

“MONTESQUIEU C/TUTELA JUDICIAL EFECTIVA S/DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA”

(¿Hacia un gobierno contramayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación?)

“No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo. Si está unido a la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador: si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza de un opresor.”

Charles Louis de Secondat, Barón de MONTESQUIEU
“El Espíritu de las Leyes”, 1748

I. PRIMERAS PALABRAS.

Charles Louis de Secondat, Barón de MONTESQUIEU desarrolló su obra durante el movimiento conocido como “La Ilustración”. Su teorización sobre el Estado debe ser comprendida en el marco del espíritu crítico de la Ilustración que terminaría con la Revolución Francesa. ¿Qué nos ha motivado a citarlo casi tres siglos después? Quizás porque la realidad nos hace preguntarnos sobre qué tanto seguimos aplicando su maravillosa premisa básica de la división del poder; quizás porque ideas tan simples en apariencia devienen tramposas en manos de países poco responsables; quizás porque lo queremos como guía en este artículo... Seguramente por todos esos motivos, está presente.

Reflexionar sobre la llamada “división de poderes” resulta complejo porque abarca aspectos políticos y jurídicos y creemos que cuanto menos politizado esté el derecho, mejores instituciones...

En este artículo les proponemos jugar, porque los juegos no son cosas de niños solamente. Juguemos a que MONTESQUIEU inicia una suerte de “demanda judicial” a una persona que encarna la tutela judicial efectiva, una de las garantías principales de nuestros tiempos. Qué paradoja, ¿no? MONTESQUIEU demandando a una garantía personificada... Y lo hace en un proceso enmarcado en la discrecionalidad administrativa. Es decir, encarnando la división de poderes, cuestiona una de las funciones del Poder Judicial en el marco de facultades propias de los poderes elegidos por el pueblo, el Poder Ejecutivo (PEN) y el Poder Legislativo (PLN) , haciendo una especial referencia al primero de ellos.

La RAE define jugar como “hacer algo con alegría y con el solo fin de entretenerse o divertirse”, pero también lo define como “manejar un arma” (acepciones 1 y 17, respectivamente). Vaya paradoja... Lo que nos puede divertir, ¿también nos puede matar? Alguno podrá estar pensando, junto a MONTESQUIEU, ¿pereció la división de poderes? No seamos dramáticos que con ser precavidos alcanza. Pero ante todo, arranquemos siendo profundamente analíticos.

II. LA DISCRECIONALIDAD INSERTA EN LA DIVISIÓN DE PODERES.

Hablar de división de poderes implica remontarnos al pensamiento del Barón de Montesquieu, cuya importancia, así como la de la Revolución Francesa, fue innegable. Este hecho histórico, que terminó con las monarquías absolutas, fue uno de los acontecimientos históricos más importantes de la historia de la humanidad. Sin embargo, en algunas ocasiones, su sobrevalorización ha opacado otro

acontecimiento mucho más importante para nuestro país: la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América (EE.UU.) el 4 de julio de 1776 y la sanción de su Constitución en 1787.

La Ley Suprema de los EE.UU. aceptó la división de poderes en sus tres primeros artículos y, previa importación de nuestros constituyentes, conformó la parte orgánica de la Constitución Nacional (CN), transformándose en una de las principales herramientas que tenemos como sociedad para garantizar los derechos frente al poder del Estado.

A su vez, dicho principio tiene otra implicancia que genera importantes consecuencias dentro del poder mismo. En tal sentido, Carlos BALBÍN afirma que *“el principio de separación de poderes comprende dos aspectos, el reconocimiento de competencias propias y exclusivas de los poderes estatales y la prohibición de los poderes de inmiscuirse en el ámbito de los demás.”*¹

Las revoluciones liberales originaron un modelo que gestó la relación entre el PEN y el Poder Judicial (PJM), con el derecho administrativo como protagonista excluyente. Inicialmente, la historia enseña que el modelo francés destacó la imposibilidad del último para revisar las actividades del primero, so pena de avanzar sobre un ámbito ajeno. Dicha premisa originó, en Francia, la decisión de crear tribunales administrativos dentro del propio PEN, con la finalidad de juzgar a la Administración Pública en el marco de sus relaciones regidas por el derecho público. Este modelo de “jurisdicción retenida” fue luego reemplazado por el de “jurisdicción delegada”, dotando de cierta independencia a esos tribunales administrativos y modificando el alcance de sus decisiones, las cuales comenzaron a ser vinculantes, en especial las provenientes del Consejo de Estado.

En nuestro país, el derecho administrativo nació hacia fines del Siglo XIX con características propias. Los constituyentes que redactaron la CN histórica siguieron un modelo presidencialista con un claro control judicial, sin perjuicio de lo cual no podemos olvidar que la Ley Nro. 3952 de demandas contra la Nación (modificada por la Ley Nro. 11.634) otorgó características propias al derecho nacional, dentro de las cuales se destaca la doble personalidad del Estado.

Por lo hasta aquí expuesto, es que la doctrina suele afirmar que nuestro modelo de derecho público tiene dos caras, ya que, a pesar de haber seguido el texto constitucional de los EE.UU., basó el derecho administrativo en los postulados existentes en la parte continental de Europa.

Retomando los principios establecidos en la CN, debemos destacar ciertas particularidades vinculadas con la división de poderes o, en términos más técnicos, con la forma en la que el poder se divide: cada uno tiene un ámbito exclusivo que, aunque sepamos de la mayor profundidad del tema, podemos sintetizar diciendo que el PLN legisla, el PEN cumple y hace cumplir las leyes y el PJM resuelve conflictos de manera definitiva. Sin embargo, el alcance de sus competencias es relativo y, en muchos casos, cada uno de ellos termina ejerciendo competencias ajenas, así sea con carácter excepcional.

Esta cuestión nos lleva al concepto de funciones estatales. Siguiendo a BALBÍN, nos inclinamos por utilizar el criterio subjetivo para describir sus alcances: *“El Poder Legislativo ejerce funciones legislativas más allá de su contenido material. El Poder Ejecutivo sólo ejerce funciones*

¹ BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 766.

