre el mejor resultado, tanto cuantitativa como cualitativamente en términos de bien común. En una palabra la flexibilidad se encuentra establecida para lograr la más acabada consecución del bien común.

Con relación al término "reglada" es bueno recordar una distinción sutil pero profunda que debe tenerse en cuenta. Se trata de la diferencia conceptual entre reglar, acción que consiste en la elaboración de las reglas o normas, y regulación que es la acción de imponer la regla, es decir se trata del ejercicio del poder para la eficacia de ésta.

Cuando se habla de actividad "reglada" se hace referencia a las reglas dictadas en relación a determinada conducta de la AP. La puesta en acto de la conducta reglada debe coincidir con la regla. Si así no ocurriere el efecto no será valioso desde el punto de vista jurídico, y merecerá la condigna corrección.

La actividad reglada en el ámbito de la AP, hace referencia a los límites positivos y negativos que tiene ésta para desplegar la función

administrativa, de donde es fácil concluir que no es posible pensar en porciones a-jurídicas de la acción administrativa. No hay agujeros negros en el espacio de la AP que puedan escaparse del derecho. Ciertamente es que hay algunas tareas administrativas que materialmente pueden ser indiferentes al derecho, pero dejan de serlo en el mismo instante en que afectan al orden jurídico. Se trata de una línea indeleble que ha pasado desapercibida, por que en los albores del Edo de Derecho y de la AP consecuente, la actividad de ambos aparatos se caracterizaba por su abstención y por una configuración individualista de los derechos fundamentales. En la actualidad en la que los derechos fundamentales han conseguido un reconocimiento a nivel supranacional, y que tanto el Edo como la AP son garantes institucionales de los mismos, aquella línea es un censor de alta sensibilidad que, no solo acusa cualquier perturbación sino que dispara el sistema de garantías.

La referencia a la actividad discrecional de la AP hace alusión a un ámbito de actuación que se infiere del ordenamiento jurídico, no importa un ámbito de "libertad", o peor aún, una "zona liberada", fuera del campo jurídico, que exige una actividad seria y exhaustiva, mediante la cual, la amplitud normativa se reduce al detalle para la solución del caso concreto. Reducir la amplitud de la norma al caso concreto es una acción que se debe reflejar en la motivación del acto administrativo, manifestando con claridad y precisión, cuáles son los criterios tenidos en cuenta para tomar la decisión de que se trata, pero también explicar por qué se entendió que ella era la que mejor conjugaba el bien común en juego. En síntesis: lo que calla la norma debe decirlo la motivación.

Sobre este aspecto es interesante la doctrina que sienta el voto del Vocal preopinante, — debiendo destacar el análisis que efectúa de la opinión de calificados doctrinarios, tanto nacionales como extranjeros, sobre la cuestión en general — al sostener que a mayor amplitud o discrecionalidad, es exigencia ineludible una mayor motivación. Este acierto tiene que ver con un principio general del procedimiento administrativo que no ha sido lo suficientemente elaborado por la doctrina y la jurisprudencia, y se relaciona íntimamente con la garantía de la tutela administrativa efectiva, que exige resoluciones debida y acabadamente motivadas.

En el caso que se comenta, ésta mayor motivación, además de la restricción a los derechos fundamentales de ejercer profesión lícita, de trabajar y de propiedad, entre otros, era una exigencia que se derivaba de la aplicación de las normas del derecho privado al ejercicio de la función

administrativa. El principio general es que las normas del derecho privado se aplican cuando el ordenamiento jurídico administrativo no provee de una solución, y cuando así fuere, la solución que predisponen las primeras, aseguran un mayor grado de justicia en la resolución del conflicto.

No hay duda de que la doctrina ha profundizado la cuestión de la actividad reglada y discrecional de la AP, pero este buceo se ve seriamente retaceado en la práctica como consecuencia de distintas circunstancias. Una de ellas, es el atavismo de la AP a aferrarse a las prerrogativas que le atribuye el ordenamiento jurídico, sin reparar que no hay prerrogativa jurídicamente válida sino opera como garantía de los derechos fundamentales. Para ello resulta indispensable que se exprese con claridad el objetivo social que se persigue, cómo, con él, se provee al bien común, y en caso de que de ello resulte una limitación a la situación jurídica de los ciudadanos, deberá preverse la recomposición respectiva. En una palabra no hay prerrogativa que pueda ejercerse en beneficio de la AP por que ésta se caracteriza por su esencia vicarial.

Otra de las circunstancias que transforma en retórica el discurso doctrinario, es aquella según la cual, resguardando una zona de discrecionalidad administrativa se evita el denominado "gobierno de los jueces". Como se ha sostenido en la doctrina, esta posición configura un verdadero caballo de Troya.

