

*«No permitimos que gobierne el hombre sino la ley,  
porque el hombre ejerce el poder para sí mismo y  
acaba por hacerse tirano...»<sup>1</sup>*

*«Lo esencial: Tener fe en lo que es justo y seguro»<sup>2</sup>*

# La legitimación y el control judicial. El alcance del control judicial del ejercicio de las funciones administrativas públicas

**SUMARIO:** 1. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL Y EL CONTROL DEL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS. 1.1. CONCEPTOS GENERALES. 1.2. LA LEGITIMACIÓN DE LOS LEGISLADORES. 1.3. LA LEGITIMACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. 2. EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DEL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS PÚBLICAS. 3. CONCLUSIÓN.

## 1. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL Y EL CONTROL DEL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS<sup>3</sup>

### 1.1. CONCEPTOS GENERALES

a) La legitimación es la llave de acceso al proceso y al consiguiente control judicial del ejercicio de las funciones públicas.

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES.

<sup>2</sup> Rafael BIELSA.

<sup>3</sup> Parte del material integra el capítulo «Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo» de la obra colectiva sobre *Proceso y Procedimiento*, Homenaje a Jesús

Desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que no compete a los jueces hacer declaraciones abstractas, porque es de la esencia del Poder Judicial decidir colisiones efectivas de Derecho<sup>4</sup>.

Ya desde sus inicios, el Tribunal negó que estuviese en la órbita del Poder Judicial de la Nación la facultad de expedirse en forma general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Ello es así, pues el fin y las consecuencias del control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa suponen que este requisito de la existencia de «caso» o «controversia judicial» sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de poderes<sup>5</sup>.

La necesidad de que exista una controversia surge de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, los cuales, siguiendo lo dispuesto en la sección II del artículo III de la ley fundamental norteamericana, encomiendan a los tribunales de la República el conocimiento y decisión de todas las «causas», «casos» o «asuntos» que versen —entre otras cuestiones— sobre puntos regidos por la Constitución. De ahí que, en análoga línea de razonamiento, el artículo 2.º de la Ley 27 expresa que la justicia nacional «nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los *casos contenciosos* en que es requerida a instancia de parte»<sup>6</sup>.

Las «causas», que habilitan la actuación judicial, son aquellas «*en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas*».

Con tal comprensión, la existencia de un «caso» o una «causa» presupone la de «parte»; requiere como presupuesto necesario la *legitimación procesal*, esto es, la presencia de «quien reclame o se defienda» y la de «quien se beneficie o perjudique» con la resolución que ha de ser dictada en el proceso<sup>7</sup>.

b) En relación con la materia, especial relieve adquiere la regulación del amparo contenida en el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional.

Surge, en primer lugar, del precepto que «*[t]oda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades pú-*

---

GONZÁLEZ PÉREZ, Editorial Hamurabi, en prensa; y fue materia del trabajo acerca de «La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia», publicado en LL 2003-B, 1333.

<sup>4</sup> Conf. reseña efectuada en el dictamen de la Procuradora General de la Nación en «Mosquera, Lucrecia Rosa c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía)», al cual se remite la CSJN el 2/4/03.

<sup>5</sup> Conf. reseña cit.

<sup>6</sup> CSJN, 31/3/99, «Ricardo GÓMEZ DÍEZ», Fallos: 322: 528, entre muchos otros.

<sup>7</sup> Conf. CSJN, 31/3/99, «Ricardo GÓMEZ DÍEZ», cit., Fallos: 322:528; y dictamen en «Mosquera», cit.

blicas, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...»<sup>8</sup>.

En la segunda parte de la norma se incorpora el llamado amparo colectivo, «contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general...»<sup>9</sup>.

Y se reconoce legitimación para promover dicho amparo al afectado por el acto o la omisión de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, y a sujetos diferentes: el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines<sup>10</sup>.

c) El nuevo marco constitucional se completa con la legitimación reconocida al Defensor del Pueblo en el artículo 86 y al Ministerio Público en el artículo 120.

Conforme al primer texto: «*El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará*

<sup>8</sup> Del artículo resulta con claridad la interdicción de la arbitrariedad e ilegitimidad en el obrar de las autoridades públicas.

<sup>9</sup> En consecuencia, se extiende la protección judicial, de modo expreso, a aquellos supuestos en los que *no existe sólo un conflicto meramente individual, sino que —enfocada la cuestión desde el agravio a los derechos— se hace patente la dimensión o repercusión social de la afectación, su incidencia colectiva; y la dimensión social, colectiva de un interés general comprometido* (conf. Augusto MORELLO, M. y Carlos A. VALLEFÍN, *El amparo. Régimen procesal*, 4.<sup>a</sup> ed., Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2000, p. 283.

Se ha recordado que desde antes la doctrina defendía esos derechos e intereses bajo el ropaje de otros conceptos, tales como «intereses difusos», «de pertenencia difusa», «colectivos», «derechos de tercera generación». Pero en el actual texto constitucional —no obstante la interpretación restringida de la Corte Suprema de Justicia Nacional— encontrarían cabida no sólo los derechos de *pertenencia común, colectiva, difusa, de una pluralidad de personas indeterminadas* y que atañen a un *bien único, indivisible y no fraccionable* (como el «derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras»), sino también derechos e intereses de *pertenencia particular, y de objeto divisible*, cuya afectación adquiere *dimensión social e incide en intereses colectivos o generales* —sin dejar de afectar a cada sujeto particular— (cítanse como ejemplos de este último supuesto los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en la relación de consumo). Conf., entre otras obras con un extenso tratamiento sobre la materia: Humberto QUIROGA LAVIÉ, *El amparo colectivo*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1998; Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo* T. 2, «La defensa del usuario y del administrado», 4.<sup>a</sup> ed., Fundación de Derecho Administrativo, 2000; María A. GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Editorial La Ley, 2003, pp. 3865 y ss.

<sup>10</sup> QUIROGA LAVIÉ menciona al afectado (en tanto integrante de un grupo o sector social), a las asociaciones registradas a tal fin y al Defensor del Pueblo como titulares de un «derecho público subjetivo», que los habilita a interponer un «amparo colectivo», supuesto en el cual cada uno de esos sujetos debe invocar y, en su caso, demostrar que pertenece a la categoría de aquellos a quienes el ordenamiento ha tenido en cuenta al regular sus efectos (*El amparo...*, cit., pp. 33 y ss.). Conf., sobre el tema, Alberto B. BIANCHI, «La legitimación colectiva en el amparo», en *Estudios de Derecho Administrativo —VI—*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo (IEDA), Mendoza, 2001.

*con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante actos, hechos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal...».*

De acuerdo al segundo: *«El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República».*

d) Se desprende de las normas reseñadas que la legitimación procesal –que implica la habilitación por el ordenamiento jurídico para asumir la calidad de *parte* con referencia a la *concreta materia* sobre la que puede versar el proceso– es dada no sólo para obrar *en nombre e interés propio*. También está previsto que pueden formular pretensiones personas u organismos estatales que –aunque actúan *en nombre propio*– cumplen esos actos *en defensa de intereses de otros, o en defensa de intereses que afectan al orden público o social*. La última situación se concreta porque el Estado no quiere abandonar a la iniciativa particular la existencia de una pretensión, o de una oposición a ella, y establece un órgano específico –el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo– con la misión de actuar de ese modo, ante el órgano jurisdiccional, sin perjuicio de la actividad que las partes puedan llevar a cabo en nombre e interés propio<sup>11</sup>. Tal camino indica que *el Estado asume como propio el interés en el ejercicio de la pretensión de tutela de los intereses cuya protección confía*<sup>12</sup>.

e) Debe además destacarse que, salvo en aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico reconoce legitimación para ejercer la acción pública, como principio no es reconocido como elemento legitimador bastante «el genérico deseo ciudadano de la legalidad; es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida»<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Conf. Lino E. PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, 5.ª reimpr., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, t. III, «Sujetos del Proceso», pp. 10 y ss.

<sup>12</sup> Conf., con referencia al Defensor del Pueblo de la Nación, Ifraín I. QUEVEDO MENDOZA, «Nuevos órganos de control», en *La reforma constitucional interpretada*, IEDA, Buenos Aires, 1995, p. 479.

<sup>13</sup> Conf. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1994, art. 28, p. 317.