*administrativas y, por último, el Poder Judicial ejerce funciones judiciales.”*² Este criterio es complementado por el autor, basándose en la relación entre sujeto y objeto; esto es, el poder se ejerce:

a) Según reglas predeterminadas por la normativa vigente, es decir, cuando las competencias del PEN se encuentran regladas, debiendo limitarse a aplicar consecuencias prefijadas ante un hecho, no existiendo otra opción más que la que el legislador impuso jurídicamente.

b) Según criterios de discrecionalidad basados en el ordenamiento jurídico, esto es, cuando el legislador dejó librados al operador determinados aspectos, como veremos más adelante.

Tanto el PEN como el PLN ejercen cierto margen de discrecionalidad justificada en el hecho insoslayable de haber sido elegidos directamente por el pueblo.

Ahora bien, la división de poderes y las funciones estatales nos allanan el camino para ingresar al tema de nuestro interés: la discrecionalidad administrativa como eje central del presente trabajo.

En nuestra opinión, la discrecionalidad se ejerce, básicamente, a través del análisis de la oportunidad, el mérito y la conveniencia, sin perjuicio de lo cual diversos autores entienden que estos elementos no siempre responden a potestades discrecionales, toda vez que, en determinados casos, son aspectos que se encuentran parcial o totalmente reglados. Sin embargo, no es objeto de este trabajo discutir tal posición; por ello nos limitaremos a señalar que, quizás, ambas posturas podrían no ser opuestas, toda vez que lo que estamos afirmando es que la discrecionalidad se ejerce a través de la oportunidad, el mérito y la conveniencia, pero no que todo acto ejercido invocando tales extremos sean discrecionales. En todo caso, para evitar desviar la atención del objeto a abordar, nos limitamos a aclarar que, cuando nos referimos a cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, lo estamos haciendo en el marco del ejercicio de facultades discrecionales exclusivamente.

Avanzando un poco más, debemos recordar que no cabe dudas que aún actuando con discrecionalidad, es necesario someterse al principio de legalidad que enmarca las competencias de las autoridades. La única diferencia con las actividades regladas es que estamos frente a la existencia de dos o más soluciones posibles dentro de la normativa vigente, recayendo sobre determinada autoridad la facultad de elegir. Todas las soluciones que se encuentran dentro del ámbito de lo jurídicamente posible, son igualmente legales y razonables. Esto significa que *“cualquiera de las soluciones es indiferente en términos jurídicos de valor. Así, el Ejecutivo puede optar por cualquiera de ellas según su propio arbitrio o criterio. ¿Este criterio es jurídico? Sí, en tanto esté incorporado en el orden jurídico y además debe ubicarse en ese marco respetando las reglas jurídicas. Sin embargo, no es un criterio prefijado por el ordenamiento con densidad y profundidad y en este sentido es libre.”*³

Por otro lado, hay cuestiones políticas que poseen carácter discrecional en relación al contenido, la oportunidad y la conveniencia y forman parte de las decisiones que las autoridades políticas pueden adoptar, pero no profundizaremos en este aspecto, dado que excedería los alcances que nos hemos propuesto, prefiriendo precisar sobre aquellos aspectos que han traído mayores problemas. El tema de las cuestiones políticas genera menores discusiones, máxime cuando han sido los propios jueces

² *Ibidem*, p. 771.

³ BALBÍN, op. cit., p. 777.

quienes decidieron no intervenir en determinadas decisiones de la Administración Pública alegando “cuestiones políticas no justiciables”.

Retomando la cuestión de la discrecionalidad, resulta conveniente señalar que, en todos los casos, será la ley la que determinará qué es lo que la autoridad puede hacer (competencia), lo cual constituye un aspecto reglado y que, a diferencia de la libertad y la capacidad en relación con las personas, parte de un concepto más restringido. En términos de la disyuntiva “competencias regladas – competencias discrecionales”, la competencia siempre estará dentro de los aspectos reglados. Sin embargo, aquéllo vinculado al tiempo y la forma en que se ejerce dicha competencia, puede contener aspectos reglados, discrecionales o mixtos, atento a que el legislador pudo o no haber dejado, de modo explícito o implícito, en manos de la autoridad dichos extremos.

Esto nos permite inferir que, necesariamente, siempre tendremos un aspecto reglado (la competencia) y otros aspectos que pueden o no serlo, adhiriendo a la doctrina que sostiene que los actos estatales son totalmente reglados o reglados y discrecionales, pero jamás son sólo discrecionales.

Existen diversas clases de discrecionalidad, según sus alcances: supuestos de libertad máxima (cuando la autoridad, en general la Administración Pública, se encuentra habilitada para elegir entre diversas soluciones igualmente justas, sin que existan limitaciones dadas por conceptos jurídicos determinados o indeterminados), supuestos de libertad atenuada (cuando la Administración Pública sigue teniendo la posibilidad de elegir entre diversas soluciones igualmente justas, pero su libertad está atenuada por conceptos jurídicos determinados o indeterminados) y supuestos de libertad restringida (cuando ella tiene limitada la posibilidad de ejercer sus facultades discrecionales dentro de las opciones que la propia ley prevé anticipadamente ante un supuesto de hecho predeterminado). En todos los casos, el aspecto discrecional del acto tiene límites: la propia ley que reconoce el ejercicio de las potestades discrecionales y el bloque jurídico.⁴

Por todo lo expuesto, consideramos que la discrecionalidad no es sólo un problema que deba abordarse desde el concepto de legitimidad de origen (si se nos permite la aplicación a esta temática), sino también desde la legitimidad de ejercicio porque lo que vamos a evaluar, una vez comprobada la posibilidad de un accionar discrecional, es el alcance en el caso concreto, lo que nos invita a bucear en sus límites y en los controles que se pueden ejercer por parte del PJN. En palabras de Juan Carlos CASSAGNE: “*Quizás pueda parecer exagerado suponer que alrededor de la discrecionalidad gira el eje de toda la problemática del derecho administrativo y que el control de los jueces de la potestad discrecional constituya el núcleo central de dicha problemática.*”⁵

III. DOS PRESUNCIONES, UN PRINCIPIO... UN PUNTO DE PARTIDA.

La presunción de legitimidad, la presunción de constitucionalidad y el principio de tutela judicial efectiva son temas que necesitamos abordar antes de bucear de lleno en nuestro tema central.

El artículo 12 de la Ley Nro. 19.549 establece que: “*El acto administrativo goza de presunción de legitimidad...*” y, como consecuencia de ello, posee fuerza ejecutoria, esto es, la Administración

⁴ BALBÍN, op. cit., p. 807.

⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 2ª ed., Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2016, p. 231.

Pública puede ejecutarlo por sus propios medios, impidiendo que la interposición de un recurso suspenda, en principio, su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario.

En virtud de lo expuesto, “*es quien alega la irrazonabilidad o ilegitimidad del acto quien debe efectuar una demostración concluyente y categórica de dicho punto. [...] El juez tiene la potestad de revisar ese actuar, pero es el actor quien debe instar esa revisión, mediante argumentos concretos y aptos de incidir en la convicción del juezador.*”⁶

Algunos doctrinarios, como Agustín GORDILLO, critican la mencionada presunción afirmando que “*es insalvablemente contradictorio afirmar que un acto deba o pueda presumirse legítimo si la persona que se enfrenta con él advierte inmediatamente que no es legítimo.*”⁷ Y aún para quienes le opusieran a su argumento que se trata de una presunción legalmente establecida en el ordenamiento jurídico vigente, GORDILLO afirma que dicha norma sería irrazonablemente manifiesta. Ahora bien, sin perjuicio de la doctrina que se ha manifestado contra esa presunción, en términos generales los autores justifican su existencia en la “*presunción de validez que acompaña a todos los actos estatales, principio en el que se basa a su vez el deber del administrado de cumplir el acto administrativo. De no existir tal regla, toda la actividad administrativa sería directamente cuestionable, en principio, aunque la legitimidad fuera patente obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos al interponer un interés individual de naturaleza privada al interés [público].*”⁸

Por su parte, Tomás HUTCHINSON ha justificado los fundamentos de la presunción en fundamentos sustanciales (vinculados con que las leyes, las sentencias y los actos administrativos son expresiones del poder soberano del Estado) y formales (dadas por las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos).⁹ Sin perjuicio de ello, el autor plantea la innecesariedad de la presunción para explicar la eficacia del acto administrativo.¹⁰

La presunción de la que hablamos “*es iuris tantum, es decir que cede y se rompe si se probase la invalidez del acto o ésta es claramente manifiesta. De modo que se impone al destinatario del acto, la carga de probar la ilegitimidad de éste si pretende su exclusión del mundo jurídico.*”¹¹

Más allá de las diversas posturas más o menos favorables a la presunción de legitimidad, lo cierto es que el legislador ha optado por receptarla en la norma y la propia propia jurisprudencia ha reconocido dicho carácter en numerosos precedentes que, en honor a la brevedad, no desarrollaremos en el presente trabajo, por no ser el objeto central del mismo.

⁶ ALONSO REGUEIRA, Enrique M., “El control judicial de la administración va al jardín de infantes. La discrecionalidad y los espejitos de colores”, *Estudios de Derecho Público I*, ps. 369-390, Buenos Aires, Asociación de Docentes Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, 2013, p. 375.

⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3, 10ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2011, p. V-4.

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos comentada y anotada*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 274.

⁹ HUTCHINSON, Tomás, “Breves reflexiones acerca de la presunción de legitimidad del acto administrativo”, *Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, 1ª ed., Rap, Buenos Aires, 2002, p. 149

¹⁰ HUTCHINSON, op. cit., p. 153 y HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de Procedimientos Administrativos – Ley 19.549*, 10ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 151.

¹¹ BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 89.

De igual manera, cuando hablamos de presunción de constitucionalidad, referimos al poder del Estado. Germán BIDART CAMPOS sostiene que la interpretación de la CN formal se maneja con ciertas pautas: a) Debe interpretarse tomando en cuenta el fin querido por su autor. b) Conlleva una pretensión de futuro y de continuidad. c) Debe analizarse integralmente. d) *“Sólo debe declararse [la inconstitucionalidad] cuando resulta imposible hacer compatible una norma o un acto estatales con las normas de la constitución; [...] hay que hacer el esfuerzo de procurar la interpretación que concilie aquellas normas o actos estatales con la constitución. El derecho judicial de la Corte dice que la declaración de inconstitucionalidad es una “última ratio” del orden jurídico, o sea, un recurso o remedio extremo, que debe usarse con suma cautela.”*¹²

La propia CSJN desde sus más clásicos precedentes sostuvo que: *“...esta Corte ha admitido reiteradamente el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, lo que, naturalmente, supone la de su razonabilidad, a lo menos cuando juegan elementos de hecho como los que aquí se detaban [correspondiendo] al impugnante, pues, evidenciar de modo concreto y categórico la irrazonabilidad...”*¹³

Finalmente, con el objeto de poder abordar el núcleo quizás central y más conflictivo de este trabajo, debemos hacer alguna referencia al concepto de tutela judicial efectiva.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) recepta diversas garantías judiciales, dentro de las cuales encontramos la tutela judicial efectiva en los siguientes términos:

a) *“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”*¹⁴

b) *“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

*c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”*¹⁵

¹² BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, 4ª. ed., Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 106.

¹³ CSJN, “Callao (Cine) s/interpone recurso jerárquico c/resolución dictada por la Dirección Nacional de Servicios de Empleo”, 22/06/1960, Fallos 247:121, considerando 19.

¹⁴ CADH, artículo 8.

¹⁵ CADH, artículo 25.

Esta Convención tiene como antecedente la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la cual sostiene que: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”*¹⁶ Además de ser un antecedente valioso, es notable destacar que el primer instrumento mencionado amplía la extensión de la garantía a todo tipo de materia (también al derecho administrativo, claro).

Sin perjuicio de la aplicación de los tratados internacionales con jerárquica constitucional desde la reforma de 1994 (artículo 75 inciso 22), *“en lo que concierne a nuestro país, en el Preámbulo de la Constitución Nacional se proclama de manera enfática entre los fines del gobierno, el de “afianzar la justicia”, y concorde con ello en su art. 18 se garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas y de los derechos.”*¹⁷ Asimismo de la propia CN histórica se desprendía del artículo 33 como una garantía implícita de amparo, que luego sería receptada en el artículo 43.