Sobre el particular es necesario volver sobre el concepto de control y algunos principios liminares. En general cuando se habla de control se supone que este debe concentrarse en la verificación de los condicionamientos negativos, es decir a constatar si se han respetado o no los confines que limitan la acción administrativa. Sin perjuicio que se trata de un control indispensable no resulta suficiente. Además de la legalidad es necesario verificar la eficiencia y la eficacia en el ejercicio de la función administrativa.

Si se parte de la idea que todas las cosas tienen un principio el que se encuentra predispuesto para un fin, desde donde es posible afirmar que las cosas que no tienen fin son cosas sin sentido, y si el accionar de la AP no tiene otro sentido que el de gestionar de la manera mas acabada el bien común, en caso de no ser así su acción pierde su razón de ser.

Ahora bien, entre el principio y el fin se prefigura una zona o ámbito que es por el que debe desplegarse el ejercicio de la función administrativa, zona o ámbito del que se infieren confines o zona de delimitación, que en sí mismas son los parámetros del control. En una palabra, los confines de la función administrativa no se identifican con la

sustancia de ésta, pero le son consustanciales, a punto tal que de no existir ellos no sería posible individualizar aquella.

El despliegue de la función administrativa exige amplitud o flexibilidad, sobre ello no hay discusión, pero estas se justifican siempre que los resultados muestren cómo el objetivo que se persigue configura el Bien Común. Lo relacionado con ella no es materia “a – jurídica”, por el contrario, interesa y mucho al derecho, en tanto la acción administrativa sólo se justifica como expresión refinada de éste. Sostener lo contrario importa consolidar el despotismo administrativo que caracteriza a la AP, despotismo que es un resabio del absolutismo.

C) Desviación de Poder⁴

Con relación al instituto de la “desviación de poder”, el que ha merecido por parte de la doctrina un análisis extenso como consecuencia de su trascendencia, he limitar el comentario a los conceptos que sobre el particular expresa la opinión del Vocal preopinante, por que creo que sienta un criterio de sana doctrina sobre el particular y abre un camino que debería ser considerado por los distintos operadores del derecho administrativo, en especial la AP, teniendo en cuenta que la Corte Suprema ha reiterado recientemente una jurisprudencia antigua, según la cual, a pesar de que los fallos se circunscriben a los casos que ellos deciden, la doctrina legal que expresan se incorpora al ordenamiento jurídico como una manifestación de vigencia del derecho.

Por una parte, resalta la dificultad en la que se encuentra el ciudadano que debe descubrir la intención ilegítima oculta, pero además protegida por la presunción de legalidad, y por otra, le define como una de las especies del abuso del derecho.

Estas circunstancias es la que le llevan a entender que en los casos de desviación de poder, el Tribunal no debe decidir según las constataciones sino de acuerdo a la convicción que se infiere de las presunciones que el análisis de la causa le provee.

Esta interpretación del ordenamiento jurídico, viene a poner en su justo equilibrio la utilización de las prerrogativas atribuidas a la AP frente al efectivo ejercicio de los derechos fundamentales del ciudadano, que

⁴ Bibliografía específica: AGAMBEN, Giorgio. Profanaciones. 3. ed. Buenos Aires: AH, 2009; VILLAR PALASÍ, José Luis; VILLAR EZCURRA, José Luis. Principios de Derecho Administrativo. Madrid: Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1992. t. I, p. 305 y ss; HUTCHISON, Tomas. Régimen de Procedimientos Administrativos. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, [s.d.]. p. 88 y ss.; DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, [s.d.]. p. 198, 234 y ss.

es la razón de ser de ésta. Si es cierto que la vía recursiva permite a los órganos superiores corroborar la legalidad de la actuación de los órganos inferiores, éstos no necesitarán constataciones de la desviación de poder para corregirla, sino que bastará solamente con la presunción de que ello ha ocurrido.

Si la política definida por el Gobierno y su gestión a cargo de la AP, por la sustancia vicarial de ambos, sólo se encuentran al servicio de la libertad, es decir que son instrumentos o medios predispuestos para un fin, no pueden desvincularse de su objetivo, por que si así sucediere, el medio se transforma en puro medio, es decir en una materialidad sin sentido.

Trayendo a colación a un pensador contemporáneo — Giorgio Agamben —, cuando algo se separa de su fin se impide su uso y queda relegado sólo al consumo, es decir a su destrucción, produciéndose una profanación.