Sobre el punto interesa asimismo recordar que, en varios pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia declaró la inexistencia de «caso», «causa» o «controversia» –que autorizara el ejercicio del Poder Judicial– por considerar que no existía un interés «suficientemente concreto», que tuviera «suficiente inmediatez y realidad», por ser el agravio «meramente con-

En esa inteligencia, la legitimación requiere la existencia de un nexo lógico entre el *status* afirmado por el litigante y el reclamo que se procura satisfacer<sup>14</sup>. «[E]l juez sólo podrá pronunciarse sobre la pretensión si existe una determinada relación entre la parte y lo pretendido. Ésa es la legitimación. Sin interés no hay acción»<sup>15</sup>.

jetural e hipotético» (CSJN, 28/8/84, «Baeza, Aníbal Roque c/ Estado Nacional», Fallos: 306:1125, en relación con la legitimidad constitucional de la consulta popular sobre los términos del arreglo de los límites con Chile en la zona del Canal de Beagle); por procurarse la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de otros poderes (CSJN, 12/12/85, «Lorenzo, Constantino c/ Nación Argentina», Fallos: 307:2384; y CSJN, 6/12/88, «Zaratiegui, Horacio y otros c/ Nación Argentina», Fallos: 311:2580, sobre el Tratado de Paz y Amistad con Chile); por no cumplirse la exigencia de demostrar la afectación de «un interés distinto al que tienen todos los ciudadanos electores sobre la regularidad constitucional de las leyes», por ser, en todo caso, «uno de esos intereses individuales que no llegan a distinguirse de los generales o comunitarios en que se incluyen y que, por tanto, no adquieren entidad específica y diferenciada» (CSJN, 6/7/90, «Recurso de hecho deducido por Alfredo J. Gascón Cotti en la causa “Gascón Cotti, Alfredo J. y otros”», Fallos: 313: 594, acerca de la legitimidad de la Ley por la que se dispuso reformar la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y convocar a un plebiscito para que el pueblo de la provincia se pronunciase al respecto).

En especial, el Tribunal Superior negó que la condición de **ciudadano** fuese apta al efecto, por ser de una generalidad tal que no permitía tener por configurado «el interés concreto, inmediato y sustancial» que llevara a considerar la existencia de «causa», «caso» o «controversia» («Baeza», «Lorenzo», «Zaratiegui», «Gascón Cotti», y otros).

Fayt, en su voto en disidencia en «Gascón Cotti», puso de relieve que, «al margen de polémicas doctrinarias sobre el alcance de expresiones como la utilizada de interés legítimo, y otras que la situación sugiere, nacidas las más de ellas no en el campo del derecho constitucional—que es norte primordial del tribunal por la vocación que la propia Ley Suprema le impone— sino en otros de jerarquía infraconstitucional, cabe que esta Corte se formule como tema a decidir si no basta ser ciudadano argentino vecino de una provincia, para tener derecho a reclamar de los jueces el cumplimiento de la Constitución de esa provincia si encuentra que ella se halla en trance de ser alterada de un modo que considera contrario a sus propias disposiciones... de lo que en el caso se trata no es de un problema de legitimación corriente, en el que quepa hablar de las exigencias regulares para la existencia de un interés “legítimo”, sino de la afectación aducida de la fuente misma de toda legitimidad». De modo análogo se pronunció, con posterioridad, el 7/4/94, en su voto —en disidencia— en la causa «Polino, Héctor y otro c/ Nación Argentina —Poder Ejecutivo», CSJN-Fallos: 317:335, en relación con la Ley que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional.

<sup>14</sup> Conf. dictamen en «Mosquera», cit.

<sup>15</sup> Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «Las partes en el proceso administrativo», separata de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, año XLIX, n.º 74, Curso Académico 1996-1997, Madrid, 1997, pp. 24 y ss.

Como ejemplo de una evolución en la jurisprudencia en la etapa anterior a la reforma constitucional de 1994 cabe recordar un pronunciamiento del Tribunal Superior, sobre el derecho de réplica (CSJN, 7/7/92, «Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros», Fallos: 315:1492), en el que fue reconocida la calidad de parte de quien invocó haber sido lesionado profundamente en sus sentimientos religiosos por expresiones vertidas en un programa televisivo sobre la Virgen María. Consideró la Corte que esa conducta, que constituía una ofensa de gravedad sustancial, había interferido arbitrariamente en la vida ajena, mortificando los sentimientos del demandante, e implicado un verdadero agravio a un «derecho subjetivo» tutelado por el legislador. Asimismo, aquélla puso de manifiesto, por un lado, que la falta de legislación en el orden nacional sobre la materia, el carácter de primer pronunciamiento sobre el asunto, y la trascendencia jurídica e institucional de la cuestión, proporcionaban a los

Por ello, *sobra* la exigencia de que el interés sea «legítimo», o personal<sup>16</sup>. Siguiendo al Diccionario de la Real Academia Española, puede decirse que existe «*interés*» –y por tanto *legitimación*– cuando el éxito de la pretensión reporta de algún modo *al que la formula –o a aquel en interés de quien se la formula–* «*provecho*», «*utilidad*», «*ganancia*», «*beneficio*», «*comodidad*», «*conveniencia... de carácter colectivo...*», *en el orden moral o material*; o, dicho de otro modo, evita un perjuicio, un daño, una lesión, un menoscabo, una incomodidad<sup>17</sup>.

f) Desde ese enfoque, merece una consideración especial la doctrina judicial elaborada en torno de la legitimación de los legisladores y del Defensor del Pueblo<sup>18</sup>. El criterio del Superior Tribunal en ambos casos fue restrictivo y cerró el paso a la discusión judicial y al respectivo control del ejercicio de funciones públicas.

## 1.2. LA LEGITIMACIÓN DE LOS LEGISLADORES

a) La Corte Suprema de Justicia desconoció la legitimación de los legisladores cuando invocaron su calidad de *ciudadanos*.

Además, les negó aptitud para actuar «en representación del pueblo», sosteniendo que el ejercicio de la mentada representación encon-

---

fundamentos de la legitimación del demandante carácter provisional, susceptible de sufrir mutaciones de acuerdo a la evolución del instituto (consid. 24); y, por el otro, que, a diferencia de quien ejercía la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el examinado quien replicaba asumía «*una suerte de representación colectiva*», que llevaba a cabo en virtud de una preferencia temporal (consid. 25). Parte de la doctrina entendió, de ese modo, nacido el amparo colectivo (conf. Humberto QUIROGA LAVIÉ, «Ha nacido el amparo colectivo», LL, 1992-D, p. 879).

<sup>16</sup> Atento a los nuevos textos constitucionales.

<sup>17</sup> Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, «Las partes...», *op. cit.*

El criterio expuesto acerca de las partes y la legitimación procesal implica dejar de lado la referencia a las categorías «*derecho subjetivo*», «*interés legítimo*» e «*interés simple*», tenidas en cuenta –en general– en el ámbito del Derecho Administrativo y que dieron lugar a importantes restricciones en el acceso a la sede judicial.

En el mismo sentido debe ponerse de relieve que el artículo 24, inc. a), de la Ley 19549 y los artículos 3.º y 74 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto 1883/91, en la actualidad han de ser interpretados a la luz de las prescripciones de los artículos 41, 42 y 43 de la Constitucional Nacional.

Con una postura diferente a la de la mayoría, aunque manteniendo un criterio restrictivo en la materia, véase Rodolfo C. BARRA, «La legitimación para accionar en la reciente jurisprudencia de la Corte», ED, T. 151-801.

<sup>18</sup> El desarrollo sobre la legitimación del afectado, de las asociaciones y del Ministerio Público –y su incidencia en el control judicial– puede verse en María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, «Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo», capítulo de la obra colectiva sobre *Proceso y Procedimiento*, Homenaje a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, cit., y en «La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia», LL, cit.

traba su quicio constitucional en el ámbito del Poder Legislativo –para cuya integración en una de sus Cámaras eran electos– y en el terreno de las atribuciones dadas a ese Poder y a sus componentes por la Constitución Nacional y los reglamentos del Congreso<sup>19</sup>.

Asimismo, consideró que tampoco la mencionada calidad parlamentaria legitimaba a aquéllos para actuar «*en resguardo de la división de poderes*» ante un eventual conflicto entre normas dictadas por el Poder Ejecutivo y leyes sancionadas por el Congreso, toda vez que, con prescindencia de que este último cuerpo poseyera o no aquel atributo procesal, era indudable que el legislador no lo representaba en el juicio.