Siguiendo a Pablo PERRINO, entendemos que *“el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia.”*¹⁸

La doctrina mayoritaria destaca diferentes derechos involucrados con ella, destacándose:

- a) Recurrir ante un juez natural e imparcial.
- b) Alcanzar control judicial suficiente cuando derivase de lo actuado en sede administrativa.
- c) La aplicación a futuro de nuevas pautas jurisprudenciales sobre requisitos de admisibilidad.
- d) Ser oído, producir prueba, alegar sobre la prueba producida y contar con asesoramiento.
- e) Obtener una decisión fundada dentro de un tiempo razonable que abarque todos los aspectos planteados y que respete los procedimientos y las normas vigentes para su dictado.
- f) Recurrir la sentencia dictada, con particular referencia a la doble instancia.

Además de los derechos destacados, la propia CADH recepta otras prerrogativas específicas. Sin perjuicio de ello, vale aclarar que la Corte IDH se ha expedido sobre los alcances de la tutela judicial efectiva, resultándonos de especial interés la vinculación que ella hace (con relación al artículo 25 de la CADH) con el sistema político en el que vivimos: *“Esta disposición sobre el derecho a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales competentes, constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.”*¹⁹

¹⁶ DUDH, artículo 10.

¹⁷ PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, *Revista de Derecho Público, 2003-I*, páginas 257-294, 1ª. ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 260.

¹⁸ *Ibidem*, p. 262.

¹⁹ Corte IDH, “Castillo Páez Vs. Perú”, 03/11/97, Serie C Nro. 34. En igual sentido, Corte IDH, “Ximenes Lopes Vs. Brasil”, 04/07/06, Serie C Nro. 149, entre otras.

Asimismo, en un caso contra nuestro país, la Corte IDH ha expresado que: “*La denegación del acceso a la justicia se relaciona con la efectividad de los recursos, en el sentido del artículo 25 de la Convención Americana [exigiendo] a los jueces que dirijan el proceso en forma que eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.*”²⁰

En definitiva, la tutela judicial efectiva se encuentra reconocida ampliamente, tiene recepción normativa local e internacional, jurisprudencial y doctrinaria. María Angélica GELLI ha llegado a expresar que corresponde atenuar el carácter excepcional de la acción de amparo sosteniendo si la ley no asegura el acceso a la tutela judicial efectiva: “*...puede sostenerse, razonablemente y sin querer alterar la voluntad constituyente, que en la medida en que el orden jurídico no provea el remedio eficiente y pronto, para proveer a la tutela judicial efectiva, la vía del amparo resulta admisible.*”²¹

IV. MODERNAS FORMAS DE CONTROL JUDICIAL: ¿PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD?

Antes de comenzar a desarrollar las últimas formas de control judicial que han sido adoptadas por la CSJN, preferimos enmarcar la temática a abordar haciendo un breve desarrollo.

En primer lugar, es necesario recordar que “*para evitar abusos y mantener el equilibrio de frenos y contrapesos que entraña la división de poderes, ha de haber un poder (en sentido orgánico) que controle el ejercicio de la actividad administrativa [...] esa función no la puede cumplir, en el orden federal, otro poder que no sea un poder judicial independiente, cuya cabeza es la Corte Suprema de Justicia, verdadero poder de naturaleza política.*”²²

En nuestra opinión, el control judicial sobre la discrecionalidad es algo de lo que no es posible prescindir, porque implicaría dejar librado a las autoridades públicas, que pueden ejercerla en determinadas ocasiones, un marco de decisión tan amplio que sería el equivalente a afirmar que cuando el pueblo concurre a las urnas y elige autoridades, suscribe un cheque en blanco sin posibilidad de control. De esta manera, se vería afectado todo el pueblo, tanto quienes eligieron dichas autoridades como quienes no, pero debiendo someterse a la conducción política que efectúen del país por el juego de la democracia en la cual vivimos. Es entonces donde adquiere el papel más importante el PJN denominado contramayoritario porque sus integrantes no son elegidos por el pueblo. Sin embargo, creemos que corresponde discutir hasta qué punto, o en qué medida, el PJN puede ejercer el control del ejercicio de facultades discrecionales y, analizando de qué forma lo ha realizado en los últimos años, abordaremos el núcleo del presente trabajo.

Existen posturas en virtud de las cuales el control judicial sobre la discrecionalidad debe limitarse al control de legalidad, porque hacerlo más extensivo podría implicar que el juez sustituya a la Administración Pública o, al menos, que interfiera en aspectos técnicos o políticos ajenos a ellos. Algunos doctrinarios se expresan en el sentido de evitar el “gobierno de los jueces”.

²⁰ Corte IDH, “Bayarri Vs. Argentina”, 30/10/08, Serie C Nro. 187

²¹ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, Tomo I*, 4ª. ed., La Ley, Buenos Aires, p. 611.

²² CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad...*, cit., p. 241.

A su vez, existen otras que sostienen que el control debe ser pleno abarcando la totalidad de los aspectos discrecionales, pudiendo incluso ser el PJN quien sustituya a la Administración Pública, si fuera necesario, para la protección de los derechos e intereses de las personas. En opinión de los doctrinarios que adhieren a esta postura, no garantizar un control judicial pleno, llevaría al predominio del PEN y del PLN por sobre el PJN, con la casi inevitable consecuencia de violar los derechos de las personas y afectando el equilibrio que debe existir entre ellos.

Esta última postura suele basarse en tres pilares:

- a) La reserva al PJN para conocer en todas las causas que versen sobre puntos regidos por la CN (artículo 116).
- b) El sometimiento de la Administración Pública a la ley.
- c) La exigencia de actuar con razonabilidad para todos los poderes públicos.
- d) El principio de tutela judicial efectiva.

A nuestro entender, sin que ello implique compartir la postura del control total por parte del PJN, todo se reduce al último de los pilares: la tutela judicial efectiva, porque los anteriores son condición inevitable de ella. Sin competencias atribuidas por la CN y sin control de legalidad y razonabilidad, no podemos encaminarnos hacia la tutela judicial efectiva.

Ahora bien, partiendo de expresar que no adherimos a ninguna de las dos posturas mencionadas (ni ausencia de control ni control pleno) continuaremos analizando cuáles son los test que la CSJN ha utilizado para analizar el ejercicio de las facultades discrecionales, desde los más clásicos hasta los más novedosos, haciendo especial hincapié en estos últimos por su relevancia.