Si el ejercicio de las prerrogativas que el ordenamiento jurídico predispone para la consecución del bien común se las separa de éste, no sólo pierden sentido, sino que se destruyen, generando una profanación del orden jurídico. Una profanación de ésta índole aparece como un verdadero agujero negro jurídico, en el que se consumen los anhelos sociales, cuya energía no desaparece sino que vuelve al tejido social con las formas de la represión y la corrupción.

El abuso del derecho, sostiene el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, se contradice "... con la esencia misma del derecho y de la justicia cuyo afianzamiento es uno de los objetivos de la organización de la República por que éste solo se alcanza con el adecuado cumplimiento de las normas legales y no con su mal uso." (TSJ, Sala Civil y Comercial, Sent. n° 70, del 12.5.2009, En "Boido, Oscar A. C. Sara Miguel A. Recurso de Casación"). Cuando éste se manifiesta en la conducta de la AP con la modalidad del desvío de poder, que además se oculta en el velo de la prerrogativa de la presunción de legalidad de sus actos, necesariamente debe efectuarse una ponderación de los bienes protegidos que son: por una parte la organización de la República, que resulta ser la máxima expresión del orden social y el seno natural de la libertad, y por otra, la organización de la Administración Pública, como expresión del ordenamiento jurídico necesaria para la gestión de las políticas que definen el Bien Común.

Sobre el particular, el voto del Vocal preopinante, al considerar que el desvío de poder presenta serias dificultades de prueba al ciudadano

perjudicado, circunstancia que le lleva a sostener que el mismo debe sancionarse con la convicción que surge de de las presunciones, me induce a pensar que en caso de dudas deberá estarse por la plenitud de la libertad. Por este camino, denunciado el abuso del derecho en el que incurre la AP cuando su conducta configura el desvío de poder, en tanto se afecta a la República y a la libertad, es aquella la que debe probar que mal utilizó las prerrogativas.

III Conclusiones

El voto del Dr. Cafferata, que comparto, expresa meticulosamente y con erudición bibliográfica, un aspecto que generalmente queda rezagado a las penumbras palaciegas de la burocracia, entre las que se esconde ese torrente incontrolable de la arbitrariedad represora y ausencia de transparencia. Con el esfuerzo de resoluciones como la comentada comienza a vislumbrarse, en relación aquellas, algún coto promisorio.

Pero también exterioriza que los jueces no son un máquina expendedora de productos preelaborados o ya envasados, sino que su tarea consiste en una actividad hermenéutica — en el más amplio de los sentidos, incluyendo las reflexiones que hacen los pensadores de la comunicación —, que resuelve la abstracción de la norma en la concreción de la realidad social, desde un paradigma: la justicia.

Limitar el despotismo administrativo importa sin lugar a dudas un gran esfuerzo, pero también la posibilidad de que la sociedad crea en la política y su gestión.

The Administrative Discretion and Judicial Control

Abstract: The objective of this article is to analyze the issue of judicial control of administrative discretion. For this, it will be examined the themes of division between public and private law, the distinction between bound activity and discretionary activity and the misuse of power.

Key words: Administrative discretion. Judicial control. Misuse of power.

Referencias

AGAMBEN, Giorgio. Profanaciones. 3. ed. Buenos Aires: AH, 2009.

ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidoro. Lecciones de Derecho Administrativo. Córdoba: Advocatus, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 2003.

- BALBÍN, Carlos F. Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires: La Ley, 2007. t. I.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle judicial. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARRA, Rodolfo. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002. t. I.
- CORVALÁN, Juan G. Control judicial de la discrecionalidad administrativa. Diario La Ley, 27 mayo 2008.
- DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 6. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, [s.d.].
- FREITAS, Juarez Freitas. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 5. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1992. t. I.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Fundación de Derecho Administrativo, 2009. t. I.
- HUTCHISON, Tomas. Régimen de Procedimientos Administrativos. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, [s.d.].
- LINARES, Juan Francisco. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Astrea, [s.d.].
- MARITAIN, Jacques. La Persona y el Bien Común. Buenos Aires: Editorial Club de Lectores, 1968.
- MUÑOZ, Guillermo Andrés; GRECCO, Carlos Manuel. Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Eficacia y Administración: tres estudios. Madrid: Editorial MAP, 1995.
- SESÍN, Domingo Juan. Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Depalma, 2004.
- VILLAR PALASÍ, José Luis; VILLAR EZCURRA, José Luis. Principios de Derecho Administrativo. Madrid: Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1992. t. I, II.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTÍN VIALE, Claudio. La discrecionalidad administrativa y su control judicial. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 13-25, jan./mar. 2010.

Recebido em: 11.08.09

Aprovado em: 22.02.10