No obstante, Antonio Boggiano, en su disidencia en «Polino» –y con un criterio que luego no siguió–, reconoció la legitimación del diputado en relación con el procedimiento seguido para la declaración de la reforma constitucional y sostuvo que, al haber diferencias entre lo aprobado en una y otra Cámara, era razonable reconocer al recurrente «*un interés lo suficientemente concreto*» en la medida en que, mediante la sanción de la Ley, *había sido privado del derecho que la Constitución le reconocía de concurrir o no con su voto para integrar las mayorías requeridas por ella* para la declaración de la necesidad de la reforma.

Desde otro ángulo, en un caso cuya analogía con otros promovidos por legisladores no puede descartarse, los ministros del Superior Tribunal reconocieron la legitimación *de integrantes de un Colegio Electoral* que pidieron la nulidad de todo lo actuado por los otros electores en la reunión en la que fueron elegidos el gobernador y el vicegobernador de una provincia<sup>20</sup>. Consideraron que en el caso *el interés de los impugnantes era palmario; y, más aún, que resultaba obvio el interés del elector para reivindicar la condición de juez único que tenía el colegio al que pertenecía*. Compárese, en consecuencia, esta última situación con la de otros juicios en los que legisladores (por ejemplo, frente al dictado de un decreto de necesidad y urgencia e invocando la falta de concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 99, inc. 3, de la Constitución Nacional; o ante decisiones que debían ser adoptadas por el Poder Legislativo) pretendieron *reivindicar su derecho a integrar con su voluntad la voluntad del Congreso –único órgano con competencia constitucional en la materia–*, demandando la nulidad del acto que consideraban ilegítimo, y no se les reconoció su aptitud de ser parte en el proceso.

---

<sup>19</sup> CSJN, 6/9/90, «José Roberto Dromi, Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Nación s/avocación en autos: Fontela, Moisés Eduardo c/ Estado Nacional», Fallos: 313:863, en relación con la regularidad del procedimiento de privatización de Aerolíneas Argentinas; y CSJN, 7/4/94, «Polino, Héctor y otro c/ Nación Argentina –Poder Ejecutivo», Fallos: 317:335, sobre la legitimidad de la Ley de convocatoria a la reforma constitucional de 1994; entre otros.

<sup>20</sup> CSJN, 26/12/91, «Electores y Apoderados de los Partidos Justicialista, Unión Cívica Radical y Democracia Cristiana», Fallos: 314:1915.

Después de la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia, sin efectuar distinción alguna en relación con los diferentes casos, siguió negándoles legitimación a los legisladores para actuar no sólo como «ciudadanos», sino «en representación del pueblo», «en resguardo de la división de poderes», «en representación de su cámara» o «en representación de la respectiva provincia»<sup>21</sup>.

Con un enfoque diferente, y teniendo en cuenta las particularidades del caso, en algunos pronunciamientos de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal fue admitida la actuación en juicio de diputados que cuestionaron la constitucionalidad

<sup>21</sup> Son ejemplos de lo expuesto, entre otras, las siguientes sentencias:

CSJN, 17/12/97, «Jorge Rodríguez, –Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación», Fallos: 320:2851, LL, 1997-F-879 (en la causa que llegó a la Corte por la vía de una presentación directa del Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación). De ella resulta que los diputados –Nieva y otros– plantearon una acción de amparo tachando de manifiestamente ilegítimo –por violar el artículo 99, inc. 3, de la Constitución Nacional– el Decreto de necesidad y urgencia por el que se decidió el llamado a licitación pública para la concesión de los aeropuertos nacionales e internacionales; y que alegaron la afectación de su derecho a participar con su voluntad en la formación de la decisión del órgano con competencia en la materia.

CSJN, 1/6/00, «Garré, Nilda y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional (decreto 21/99)», Fallos: 323:1432, con planteo análogo respecto del Decreto de necesidad y urgencia 21/99 y la suspensión del otorgamiento de avales para las obras denominadas «Sistema Interprovincial Federal» y «Desagües Pluviales de la Red de Accesos a la Capital Federal».

CSJN, 7/5/98, «PRODELCO c/ Poder Ejecutivo Nacional», Fallos: 321:1252, LL, 1998-C-572. El fallo tiene su origen en la impugnación que –una diputada nacional (Cristina Zucardi) y la asociación de consumidores– hicieron del Decreto 92/97 –por el cual se aprobaron las modificaciones a la Estructura General de Tarifas del Servicio Básico Telefónico– sin oposición a las rebajas o descuentos previstos.

CSJN, 31/3/99, «Gómez Díez, Ricardo y otros c/ Congreso de la Nación», Fallos: 322:528. El pronunciamiento da cuenta de que tres diputados nacionales promovieron demanda declarativa de inconstitucionalidad y certeza contra el Estado Nacional –Congreso de la Nación–, con la pretensión de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 24699 y la sanción de la nueva Ley de Coparticipación Federal de Impuestos. Aquéllos reconocieron que acudían a esa instancia después de haber obtenido «un resultado adverso en el ámbito del Congreso», a raíz de que las razones que justificaron su posición «fueron apagadas porque la mayoría... principalmente oficialista», «... adoptó la posición de prorrogar el Pacto Federal de 1993» en lugar de proceder al dictado de una nueva ley de coparticipación federal. Y en el fallo se puso de relieve que los actores tuvieron ocasión de expresar su parecer de conformidad con el régimen de mayorías y minorías, razón por la cual no se advertía en qué medida la votación podía haber efectivamente cercenado sus «prerrogativas legislativas», ni por qué motivos éstas debían vincularse con las consecuencias concretas de aquella votación; y que una decisión favorable a los demandantes supondría el inadmisiblemente reconocimento –como lo había prevenido con acierto la jurisprudencia norteamericana– de que los jueces fuesen llamados en auxilio de un legislador individual que en realidad sólo se quejaba de haber fracasado en persuadir a sus colegas.

CSJN, 12/7/01, «Leguizamón, María y otros c/ Corporación del Mercado Central de Buenos Aires», LL, ejemplar del 13/11/01. Se desprende de la decisión que diputados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pidieron que se suspendiera la licitación pública nacional e internacional convocada por la demandada para la elaboración e implementación del Plan Maestro del Mercado Central; y que alegaron la incompetencia de la CMCEA y vicios en el procedimiento.



dad de decretos-leyes del Poder Ejecutivo invocando la violación del artículo 99, inc. 3, de la Constitución y *la afectación de su derecho a ejercer su función*, esto es, de su derecho a participar con su voluntad en la formación de la decisión del órgano con competencia en la materia<sup>22</sup>. En otros fallos esa legitimación fue negada<sup>23</sup>.

b) Coincidimos con BIDART CAMPOS en que *«las generalizaciones abstractas negatorias que registra la jurisprudencia pecan de teorización abstracta, porque en cada caso concreto hay que ver si, conforme a sus circunstancias, el legislador (diputado o senador) que interpone una acción está incluyendo un interés suficiente en defensa de la función cuyo ejercicio considera impedido, usurpado o transgredido»*<sup>24</sup>.

No es lo mismo haber sido vencido en el proceso de formación de una ley y pretender impugnarla (supuesto en el que parece clara la falta de legitimación)<sup>25</sup> que invocar la afectación que resulta por interferencias sufridas en ese proceso legislativo o en la función de legislador<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Es ilustrativa del criterio la sentencia dictada por la CNFed. Cont. Adm., Sala II, el 10/7/97, en la causa «Nieva, Alejandro y otros c/ PEN-dto. 375/97». En ella el tribunal consideró que con el dictado del Decreto de necesidad y urgencia –cuestionado en el expediente– el derecho de los actores a ejercer su función participando en la formación de la voluntad del órgano con competencia constitucional en la materia (Poder Legislativo) se encontraría, de modo inminente, amenazado, restringido, limitado o privado por el acto del Poder Ejecutivo Nacional (llamado a Licitación Pública Nacional e Internacional para otorgar la concesión de la explotación, administración y funcionamiento del conjunto de aeropuertos que allí se detallaban), en virtud de que en él se decidía acerca de una materia comprendida en un proyecto legislativo en trámite.

<sup>23</sup> Sala I, 14/7/99, «Garré, Nilda y otros c/ EN –PEN– decr. 21/99»; ídem, 27/4/99, «Gustavo Béлиз, –Incidente Med– y otros c/ PEN – dto 357/98». En este último no fue reconocida la legitimación de los actores en su condición de «miembros de los órganos directivos del Partido Nueva Dirigencia» ni como «vecinos y legisladores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires»; sí fue admitida la apariencia de esa legitimación como «vecinos» de esa ciudad, para el ejercicio de las acciones judiciales que el artículo 43 de la Constitución Nacional confiere al «afectado» para obtener tutela judicial «en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente», aunque fue revocada la cautelar dispuesta en primera instancia.