Guillermo TREACY, partiendo de una postura intermedia a las mencionadas, ha clasificado al control judicial en dos grandes vertientes: el estándar débil de revisión judicial, que es el que ha predominado en la historia jurisprudencial de nuestro país desde el avance sobre el control del ejercicio de las facultades discrecionales, esto es, cuando la CSJN hace un “test de mera razonabilidad”, y el “estándar exigente”, el cual resulta equiparable a los supuestos de “escrutinio estricto” en la jurisprudencia norteamericana.

En el primer caso, *“puede sostenerse que el test de mera razonabilidad se caracteriza por la mayor deferencia de los tribunales hacia la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona.”*²³

Partiendo de este estándar de revisión podemos detallar los siguientes aspectos que se deben analizar (los cuales se repetirán en los estándares más exigentes que, a su vez, incluirán pasos posteriores o test más intensivos):

a) **Los fines del acto o la ley impugnada:** en este sentido deviene fundamental analizar *“la [finalidad] que resulta de la norma atributiva de la mentada potestad discrecional.”*²⁴ Este primer paso, cuya dificultad es directamente proporcional a su importancia, nos va a marcar el camino del

²³ TREACY, Guillermo F., “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, *Lecciones y Ensayos*, Nro. 89, 2011, p. 187.

²⁴ ALONSO REGUEIRA, op. cit., p. 382.

análisis. Ya sabemos hacia dónde debemos ir, conforme la normativa vigente, y también tendrá un rol fundamental la competencia del órgano para dictar la norma.

El principio de legalidad que surge expresamente del artículo 19 de la CN deriva en la necesidad de que toda atribución de competencias a un órgano deba tener sustento en la ley, en sentido material. Por ello, la legitimidad de los actos que ejecuta la Administración Pública “*se encuentra siempre condicionada a que una ley o la misma Constitución nacional le haya otorgado a la Administración, expresa o implícitamente, una potestad o competencia determinada.*”²⁵ En concordancia con esta postura se ha expresado Rogenio VINCENTI al afirmar que “*por aplicación del principio de legalidad, toda conducta administrativa debe estar justificada por el ordenamiento jurídico, es decir debe contar con respaldo jurídico. Las razones que explican este aserto surgen tanto de la idea de que la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria y no de una persona en particular como del principio técnico de la división de poderes.*”²⁶

El mentado artículo tiene por fuente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que, filosóficamente, encuentra soporte en MONSTESQUIEU precisamente, a través de su ya mencionada obra “El espíritu de las leyes”, obra de la cual se desprende que la preservación de la libertad es un principio fundamental que debe existir en un sistema político. Vale decir que Juan Bautista ALBERDI, al redactar el proyecto que sirvió de fuente de la CN histórica, recibió una importante influencia del precitado autor francés.

En conclusión, la Administración Pública, así como también el PJN, tienen que estar sujetos a la ley y a nuestra CN que, ya desde su Preámbulo, se expresa en el sentido de afianzar la justicia y los beneficios de la libertad.

En igual sentido, y con mayor razón aún, el artículo 28 de la CN otorga a la razonabilidad un status fundamental en nuestro sistema democrático. La doctrina ha sostenido pacíficamente que dicho precepto refiere a la no arbitrariedad de las decisiones del Estado, no sólo con relación al PLN, sino también al PEN y al PJN.

b) Los medios elegidos para alcanzar el fin perseguido: “*La Corte expresa que las restricciones de los derechos [deben] ser adecuadas a las necesidades y fines públicos que las justifican, de manera que no aparezcan infundadas o arbitrarias. Es decir, la aptitud o idoneidad de los medios para alcanzar el fin perseguido...*”²⁷

En tal sentido, cabe señalar que no es función de los tribunales evaluar si existen alternativas menos restrictivas de los derechos, sino tan sólo evaluar la adecuación de los medios a los fines elegidos. Para ello, el PJN debe identificar el objeto de la norma impugnada y evaluar si la misma se adecúa a la finalidad determinada (test de adecuación). Si eso no ocurriera, estaríamos frente a un acto nulo por ser irrazonable (habría desviación de poder).

c) La proporcionalidad entre los medios elegidos y los fines perseguidos: TREACY, analizando el Fallo “Cine Callao” de 1960 sostiene que “*la adecuación apunta a un aspecto*

²⁵ *Ibidem*, p. 370.

²⁶ VICENTI, Rogelio W., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. El caso de los elementos reglados del acto”, *El control de la actividad estatal I*, ps. 313-331, 1ª. ed., Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Buenos Aires, 2016, p. 314.

²⁷ TREACY, *op. cit.*, p. 188.

cuantitativo (aunque de alcances limitados), mientras que la proporción se refiere a un aspecto cuantitativo (la medida en que se restringe el derecho).”²⁸

Ya en este tercer aspecto no vamos a focalizar en la adecuación del acto (dado que ya sabemos que el mismo resulta adecuado, caso contrario no habríamos llegado a esta instancia), sino más bien en la proporcionalidad que debe existir entre el acto y el fin perseguido. En otras palabras, refiere a la proporción que deben guardar los actos de las autoridades públicas con el fin perseguido y, simultáneamente, con los fines que persiguen los principios y garantías constitucionales. Si el acto es desproporcionado, carecerá de razón suficiente y será un acto arbitrario.

De manera implícita en todo este proceso tenemos un elemento de gran importancia a los efectos de analizar la discrecionalidad del acto administrativo: la motivación. Este elemento, calificado como esencial por la Ley Nro. 19.549, en tanto expresión de la causa (antecedentes de hecho y de derecho), nos permite poder analizar si se trata de un acto razonable o arbitrario, pudiendo, quien resulte afectado, analizar dicho extremo para fundar su impugnación. En tal sentido, para algunos autores la Administración Pública se encuentra obligada a proporcionar las razones por las cuales optó por una decisión entre dos o más posibles. No coincidimos con esa postura, atento que ella no se encuentra obligada a probar, de manera anticipada, por qué eligió un camino en lugar de otros posibles. En todo caso, lo que sí debe, es justificar razonablemente por qué el camino elegido es razonable, adecuado y proporcionado, con los fines buscados y con los principios de nuestra Carta Magna. Lo contrario implicaría que cada acto administrativo deba detallar todas las posibilidades que tenía y analizar detenidamente cada una de ellas, para luego terminar diciendo que, de todas las alternativas desarrolladas, sólo aplicará una. No parece lógico; consideramos fundamental justificar la opción escogida finalmente. En todo caso, frente a un planteo concreto, la Administración Pública tendrá la obligación de justificar su decisión, pudiendo acreditar, no sólo a través de la propia norma, sino a través de otros medios (por ejemplo, con las actuaciones obrantes en el expediente) los extremos que sostenga.