<sup>24</sup> Germán J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1999-2000, T. I-A, p. 793.

<sup>25</sup> Ése es el caso examinado en «Gómez Díez» (Fallos: 322:528) y en «Raynes v. Byrd», 117 S. Ct. 2312, citado por la Corte Suprema en aquel pronunciamiento.

<sup>26</sup> BIDART CAMPOS, en nota a un fallo contrario a la legitimación, con énfasis expresa: *«... cada vez que un legislador, o varios, entienden que se está sustrayendo al Congreso en el ejercicio de una competencia que le incumbe, como órgano colegiado y complejo, ese legislador y esos legisladores disponen de legitimación para acudir a la justicia y para reivindicar la posibilidad de participar en la decisión congressional impedida u obstruida por interferencia del Poder Ejecutivo. Que la cámara o el Congreso, en cuanto órganos, pudieran también tener legitimación, no alcanza para negar la individual de los legisladores... Cuando el ejecutivo dicta un decreto en materia que es competencia del Congreso está impidiendo (usurpando) el ejercicio de la función –colectiva del cuerpo, e individual de cada miembro...– que la Constitución adjudica al llamado Poder Legislativo... Y vuelve, entonces, a hacerse indispensable la legitimación procesal como llave de acceso al proceso que ha de dirimir la cuestión, bien constitucional e institucional por cierto»* (Germán J.

### 1.3. LA LEGITIMACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

a) La intervención del Defensor del Pueblo en defensa de la legalidad o en resguardo de derechos de múltiples sujetos afectados no fue pacíficamente aceptada en sede judicial.

En los tribunales federales inferiores, salvo alguna excepción<sup>27</sup>, ella fue reconocida<sup>28</sup>.

BIDART CAMPOS, «La legitimación procesal activa de los legisladores», LL, 1997-F-564, comentario al fallo «Terragno»).

En el mismo sentido se pronuncia QUIROGA LAVIÉ, quien afirma que «es necesario e imprescindible reconocerle a los legisladores individualmente la garantía de recurrir judicialmente en caso de que se violase su derecho individual a ejercer las competencias constitucionales» (QUIROGA LAVIÉ, *El amparo colectivo*, pp. 216 y ss.).

Conf. otros trabajos sobre el tema: Néstor P. SAGÜÉS, «La legitimación procesal activa de los legisladores. Nuevas precisiones y perspectivas», ED, T. 179-1998; Alberto B. BIANCHI, «¿Pueden los tribunales federales intervenir en conflictos de poderes? Apuntes en torno a la legitimación procesal de los legisladores con especial referencia al amparo», LL, 1998-D-1245; Estela B. SACRISTÁN, «Se amplía la legitimación en el derecho norteamericano: Los electores pueden conocer el financiamiento del proceso electoral», LL, 1999-E-101.

<sup>27</sup> La CNFed. Cont. Adm., Sala V, el 20/10/95, en «Consumidores Libres Coop. Ltda. c/ Estado Nacional», con criterio restrictivo, rechazó su actuación como parte impugnante del Decreto de intervención de la CNT, considerando que no existía perjuicio efectivo y destacando que «la legitimación procesal que indiscutiblemente confiere al Defensor del Pueblo (el art. 86, párrafo 2, C. N.) no es susceptible de ser infinitamente dilatada de forma tal que sustente su intervención judicial en defensa de la pura legalidad; lo cual, obviamente, no significa neutralizar las potestades que el Defensor del Pueblo y mediante los dispositivos concretos que le atribuye la ley orgánica respectiva, pueda ejercer “ad intra” de la Administración».

No obstante lo afirmado, lo obvio es que con la ley, y con la remisión a sede administrativa, se ahogó la Constitución.

<sup>28</sup> A) A título ilustrativo se hará referencia, en primer lugar, a algunas decisiones de los tribunales en lo contencioso-administrativo federal:

a) La Sala III, el 23/9/97, en la causa «Defensor del Pueblo de la Nación –Incidente III c/ Estado Nacional», en la que se cuestionaba el Decreto 92/97, por el que se aprobó el llamado «rebalanceo telefónico», puso de relieve que el demandante –cuya intervención como parte había aceptado el Tribunal– no actuaba en defensa de la pura legalidad ya que lo hacía para asegurar los derechos de incidencia colectiva de los usuarios de los servicios telefónicos que se consideraban afectados por el mencionado rebalanceo, cuya validez cuestionaban.

b) La Sala II, el 26/8/97, en «Nieva, Alejandro y otros c/ PEN –dto. 375/97», admitió la legitimación del Defensor del Pueblo en el juicio en que había sido planteada –por algunos diputados– una acción de amparo tachando de manifiestamente ilegítimo –por violar el artículo 99, inc. 3, de la Constitución Nacional– el Decreto de necesidad y urgencia por el que se decidió el llamado a licitación pública para la concesión de los aeropuertos nacionales e internacionales. Invocó, a esos efectos, lo expresado por los Convencionales Constituyentes, los artículos 86 y 43 de la Constitución Nacional y los aportes de la doctrina favorable a la posición, reconociendo con amplitud la competencia del órgano.

c) También fue reconocida esa legitimación por la Sala V, el 16/6/98, en los autos «Defensor del Pueblo de la Nación c/ PEN –Sec. de Comunicaciones –resol 868/98», cuando debió conocer respecto de una cautelar que el Defensor –en defensa del derecho de los usuarios– obtuvo por la falta de convocatoria pública antes de la sanción de la resolución 868/98, que importó modificar una serie de medidas anteriormente establecidas por el Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico, aprobado por Resolución 25837/96.

El criterio del Tribunal Superior fue, por el contrario, muy restrictivo.

A pesar de la amplitud de los textos constitucionales –y en especial del artículo 86–, aquél desconoció la legitimación del Defensor del Pueblo para accionar «en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes»<sup>29</sup>; con consideraciones generales, y aun dogmáticas<sup>30</sup>. No está de más aclarar que admitir esa actuación no supone dejar de lado la exigencia de que exista una «causa» ya que, en su caso, habrá una controversia planteada por el Defensor del Pueblo en defensa de intereses que afectan al orden público o social.

Asimismo, el Superior Tribunal negó legitimación al Defensor del Pueblo por no ser titular de la relación jurídica sustancial debatida en el proceso<sup>31</sup>. De ese modo contradujo la propia esencia de su legitimación, llamada *anómala o extraordinaria*, que implica precisamente una

d) La Sala IV, el 23/6/98, en «Youssefian», así también lo hizo, con invocación de los artículos 86 y 43 de la Constitución Nacional, y aclarando que el Defensor actuaba, en el caso, en defensa de un derecho de usuarios y consumidores: el de participación en el control de los servicios públicos, que se vería afectado por una ilegítima omisión de la Administración.

e) En otra resolución, el 10/2/99, en los autos «Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ INSSJP», el mismo Tribunal admitió la legitimación del demandante en defensa del derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz.

f) Del mismo modo, y destacando que el Defensor del Pueblo –de acuerdo con las normas constitucionales– estaba legitimado para actuar en juicio aunque no fuese titular de la relación jurídica sustancial, se pronunció la Sala V, el 13/9/02, en la causa «Defensor del Pueblo de la Nación –dto. 1316/02 c/ EN –PEN –dtos. 1570/01 y 1606/01». En ella el Defensor cuestionó la legitimidad de las normas por las que se dispusieron la restricción, pesificación y reprogramación de los depósitos bancarios.

B) En el ámbito de la seguridad social, la CFed. Apel. Seg. Social, Sala Segunda, el 10/9/01, en los autos «Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional –Poder Ejecutivo Nacional», por mayoría, reconoció la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación para plantear la inconstitucionalidad de la rebaja de los haberes de jubilados y pensionados y de las asignaciones familiares.

<sup>29</sup> 7/5/98, «Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria», Fallos: 321:1352. También fueron invocadas la ausencia de «perjuicio inminente» y la doctrina sentada en «Frías Molinas» (Fallos: 319:1828). De modo diferente, en su voto en disidencia, los doctores Belluscio, Petracchi y Bossert admitieron la legitimación del Defensor del Pueblo, reconociendo implícitamente la posibilidad de un perjuicio inminente y la importancia que –para la protección del usuario y el ejercicio del control estatal– tenía la existencia o inexistencia de un órgano –en el caso la CNT– cualificado.