Esto no significa que no deba contener motivación suficiente el acto en cuestión; sino que debe tenerla al igual sobre los elementos discrecionales y reglamentados, porque los antecedentes de hecho y de derecho se relacionan con el caso en particular y con su exteriorización a través de la motivación pero no con las diversas alternativas (todas válidas por igual) que tenía la Administración Pública al decidir.

“En cuanto a este punto, tomaremos como paradigmático de la jurisprudencia de la Corte, el caso “Silva Tamayo” de 2011. Allí la Corte enfatizó que, si bien la motivación tiene gran relevancia en el caso de los actos dictados en ejercicio de facultades regladas [...] es especialmente exigible cuando el acto es dictado en el marco de facultades discrecionales, pues estas deben hallar en aquélla el cauce formal convincentemente demostrativo de la razonabilidad de su ejercicio.”²⁹

Hasta aquí, todo cuanto podemos decir sobre el test mínimo de razonabilidad que debe seguir el PJN al analizar el ejercicio de facultades discrecionales. Ahora bien, corresponde avanzar a la etapa

²⁸ TREACY, op. cit., p. 190.

²⁹ ALONSO REGUEIRA, op. cit., p. 376.

más interesante, central y hasta, si se quiere, incómoda del presente trabajo, en el cual analizaremos un nuevo test:

d) **El análisis de necesidad:** frente a algunos supuestos, la CSJN ha dado un paso más allá en el análisis y exigió que el medio elegido por la autoridad, cuya norma se impugna, haya optado por el medio menos restrictivo de derechos. Es decir que, no alcanza con que el medio sea adecuado y proporcionado, sino que además debe ser el medio “necesario”.

Si bien con algunos antecedentes, pero con más fuerza en los últimos años, la CSJN ha agregado este nuevo criterio tendiente a analizar el ejercicio de las facultades discrecionales, el cual dará lugar a lo que comentábamos que, algunos autores como TREACY llama “estándar exigente”, siguiendo la jurisprudencia del máximo tribunal. Estudiaremos qué tan exigente es dicho estándar y trataremos de analizar si el PJN se mantuvo en su rol o bien si, a nuestro criterio, se ha excedido en sus funciones.

La CSJN ha sostenido que el exámen debe volverse más exigente cuando estamos frente a lo que conocemos como “categorías sospechosas”, es decir, aquéllos supuestos en los cuales operan distinciones basadas en motivos que podrían encubrir algún tipo discriminación (raza, color, sexo, religión, etc.). Quizás lo más llamativo de todo ésto, o lo que haría que el mismísimo MONTESQUIEU reviviera dentro de la Iglesia de Saint-Sulpice en París, donde se encuentra enterrado, es que proceden a invertir las presunciones de legitimidad y de constitucionalidad sobre las que nos referimos anteriormente. En términos sencillos, la CSJN ha expresado que dichos actos deben presumirse ilegítimos e inconstitucionales, lo cual no es un detalle menor, sino un profundo cambio de lógica en todo el andamiaje legal argentino. Atrás quedó el poder soberano del Estado y la necesidad de la presunción de legitimidad para que la Administración Pública no se vea paralizada... No, no. Eso es historia pasada. A partir de los precedentes jurisprudenciales que mencionaremos unas líneas más abajo, se parte de la presunción contraria y, por ende, ya no es quien se considera afectado el que debe acreditar, probar, demostrar lo que aduce, sino que es el Estado quien debe “*acreditar que la norma que ha dictado cumple con dicho escrutinio estricto, en tanto el trato desigual responde a fines sustanciales y no meramente convenientes.*”³⁰

Necesitamos aquí hacer un paréntesis. Hasta donde sabíamos, las razones de oportunidad, mérito y conveniencia no eran susceptibles de control por parte del PJN, porque se trataba de facultades que eran propias de los poderes cuyos integrantes llegaban a sus cargos a través del voto popular. Y, en definitiva, cuando alguna de las autoridades políticas cuenta con discrecionalidad y opta por una alternativa, y no por otra, puede encontrarse amparada en criterios de oportunidad, mérito y conveniencia. Sobre todo de conveniencia. Aspecto que era ajeno al control judicial.

Sin embargo, con esta vuelta de tuerca de la CSJN, ha desaparecido la conveniencia como uno de los criterios exentos de control judicial, toda vez que, para ciertos casos, ella se transforma en necesidad y, por vía de la razonabilidad, el PJN podrá analizar y decidir si la elección fue la correcta o si existía otra que era menos lesiva de los derechos (aspecto que podría llegar a ser demasiado subjetivo). “*El único criterio para evaluar su irrazonabilidad será siempre el hecho de ser más o menos intrusiva que la medida alternativa y nunca el grado de adecuación o eficacia en relación al*

³⁰ *Ibíd*em, p. 386.

fin que exijan los principios constitucionales.”³¹ Es decir, no interesa si la medida es adecuada y proporcional; sólo va a importar si existía o no otra menos lesiva.

Enrique ALONSO REGUEIRA desarrolla la cuestión de la “necesidad”, la cual fue adoptada por la Corte IDH en determinados casos puntuales, con basamento en artículos de la CADH. A modo de ejemplo, el artículo 13.2 que él cita, dispone que: “*El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*” A lo cual agrega: “...evadir el subprincipio de necesidad donde la Corte Interamericana lo ha considerado obligatorio podría redundar en responsabilidad internacional para la República Argentina.”³²

En primer lugar consideramos que si la Corte IDH ha aplicado dicho principio, encuentra motivación en que la propia CADH lo ha previsto expresamente; no ocurre lo mismo con ninguna de las normas atributivas de competencia del PJN donde dicho principio se encuentra ausente. Recordemos que se trata de una construcción jurisprudencial de la CSJN, por lo que hay que evaluarla con la precaución que amerita toda elaboración no incorporada legalmente.

Por otro lado, si a la CSJN le preocupara la responsabilidad internacional como para adoptar el principio de necesidad, sería bueno recordarle que existen resoluciones de la Corte IDH que no han sido cumplidas por ella misma, por lo que no creo que esa haya sido la motivación para agregar este nuevo test.

En cuanto a la jurisprudencia de la cual se desprende este test de necesidad, podemos destacar que el primer antecedente surgió en el año 1988 en la causa “Repetto, Inés María c/Buenos Aires, Provincia de s/Inconstitucionalidad de normas legales” (Fallos 311:2272), donde los Ministros PETRACCHI y BACQUÉ, en un voto en concurrencia, hablaron de presunción de inconstitucionalidad frente a distinciones que se hacían en la normativa vigente, entre nacionales y extranjeros. Asimismo afirmaron que, para que el Estado pueda justificar la legitimidad de la distinción, debía acreditar la existencia de un interés estatal urgente. Resulta paradójico que, siguiendo este criterio, un interés estatal urgente permita, en su razonamiento, violar el artículo 20 de la CN.

Posteriormente se aplicó el criterio que estamos abordando en el fallo “Calvo y Pesini, Rocío c/Córdoba, Provincia de s/amparo” del año 1998 (Fallos 321:194); la normativa local exigía la nacionalidad argentina para poder trabajar como psicóloga en un hospital público. La CSJN, aplicando su test, expresó que no había sido justificada suficientemente la restricción existente. En realidad, en todo caso, quien debía justificar que la norma era inconstitucional, era la actora. Pero ya puede divisarse cómo la CSJN se acerca a la presunción de inconstitucionalidad al analizar la prueba en contrario que recaía sobre la Provincia.

Es así como llegamos al Fallo “Hoofft, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” del año 2004 (Fallos 327:5118). La cuestión central aquí

³¹ ALONSO REGUEIRA, Enrique M., “El examen de necesidad ¿razonabilidad o conveniencia?”, *ED Suplemento Administrativo, Buenos Aires*, 2008, p. 647.

³² *Ibíd.*, p. 649.

es la impugnación de una norma de la Constitución bonaerense que establecía que para ser juez de Cámara era necesario ser ciudadano nativo o por opción, excluyendo a los naturalizados.

En el presente caso que, a nuestro criterio, ha sentado las principales bases de esta nueva doctrina judicial, la CSJN expresó:

a) Parece propio exigir una *“justificación suficiente de la restricción”*, lo cual no había sido satisfecho por la demandada (considerando 5).

b) La presunción de inconstitucionalidad sólo puede ser levantada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y los medios que había utilizado a tal efecto. *“En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”* (considerando 6).

Sin embargo, el Dr. Augusto BELLUSCIO votó en disidencia, expresando que:

a) *“Cada provincia puede determinar, en ejercicio de potestades discrecionales, no delegadas a la Nación, los recaudos para el acceso a los cargos públicos, los cuales, en tanto no se demuestren como arbitrarios o violen, de manera indudable, derechos o garantías constitucionales, deben ser respetados...”* (considerando 10).

b) La declaración de inconstitucionalidad avasallaría la autonomía de las provincias (considerando 11).

c) *“Que, finalmente, corresponde poner de relieve que si se descalificara una norma provincial tachándola de discriminatoria por establecer diferencias entre los argentinos nativos o por opción y los naturalizados, ello implicaría el absurdo de descalificar a la vez a la propia Constitución Nacional, ya que es esta misma la que establece distingos al excluir a los últimos de la posibilidad de acceder a los cargos de presidente y vicepresidente de la Nación (art. 89) o fijar un requisito de antigüedad en la ciudadanía para ser electos diputados o senadores (arts. 48 y 55)”* (considerando 12).

El siguiente caso fue “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo” del año 2006 (Fallos 329:2986). El Consejo de la Magistratura exigía la nacionalidad argentina para poder concursar como Secretario de un Juzgado de 1ª instancia.

Si bien la mayoría ratificó la doctrina de “Hoofst”, nos parecieron muy interesante los votos en concurrencia de la Dra. Elena HIGHTON DE NOLASCO y del Dr. Juan Carlos MAQUEDA, toda vez que destacaron que *“si bien corresponde aplicar un estándar intenso de control en materia de igualdad, éste no es coincidente con el efectuado en la causa “Hoofst” (Fallos 327:5118), en la que la discriminación tuvo fundamento en el origen de la nacionalidad argentina, lo que lleva insita su presunción de inconstitucionalidad.”* En este considerando 6, los jueces, si bien refieren al control intenso, descartan la presunción de inconstitucionalidad, lo que nos parece adecuado y allanan un camino intermedio.

Posteriormente, en los fallos “Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional” del año 2007 y “Mantecón Valdez, julio c/Estado Nacional” del año 2008 (Fallos 330:3853 y 331:1715, respectivamente) se reafirmó el llamado “test de Hoof”.

Ahora bien, recapitulando un poco, intentaremos delinear algunas apreciaciones desde nuestro punto de vista. Inicialmente el PJN no poseía facultades para controlar los actos administrativos discrecionales o bien los aspectos de los actos en los cuales la Administración Pública hubiera utilizado dichas facultades. Luego se avanzó en la posibilidad de revisarlos, con fundamento en la tutela judicial efectiva, pero con ciertas limitaciones en una suerte de test básico en el que se hacía un juicio de razonabilidad, para, posteriormente, empezar a implementar, para algunos casos, test más exigentes que le permiten analizar la necesidad y destruir la presunción de legitimidad y constitucionalidad como si el ordenamiento jurídico no existiera.

El PJN ha tenido facultades para revisar actos administrativos discrecionales dictados por la Administración Pública, pero tan sólo se expresaba sobre la validez o invalidez, siendo luego el órgano competente quien debía, en todo caso, dictar una nueva decisión. Posteriormente, también ha adoptado decisiones modificando el alcance de determinados actos administrativos, o bien dictándolos cuando la propia Administración Pública se había negado a hacerlo.