<sup>30</sup> Como ejemplo, puede recordarse que el 17/12/97, en «Rodríguez, Jorge –Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación», Fallos: 320:2851, el Tribunal Superior negó la legitimación del Defensor por remisión al dictamen del Procurador General. En dicho dictamen se había desconocido primero la legitimación de los legisladores y luego se había hecho lo mismo con el Defensor, por haberse «adherido a la medida cautelar solicitada por aquéllos». Se evitó así, en definitiva, tratar la cuestión.

<sup>31</sup> En los autos «Defensor del Pueblo de la Nación c/ PEN (decr. 1517/98)», resueltos el 21/12/00 (Fallos: 323:4098), el Tribunal expresó que «si bien el art. 86 de la Constitución Nacional prescribe que el Defensor del Pueblo “tiene legitimación procesal”, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél *el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión*, como es exigible en todo proceso judicial».

habilitación para actuar *en nombre propio, para la adecuada protección de derechos, garantías e intereses cuya titularidad es de otros*<sup>32</sup>.

Por otra parte, restringiendo indebidamente los alcances del artículo 43 de la Constitución Nacional, la Corte Suprema fundó la exclusión del Defensor del Pueblo en la circunstancia de que intervenía en la misma causa –o en otras análogas– «*persona interesada*» (un particular afectado, una empresa, una asociación)<sup>33</sup>.

Sin embargo, puede considerarse implícitamente admitida por ese Tribunal la legitimación del Defensor, en materia de servicios públicos, en un caso en el cual fue desestimado el recurso interpuesto contra una medida cautelar por la que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (sala de feria) había dispuesto prorrogar por única vez, sin recargo y por el término de veinte días corridos, el plazo para abonar las facturas de distintos servicios de esa naturaleza, entre los que se encontraban los prestados por los recurrentes<sup>34</sup>.

b) Se ha sostenido que el Defensor del Pueblo actúa en defensa de todo el pueblo o de cada sector afectado<sup>35</sup>.

La expresión ha de ser entendida en el sentido de que su actuación siempre debe estar enderezada a la defensa del *bien común, de todos, del pueblo*, aun cuando pueda implicar una contraposición con intereses particulares o aparejar un perjuicio a un sector determinado<sup>36</sup>.

Desde ese ángulo, no ha de olvidarse que el bien común consiste principalmente en la defensa de los derechos de la persona humana en

Igual criterio puso de manifiesto el 11/3/03, en «Defensor del Pueblo de la Provincia de Santiago del Estero c/ Tucumán Provincia de y otro (Estado Nacional)», y el 23/9/03, en «Eduardo René Mondino, (Defensor del Pueblo de la Nación)».

La distinción fue, en cambio, reconocida por la Sala V del fuero en lo contencioso-administrativo federal en la sentencia dictada en la causa «Defensor del Pueblo de la Nación –dto. 1316/02 c/ EN –PEN –dtos. 1570/01 y 1606/01», el 13/9/02.

<sup>32</sup> Lino E. PALACIO, «El “apagón” de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo», nota a fallo, LL, 2000-C-395.

<sup>33</sup> 21/12/00, «Defensor del Pueblo...», Fallos: 323:4098; 23/09/03, «Eduardo R. Mondino, –Defensor del Pueblo de la Nación»; 18/12/03, «Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud –Estado Nacional»; y otros.

<sup>34</sup> 15/8/02, «Camuzzi Gas del Sur S.A. s/ solicita intervención en autos “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Telecom Argentina Stet France Telecom S.A. y otros”».

<sup>35</sup> Jorge L. MAIORANO, *El Ombudsman. Defensor del Pueblo y de las Instituciones republicanas*, 2.<sup>a</sup> ed., Macchi, Buenos Aires, 1999, pp. 536 y ss.

<sup>36</sup> Conf. Sergio M. NÁPOLI, «La legitimación procesal del Defensor del Pueblo», *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 44, pp. 357 y ss.

Conf., asimismo, CFed. Apel. Seg. Social, Sala Segunda, 10/9/02, «Defensor del Pueblo de la Nación...», voto en disidencia, con un criterio contrario a la intervención del Defensor como representante de un sector de la sociedad.

Sin embargo, y aun con una visión diferente, deberán ser cuidadosamente examinadas aquellas cuestiones que involucren a particulares con intereses contrapuestos (conf. Ariel

el seno de la sociedad, y que ésa es misión principal a la que deben tender los órganos del Estado<sup>37</sup> y, en especial, el Defensor del Pueblo.

Asimismo, es esencial al bien común asegurar la juridicidad en el obrar administrativo público, lo que justifica la intervención del Defensor para «*el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas*», según los términos del texto constitucional.

## 2. EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DEL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS PÚBLICAS

No obstante las limitaciones que resultan de una aceptación restringida de la legitimación procesal, la potestad del Poder Judicial de controlar el ejercicio de las funciones administrativas públicas ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con matices que demuestran una evolución positiva en el tiempo<sup>38</sup>.

Sólo serán objeto de este estudio –y de una apretada síntesis– los principios fundamentales que se desprenden de la aludida doctrina judicial en torno de las facultades o potestades administrativas de ejercicio discrecional<sup>39</sup>.

---

CARDAZI MÉNDEZ, «El Defensor del Pueblo goza de buena salud», nota a fallo, LL, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, ejemplar del 27/11/02, con referencia a la aplicación del CER). En sentido análogo, Alberto B. BIANCHI, «La legitimación...», *op. cit.*, p. 96.

<sup>37</sup> Juan XXIII, *Encíclica Pacem in Terris*, n.º 60.

<sup>38</sup> Se advierte, al respecto, la influencia de la doctrina española. Conf., entre otros importantes trabajos, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Buenos Aires, 1974; del mismo autor, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, 2.ª ed. ampliada, Madrid, 1992; ídem, *Democracia, jueces y control de la administración*, Civitas, 1.ª ed., Madrid, 1995; Tomás R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 3.ª ed. ampliada, Madrid, 1999; Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993; Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1995; Manuel ATIENZA, «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica», *REDA*, n.º 85, 1995.

<sup>39</sup> Puede verse, además, JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, «El control judicial de la función administrativa de los poderes Legislativo y Judicial», en ED, ejemplar del 31/7/02, y en *Control de la Administración Pública*, RAP, Buenos Aires, 2003.

No es materia del presente trabajo lo atinente al control de las llamadas «cuestiones políticas» o de los denominados «actos institucionales».

Como regla, no se tendrán en cuenta algunos pronunciamientos con defectos en la formulación del tema.

Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior del 8/10/91 en la causa «Astilleros Alianza SA de Construcciones Navales ICy F c/ Nación Argentina –PEN», Fallos: 314:1202, adoptada por la mayoría de sus miembros. El Tribunal revocó la denegación de una solicitud de levantamiento de una medida cautelar –decretada por los jueces de la causa sobre la base de que se habían violado disposiciones vigentes– y afirmó que la decisión de ejecutar una

a) El Tribunal Superior ha efectuado una distinción entre «*poderes de ejercicio reglado o de aplicación legal automática*» y «*facultades o potestades de ejercicio discrecional*»<sup>40</sup>.

Concurren los primeros en aquellos supuestos en que el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos, reemplazando así el criterio del órgano estatal al *predeterminar* qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y a la aplicación de la solución que la ley agotadamente ha establecido.

Puede hablarse de «*facultades o potestades de ejercicio discrecional*» cuando el legislador –o el órgano que confiere aquéllas– autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular, *al no habersele impuesto, por anticipado, la conducta que deberá necesariamente seguir*<sup>41</sup>.

---

obra pública era una actividad discrecional de la Administración «*no revisable judicialmente, salvo*» que se violaran expresas disposiciones legales o reglamentarias o que existiera manifiesta irrazonabilidad, supuesto que no consideró configurado en el caso (se advierte, por otra parte, que, en su voto en disidencia, el doctor Belluscio puso de relieve que la Corte no tenía competencia para entrar a considerar las cuestiones alegadas en el recurso extraordinario porque la sentencia por la cual se había decretado la medida cautelar no había sido oportunamente recurrida y el pedido de su levantamiento –formulado con posterioridad– no contenía la invocación de variación alguna de la situación existente al momento en que aquella medida había sido dispuesta).

Del mismo modo es susceptible de críticas, aunque sólo formales, el voto de la mayoría emitido –el 25/11/97– en la causa «Solá, Roberto y otros c/Estado Nacional –Poder Ejecutivo», Fallos: 320:2509. El Superior Tribunal, en definitiva, efectuó un adecuado control de juridicidad y declaró la nulidad de la cesantía de fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas –dispuesta por la autoridad administrativa–, ponderando los presupuestos fácticos y, en especial, la ausencia de «mala conducta» en los sancionados. Con buena técnica, en sus respectivos votos, los doctores Belluscio y Petracchi no consideraron que concurriera en la especie una facultad de ejercicio discrecional.

<sup>40</sup> CSJN, 23/6/92, «Consejo de la Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos», Fallos: 315:1361 (considerando 6°), y 18/12/02, «González Alejandro Daniel y otros c/ Estado Nacional – M.º de Cultura y Educación», con remisión al dictamen del Procurador General (véase el punto VI).

<sup>41</sup> Pone de manifiesto GORDILLO: «*Nunca las atribuciones podrán ser totalmente regladas o discrecionales; es imposible prever hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer; siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante y a la inversa: no puede existir una norma tal que autorice a hacer absolutamente cualquier cosa {cuando quiera, como quiera, donde quiera} sin limitación alguna; siempre habrá alguna norma o principio que le fije de antemano ciertos criterios a que deberá ajustar su acción, tal como surge claramente de lo expuesto... sobre el principio de razonabilidad y lo demás que surge de los principios generales del derecho y la Convención Interamericana contra la Corrupción*» (Agustín GORDILLO, *Tratado...*, op. cit., T. I, parte general, 4.ª ed., X-28, 14).

b) *La existencia de una esfera discrecional de las entidades y de los órganos administrativos no implica en absoluto que éstos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico*<sup>42</sup> *o una libertad de apreciación fuera de él, o que su conducta no resulte fiscalizable*<sup>43</sup>.

*Toda la actividad del Estado se encuentra sometida al ordenamiento jurídico y en él encuentra su sustento.*

En especial, toda la actividad de la Administración está reglada en cuanto a la *competencia*; como principio también lo estará en lo atinente a la *forma*<sup>44</sup>; conceptos jurídicos determinados o indeterminados<sup>45</sup> –en su caso– podrán delimitar el objeto del acto; éste deberá también sustentarse en su *causa* –esto es, en los *hechos*<sup>46</sup> y el *derecho* que se invocarán en su motivación–, y las medidas que involucre la actuación deberán ser *proporcionalmente adecuadas* a la *finalidad* que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes

<sup>42</sup> Como expresan Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *no hay espacio franco o libre de la ley –o del Derecho– en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre.*

<sup>43</sup> CSJN, 23/6/92, «Consejo de la Presidencia...», Fallos: 315:1361, cit.; 24/11/98, «Demchenko», Fallos: 321:3103, sus citas y otros.

<sup>44</sup> Quedan comprendidos en el concepto los procedimientos anteriores a la emisión del acto, las formalidades previstas para dicha emisión –incluyendo la motivación que aquél deberá contener– y las formas posteriores a esa emisión.

<sup>45</sup> El concepto jurídico indeterminado presupone en su concreción, al menos como principio, una única solución justa, válida, excluyendo una opción discrecional (conf. Carlos Manuel GRECCO, «La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y su fiscalización judicial», LL, 1980-D-1306; Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, T. I, 7.ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 236).

Por otra parte, aun cuando se acepte que ciertas decisiones regidas por normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados –como la corrección de una prueba académica– admiten más de una solución justa, es evidente que el marco de la justa solución opera como límite de reducción de lo discrecional y expulsa, en su caso, aquella interpretación que no encuentre cabida en la directiva (como lo han puesto de relieve Juan Carlos CASSAGNE y Javier Barnés VÁZQUEZ).

<sup>46</sup> a) Sobre la importancia del control de los hechos determinantes, véase el voto del doctor Luis María Boffi Boggero en la sentencia dictada por la CSJN, el 25/9/59, en «López de Reyes, María Consuelo», Fallos: 244:548. Destaca el magistrado que la revisión judicial «*ha de penetrar el examen de los hechos*», ya que «*una indebida fijación de los hechos no puede ser subsanada con una acertada selección de las normas jurídicas*».

Es de especial interés, además, el pronunciamiento de la CSJN en el mismo sentido, de fecha 19/9/60, en «Fernández Arias, Elena y otro c/ Poggio, José (sucesión)», Fallos: 247:636. Manifestó el Tribunal que el *control judicial suficiente* requería que las resoluciones de los organismos administrativos –jurisdiccionales en la especie– no fueran finales en cuanto a los *hechos* y al *derecho* controvertidos.

b) Desde otro ángulo, y sobre el alcance del control en supuestos de *valoraciones técnicas*, repárese en la sentencia de la CSJN, del 8/8/78, en «Ojeda, Domingo Antonio», Fallos: 301:1103, en relación con el Tribunal Administrativo de la Navegación. En ella, en definitiva, se aceptó el control judicial *sobre los hechos y el derecho aplicable*, aun cuando se puso de manifiesto la necesidad de que los jueces expusieran *razones de grave entidad* para apartarse de las conclusiones técnicas –de organismos especializados, de idoneidad reconocida– sobre complejas situaciones fácticas.

del órgano emisor<sup>47</sup>. Asimismo, deberán ser respetados los principios generales de Derecho<sup>48</sup>.

Expresa la Corte Suprema: «superada en la actualidad la antigua identificación entre discrecionalidad y falta de norma determinante o laguna legal –por considerarse que la libertad frente a la norma colisionaría con el principio de la legalidad– se ha admitido hace ya largo tiempo que la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos sólo puede resultar de haber sido llamados expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la Administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apreciación legal, jamás extralegal o autónoma (confr. doctrina que emana del capítulo IV, apartado 3.º, párrafo 6.º de la exposición de motivos de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa)»<sup>49</sup>.

La existencia de un ámbito de discrecionalidad implica, por ende, la atribución de competencia a un órgano para que, apreciando lo que es de interés público o que hace al bien común, elija una de las varias opciones permitidas por el ordenamiento jurídico<sup>50</sup>. La facultad o potestad de ejercicio discrecional supone, por consiguiente, una posibilidad de opción –siempre con ajuste al ordenamiento jurídico– entre varias alternativas igualmente válidas: actuar<sup>51</sup> o no actuar y, en su caso, optar por obrar de este u otro modo.

c) *El control judicial de potestades o facultades que implican discrecionalidad en su ejercicio encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión*<sup>52</sup>, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la *forma*, la *causa* –comprensiva de los *hechos*<sup>53</sup> y del

<sup>47</sup> Conf. artículos 7º y 14 de la Ley 19549.

<sup>48</sup> Juan Carlos CASSAGNE, *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1988, p. 78; y del mismo autor, *Derecho Administrativo*, T. I, *op. cit.*, p. 243; Julio R. COMADIRA, «La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial», ED 186:600; Pedro J. J. COVIELLO, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa*, RAP, Buenos Aires, 2003, pp. 627 y ss., esp. p. 642.

<sup>49</sup> CSJN, 23/6/92, «Consejo de la Presidencia...», Fallos: 315:1361, cit. (considerando 7.º).

<sup>50</sup> Conf. Domingo SESÍN, *Administración pública: Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 126; Julio R. COMADIRA, «La actividad...», *op. cit.*

<sup>51</sup> Conf. Julio R. COMADIRA, «La actividad...», *op. cit.*

<sup>52</sup> Conf. CSJN, 24/11/98, «Demchenko», Fallos: 321:3103, cit.; y 18/12/02, «González, Alejandro Daniel y otros...», cit.

<sup>53</sup> Véase CSJN, 9/8/99, «Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional – Administración Nacional de Aduanas». En el voto de los doctores Fayt, Belluscio y Petracchi se destacó que en el artículo 99, inc. 3, de la Constitución Nacional se había definido el estado de necesidad que justificaba la excepción a la regla general –que prohibía al Poder Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo–, y que ese estado de necesidad se presentaba únicamente «cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes». Consiguientemente, correspondía al Poder Judicial el control de constitucionalidad sobre las condiciones bajo las



*derecho* que dan sustento al obrar y que deben ser expresados en la motivación<sup>54</sup>— y la *finalidad* del acto<sup>55</sup>, sin olvidar la regulación que puede derivarse de conceptos jurídicos determinados o indeterminados que limiten su objeto<sup>56</sup>, y el marco que brindan los principios generales de Derecho. *Se traduce así en un típico control de su legitimidad o juridicidad*<sup>57</sup>—comprensivo no sólo del examen de la *legalidad* del obrar, sino

cuales se admitía esa facultad excepcional de dictar decretos en materia del Congreso y, en ese sentido, se debían descartar criterios de *mera conveniencia* ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que *la Constitución no habilitaba a elegir discrecionalmente* entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto (considerando 9.º).