En tal sentido, entonces, debemos preguntarnos si admitida por la CSJN la postura más intensiva en cuanto al control judicial del ejercicio discrecional, ¿es posible que el PJN obligue a la Administración Pública a actuar de determinada forma o bien que proceda a reemplazarla directamente en la decisión adoptada? VINCENTI expresa, citando jurisprudencia del máximo tribunal (“Orías” y “Buttice”, Fallos: 317:40 y 329:5368, respectivamente) que: “*El Poder Judicial, al comprobar la existencia del vicio de un acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales, debe limitarse a su declaración, sin obligar a la administración a hacer algo que la ley no manda, sustituyendo su criterio de conveniencia o eficacia por el de los jueces, violando así el principio de división de los poderes del Estado.*”³³

Sin embargo, no menos cierto es que, como recuerda el autor, los tribunales han procedido a modificar actos administrativos impugnados, al reducir montos de sanciones disciplinarias o en casos en los cuales la Administración Pública no había querido dictar el acto correspondiente. Al respecto, nos parece interesante observar el argumento de CASSAGNE para justificar dicha posibilidad: “*...todas las sentencias que hacen lugar a los recursos a acciones promovidas contra la Administración o el Estado (lato sensu) implican, en algunos casos, una suerte de sustitución en la medida en que dejan sin efecto un acto sustituyéndolo por otro, por más que éste constituya su negación o rechazo, y la sustitución aparezca subsumida en la declaración de invalidez.*”³⁴ La debilidad del argumento para justificar que el PJN reemplace a la autoridad que actuó con discrecionalidad nos da mayores certezas aún que estamos en el camino correcto. De ninguna manera aceptamos que la declaración de invalidez de un acto administrativo sea lo mismo que una resolución del PJN por la cual modifica los alcances del mismo.

Tampoco nos parece convincente la postura de BALBIN, quien afirma que es posible que el PJN “*puede, en ciertos casos, modificar el acto pero en ningún supuesto sustituirlo por otro, salvo*

³³ VINCENTI, op. cit., p. 330.

³⁴ CASSAGNE, El principio de legalidad..., cit., p. 289.

que el nuevo acto esté impuesto de modo claro y reglado por el ordenamiento jurídico.”³⁵ La excepción, precisamente, nos saca de la esfera de la discrecionalidad y nos coloca frente a las facultades reglamentadas que exceden nuestro objeto.

Si en las decisiones discrecionales tenemos siempre, al menos, dos alternativas, ya eso hace que el PJN deba abstenerse de modificar el acto o de dictarlo, so pena de violar la división de poderes porque, en definitiva, estaría eligiendo en lugar de quien debe hacerlo.

Finalmente nos gustaría expresarnos sobre otras decisiones en las cuales el PJN se ha expedido, a nuestro criterio, vulnerando la división de poderes, motivo por el cual preferimos ser precavidos y restrictivos, antes que confiados y amplios en sus competencias:

a) En el caso “Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus” del año 2005 (Fallos 328:1146) la CSJN le ordenó a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que intervenga a los efectos de impedir la detención en comisarías de menores y enfermos y le exigió a la Provincia de Buenos Aires que cada dos meses informe qué medidas había adoptado para mejorar la situación de los detenidos.

b) En el caso “Badaro, Adolfo Valentín c/Administración Nacional de Seguridad Social s/reajustes varios” del año 2006 (Fallos 329:3089) la CSJN le comunicó la sentencia al PLN y al PEN a los efectos que, en un plazo razonable, adopten las medidas tendientes a cumplir con lo dispuesto en los considerandos.

c) En el caso “Editorial Río Negro S.A. c/Neuquén, Provincia de s/acción de amparo” del año 2007 (Fallos 330:3908) la CSJN condenó a la provincia a presentar en el término de treinta días un esquema de distribución de publicación, respetuoso de los términos y principios que surgen de la sentencia.

V. PALABRAS FINALES: EL “CONTROL DE RAZONABILIDAD” DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Cuando comenzamos este trabajo nos procuramos responder si estamos o no yendo hacia un gobierno contramayoritario de la CSJN, donde el poder ya no lo tienen quienes son electos por el pueblo sino quienes los deberían controlar, pero, a su vez, siendo controlados.

Dejaremos la respuesta a nuestra pregunta para el final. Primero, habiendo desarrollado todo lo que antecede, queremos señalar algunos aspectos vinculados a la CSJN:

a) Se ha incrementado el control de razonabilidad, a través de un estándar más estricto en determinados casos.

b) Se dejó de lado la presunción de legitimidad y de constitucionalidad, sobrevalorando la tutela judicial efectiva o bien utilizándola para justificar el avance sobre las decisiones que el PLN y el PEN adoptan, en el ejercicio de sus facultades discrecionales.

c) Se invirtió la carga de la prueba, en determinados casos, por lo que ya no es quien alega la ilegitimidad o la inconstitucionalidad quien debe probarla, sino que es el Estado quien debe acreditar lo contrario.

³⁵ BALBÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, op. cit., p. 766.

d) El máximo tribunal terminó siendo, en diversos casos, quien definió la conveniencia, ahora renombrada de forma indirecta bajo una aparente “necesidad” en casos de categorías sospechosas e incorporándola al control de razonabilidad. Es decir, por más que la Administración Pública acredite diversos caminos y considere que el adoptado es el menos lesivo, si la CSJN no lo considera así, el acto en cuestión será ilegítimo.

e) Frente a la impugnación de actos concretos, el PJN se ha atribuido la facultad de modificarlo o sustituirlo. Y frente a la omisión de su dictado, también ha sustituido al órgano competente y lo ha dictado.

f) Se han analizado aspectos regulados por normas locales, tales como la Constitución bonaerense y disposiciones de Córdoba y CABA, por nombrar algunos casos, violentando el federalismo en aras de la defensa del derecho de igualdad, sin perjuicio que la propia CN posea normas similares a las tachadas de inconstitucional, para otros cargos.

g) El máximo tribunal ha emitido órdenes a la Gobernación de Buenos Aires, a la Provincia de Neuquén y al PEN y PLN, en fallos vinculados con detenidos, con la movilidad de las jubilaciones y con pautas publicitarias.

h) Y, como último aspecto, si bien no fue objeto de este trabajo, amerita recordar que se ha negado a cumplir con fallos dictados por la Corte IDH a pesar de haber aprobado y ratificado la CADH y de haberle otorgado, nuestro país jerarquía constitucional, desde el año 1994.

Pobre MONTESQUIEU si reviviera, y observara la realidad institucional de nuestro país, pediría por favor ser enterrado nuevamente en la iglesia parisina donde se encuentra.

¡Ah! Olvidaba la pregunta... aquél punto de partida que desde el subtítulo nos motivó a escribir este trabajo. A nuestro entender, la misma ya ha sido suficientemente respondida con todo lo expresado en los acápites anteriores...