<sup>54</sup> CSJN, 14/06/01, «Lema, Gustavo Atilio c/ Estado Nacional –Ministerio de Justicia de la Nación». Véanse en el dictamen de la Procuración General –al cual se remite la Corte– las consideraciones acerca de la *motivación suficiente* como recaudo esencial en el caso de facultades que importan un ámbito de discrecionalidad.

Conf., asimismo, la exigencia de la adecuada motivación de las decisiones del Consejo de la Magistratura en materia de designación de magistrados que surge de las sentencias dictadas el 27/3/02 por la Sala IV y el 20/11/03 por la Sala I de la CNFed. Cont. Adm., en la causa «Mattera, Marta del R. c/ Consejo de la Magistratura Nacional»; y el 23/12/03 por la Sala II de la CNFed. C. y C., en «Alemany, Jorge Federico c/ Consejo de la Magistratura de la Nación».

<sup>55</sup> Conf. CSJN, 24/11/98, «Demchenko», Fallos: 321:3103, cit.

Reviste particular importancia el examen de la sentencia dictada por la CSJN, el 12/6/97, en «Emisiones Platenses S.A.», Fallos: 320:1191, ya comentada en extenso (María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, «La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder», LL 2002-D-1408).

Estaba cuestionada en la causa la difusión de la publicidad oficial, que había sido asignada –por el intendente– a un solo medio local, con fundamento en la inexistencia de preceptos en los que se hubieran establecido criterios de selección y proporcionalidad en la materia. Para rechazar la demanda, en el voto de la mayoría se tuvo en cuenta: que no estaba prevista en las normas la solución pretendida por la entidad demandante; que la decisión había sido adoptada en el ejercicio de una facultad *discrecional* del intendente; y que no se había demostrado su ilicitud –en particular, la desviación de poder– ni la afectación de la libertad de prensa o de otro derecho de quien promovió el proceso. Según la doctrina del voto de la minoría, no obstante la ausencia de regulación legislativa expresa, directivas de rango constitucional –protectoras de la libertad de prensa– predeterminaban una conducta: *el trato igualitario* en la materia, y *quedaba excluida la discrecionalidad de la autoridad pública*. Asimismo, la Administración debía haber motivado adecuadamente su decisión y no se requería siquiera la concreta prueba de una intención ilícita y de la desviación de poder; *bastaba el trato desigualitario, el trato disparate no justificado, para tener por configurada la violación de la libertad de prensa en la especie*.

<sup>56</sup> Conf. CSJN, 4/11/97, «Mocchiutti, Juan c/ UNC», Fallos: 320:2298 (en relación con los conceptos de «idoneidad e imparcialidad indiscutibles» y su calificación de «conceptos jurídicos de contenido acotado»); 25/11/97, «Solá...», Fallos: 320:2509, cit. (la «mala conducta» como causal para el cese de las funciones); y 30/6/98, «Maruba S.A. Empresa de Navegación Marítima c/ Estado Nacional –Ministerio de Obras y Servicios Públicos –Secretaría de la Marina Mercante», Fallos: 321:1784 (con consideraciones acerca de una «razonable rentabilidad»).

<sup>57</sup> Sobre el concepto amplio de «legitimidad», véanse: Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, op. cit., T. II, p. 29; y Guido TAWIL, *Administración y Justicia*, T. II, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 318.

también de su *razonabilidad y justicia*<sup>58</sup>, *ajeno a motivos de oportunidad, mérito o conveniencia en la medida en que éstos no estén reglados*<sup>59</sup>.

La interdicción de la ilegitimidad y de la arbitrariedad del obrar administrativo –consagrada en el ordenamiento jurídico, con énfasis a partir de la reforma constitucional de 1994<sup>60</sup>– rige con especial fuerza tratándose de facultades de ejercicio discrecional<sup>61</sup>.

En particular, se ha destacado que la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna podía constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que *«es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado, y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia»*<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> El control no excluye la ponderación del prudente y razonable ejercicio de las facultades de que se hallan investidos los funcionarios competentes. Conf. CSJN, 25/11/86, «Ferrer, Roberto Osvaldo c/Mrio. de Defensa», Fallos: 308:2246; 20/10/88, «Carbonaro, Raúl c/ Secretaría de Justicia», Fallos: 311:2128; sus citas y otros.

<sup>59</sup> CSJN, 23/6/92, «Consejo de la Presidencia...», Fallos: 315:1361, cit.

GORDILLO destaca que «legitimidad» y «oportunidad» no se confunden ni se asimilan, respectivamente, a los conceptos de «facultad reglada» y «facultad discrecional». Hay facultad de ejercicio reglado sólo cuando una norma jurídica preestablece en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir, pero el control de legitimidad abarca no sólo aquel supuesto, sino también el de la facultad de ejercicio discrecional, para verificar su adecuación al orden jurídico (Agustín GORDILLO, *Tratado...*, op. cit., T. I, parte general, 4.ª ed., X-39, 16).

CASSAGNE pone de relieve la necesidad de despejar la confusión entre *discrecionalidad y mérito, oportunidad o conveniencia* del acto administrativo. Afirma, al respecto, que la apreciación y determinación de la oportunidad o del mérito puede resultar tanto de potestades de ejercicio reglado (ya que es posible que una norma *predetermine* la oportunidad de una decisión administrativa) como discrecional o bien –como acontece en la mayor parte de los casos– de una combinación de ambas (Juan Carlos CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, T. I, op. cit., p. 234).

Recuérdese asimismo la sentencia dictada, el 19/8/99, en «Verrocchi».

<sup>60</sup> Conf. artículos 28, 33 y 43, convenciones internacionales con rango constitucional y principios generales de Derecho. Con anterioridad a la reforma constitucional, ver Miguel S. MARIENHOFF, «El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público», LL, 1989-E, Sec. Doctrina, pp. 963 y ss.

<sup>61</sup> En el Diccionario de la Real Academia Española se define a lo «discrecional», en su primera acepción, como aquello *«que se hace libre y prudencialmente»* (en su segunda acepción: *«se dice de la potestad gubernamental en las funciones de su competencia que no están regladas»*). La prudencia es, a su vez, definida como *«una de las cuatro virtudes cardinales que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello»*; esto es, supone el conocimiento de la realidad y la realización del bien. Por ello, también desde ese enfoque, y atento a que la facultad de ejercicio discrecional exige un obrar prudente, queda descartada la arbitrariedad, definida como *«acto o proceder contrario a la justicia, a la razón de las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho»*.

<sup>62</sup> CSJN, 30/6/77, «Industria Maderera Lanín SRL c/ Estado Nacional y/o Minist. Agric. y Ganad y/o Dir. Gral. Parques Nacionales»; 27/9/83, «Almirón, Gregoria c/ Nación Argentina», Fallos: 305:1489; 15/5/84, «Arenzon, Gabriel Darío c/ Estado Nacional Arg.

Es importante hacer hincapié en la necesidad de que la decisión sea *motivada*, explicada o justificada objetivamente, sostenible, máxime si hay un margen de discrecionalidad, para no presentarla como fruto de la simple y desnuda voluntad del funcionario<sup>63</sup>.

d) El ejercicio de funciones propias, por parte de los órganos y entidades del Estado, no excluye la revisión judicial, ya que compete a los tribunales juzgar acerca de la existencia y límites de esas facultades privativas de los otros poderes —y la «excedencia de atribuciones» en las que éstos puedan incurrir—<sup>64</sup>, también en el caso de poderes cuyo ejercicio goce de un ámbito discrecional.

e) *La plena judiciabilidad consagrada en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional y el control de juridicidad que compete a los jueces en el ejercicio de su poder jurisdiccional no los faculta para reemplazar o sustituir a los otros órganos de poder —o a los organismos especializados— en el ejercicio de las atribuciones que les son propias*<sup>65</sup>.

(Mrio. de Educación) – Dirección Nacional de Sanidad Escolar», Fallos: 306:400; 22/3/84, «Fadlala de Ferreyra, Celia Ramona», Fallos: 306:126; 27/2/90, «Ducilo S.A.», Fallos: 313:153; sus citas y otros; CNFed. Cont. Adm., Sala I, 5/3/98, «Juegos del Sur SA c/ Estado Nacional –Min. de Economía y Obras y Ser. Pub.»; Sala II, 17/2/98, «Marini, Beatriz Teresa c/ Dirección de Ayuda Social para el personal del Congreso Nacional»; Sala IV, 4/10/01, «Gallo, Orlando Juan c/ UBA Resol. 2728/99»; Sala V, 19/9/95, «Álvarez Peña, Mario Raúl c/ Policía Fed. Arg.»; entre muchos otros.

<sup>63</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia...*, op. cit., pp. 150 y ss.

<sup>64</sup> CSJN, 9/12/93, «Nicosia, Alberto Óscar», y sus citas, Fallos: 316:2940.

Conf., desde otro enfoque, CSJN, 7/5/98, «PRODELCO c/ PEN», Fallos: 321:1252, cit., en relación con el planteo de inconstitucionalidad del Decreto del Poder Ejecutivo por el cual fueron aprobadas las modificaciones a la Estructura General de Tarifas del Servicio Básico Telefónico, que fue declarado procedente por las instancias inferiores y rechazado por el Superior Tribunal.

Sostuvo la Corte que *«en las causas en que —como en el sub lite— se impugnan actos cumplidos por otros poderes en el ámbito de las facultades que le son privativas, la función jurisdiccional no alcanza al modo de ejercicio de tales atribuciones, en cuanto de otra manera se haría manifiesta la invasión del ámbito de las facultades propias de las otras autoridades de la Nación... Todo lo relativo al ejercicio de facultades privativas de los órganos de gobierno queda, en principio, excluido de la revisión judicial...»*.

<sup>65</sup> CSJN, 8/2/94, «Orías, Raúl, c/ Universidad Nacional de Río Cuarto», Fallos: 317:40; y 11/7/00, «Provincia de Entre Ríos c/ Estado Nacional –Secretaría de Energía», Fallos: 323:1825.

CNFed. Cont. Adm., Sala IV, 23/6/98, «Youssefian...», cit. El Tribunal consideró que, en virtud de una razonable interpretación del artículo 42 de la Constitución Nacional, era insoslayable la necesaria participación de consumidores y usuarios con carácter previo a la toma de la decisión acerca de la prórroga del período de exclusividad de las licenciatarias del Servicio Básico Telefónico Nacional e Internacional. Pero, al no estar normativamente predeterminada una conducta, dispuso que la adopción de la medida concreta correspondía al poder administrador, quien debía contar con la libertad necesaria para cumplir su función de gestor de los intereses públicos.

Véase, asimismo, Domingo Juan SESÍN, «El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política», LL 2003-E-1264.

No compete al juez la elección de una posibilidad entre dos o más igualmente legítimas y justas libradas a la apreciación de otro órgano de poder<sup>66</sup>; no debe sustituir a la Administración en su facultad de decidir, optando. Sólo excepcionalmente –en materia de graduación de sanciones administrativas– fue admitida la sustitución de la decisión administrativa<sup>67</sup>. Por otra parte, no cabría desecharla cuando al final del proceso (al momento de la toma de la decisión por parte del Tribunal) sólo fuese posible una única solución; esto es, cuando el margen de discrecionalidad quedara reducido a cero<sup>68</sup>.

Como regla, el *núcleo discrecional* de la actividad administrativa –al igual que el *núcleo discrecional* de la actividad legislativa, y del mismo modo que el *núcleo político* en la función de gobierno– descarta la intromisión del juez en la decisión<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Conf. CNFed. Cont. Adm., Sala I, 2/8/94, «Caamaño Guillermo, c/ Lotería Nacional Sociedad del Estado». En el voto del doctor GRECCO –al que se adhirió su colega– se consideró, en síntesis y en cuanto interesa, que los actos de habilitación previstos en el Reglamento para la adjudicación y explotación de permisos precarios y agencias oficiales de juego no suponían autorizaciones regladas en las cuales, verificado el cumplimiento de ciertos recaudos, el solicitante adquiría el derecho subjetivo al otorgamiento del acto pertinente, sino que el órgano administrativo disponía de una potestad de apreciación para modular *discrecionalmente* los distintos aspectos implicados. Por consiguiente, de la nulidad del acto –por ostensible defecto de motivación– no se seguía fatalmente *la sustitución* por parte del juez del ejercicio de las facultades propias de la Administración.

<sup>67</sup> CSJN, 24/11/98, «Demchenko», Fallos: 321:3103, cit. Para fundar el fallo consideran los jueces que la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previstos en la Ley no escapaba al control de razonabilidad que correspondía al Poder Judicial con respecto a los actos de la Administración Pública, incluso cuando se trataba de facultades de la Administración con un ámbito de ejercicio discrecional (con cita de Fallos: 313:153, entre otros); y que en modo alguno la discrecionalidad implicaba una libertad de apreciación extralegal, que obstara a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la Ley.

MAIRAL sostiene que: «*En el orden normal de las instituciones la aplicación de sanciones a los particulares corresponde al Poder Judicial: su ejercicio por el Poder Ejecutivo es constitucionalmente tolerable precisamente porque existe control judicial posterior.... Razones de economía procesal militan, en tal caso, en contra de la simple anulación y reenvío: el tribunal es el más indicado para determinar hasta dónde puede llegar la sanción sin vulnerar el límite jurídico aplicable. No será posible, empero, esta solución cuando la norma otorga un marco muy amplio de alternativas a la Administración... o cuando no es posible asumir la continuada voluntad a dictar un nuevo acto y la norma no lo obliga a ello: aquí sí habría invasión de la esfera administrativa*» (Héctor A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, v. II, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 908).

<sup>68</sup> Conf. Julio Rodolfo COMADIRA, «La actividad discrecional...», *op. cit.*; y Domingo Juan SESÍN, «El juez...», *op. cit.*

<sup>69</sup> Expresa PAREJO ALFONSO: «... *institucionalmente el poder judicial no tiene asignado un papel directo de intervención activa y permanente en la satisfacción de las necesidades sociales para la renovación continuada de la integración social; le corresponde más bien decir lo que es Derecho en el caso concreto y sólo cuando sobre ello ha surgido discrepancia entre los sujetos afectados o interesados y a solicitud de cualquiera de ellos...*» (Luciano PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar...*, *op. cit.*, p. 62).

Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, el proceso contencioso-administrativo no está montado para sustituir al titular de la decisión política, sino que tiene dos objetos exclusivos: uno, controlar si en dicha decisión se ha respetado el principio –base del sistema mismo de Estado de Derecho– de la sumisión de la Administración a la ley y el Derecho; y dos, garantizar una tutela judicial efectiva a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos<sup>70</sup>.

Adviértase, por otra parte, que la posición del juez, frente a los administradores, en el caso, no es tampoco fruto de superioridad alguna; procede simplemente de su condición de órgano de la ley y el Derecho, de su papel institucional<sup>71</sup>, que ha de saber cumplir.

### 3. CONCLUSIÓN

Para concluir, reiteramos nuestra convicción de que detrás de las distintas posiciones que condicionan la justiciabilidad de las cuestiones y los alcances del control judicial se encuentra una especial concepción acerca de los derechos de las personas y el interés público o el bien común; de la política; de la función de «administrar» y de la de «juzgar»; de la legitimidad de origen –por elección popular– y de la legitimidad de ejercicio –por sumisión al orden jurídico–; y aun de la democracia, como gobierno de la mayoría, o como fórmula abreviada del gobierno de la mayoría limitada que respeta los derechos de la minoría<sup>72</sup>.

Una legitimación reducida puede implicar que quede sin control judicial una cuestión constitucional<sup>73</sup>. La extensión de la legitimación favorece el control de los actos de los poderes públicos y la más plena vigencia del principio de juridicidad.

A su vez, desde el enfoque de una legitimación amplia se corre el riesgo de una «judicialización de la política»<sup>74</sup>.

Pero, del mismo modo, son gravísimas las consecuencias que provoca aun la mínima sospecha de renuncia o evasión en el ejercicio del control judicial por una «politización de la justicia».

<sup>70</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia...*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>71</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia...*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>72</sup> Véase Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia...*, *op. cit.*

<sup>73</sup> Confr. BIDART CAMPOS, *Tratado...*, *op. cit.*, T. I-A, n.º 130, p. 788.

<sup>74</sup> Karl LOEWESTEIN, Biblioteca de Ciencia Política, *Teoría de la Constitución*, Colección Demos, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1970, pp. 321 y ss.

