
INDIVIDUALIZACIÓN PRÁCTICA Y ALCANCE DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL

DOMINGO J. SESIN¹

Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado | Octubre 2021 |
Año 5 N° 6 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2718-7187) | pp. 339-352

Recibido: 1/9/2021 - Aceptado: 17/9/2021

Resumen: Lo vinculado con la naturaleza jurídica de los límites y el alcance de la revisión judicial de la discrecionalidad constituye una de las problemáticas más debatidas, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial. Este tipo de cuestiones no sólo se vinculan con temáticas propias del derecho administrativo, sino que repercuten directamente en un ámbito más profundo a nivel constitucional respecto del cuál es la verdadera zona de reserva de la Administración y la precisa demarcación de la división de poderes. En su realidad práctica esta compleja problemática nos plantea más interrogantes que soluciones contundentes, que cuenten con plausibles aceptaciones. En este trabajo intentaremos dar una respuesta concreta y razonada que atienda a los diversos interrogantes que les surgen a quienes administran, juzgan o asesoran a los administrados, con el fin de garantizar una intensa tutela judicial efectiva, respetando la división de poderes y los derechos y libertades del ciudadano.

¹ Abogado y Notario, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Codirector de la Maestría en Derecho Administrativo (UNC) y Profesor Titular de Derecho Procesal Administrativo y de Derecho Administrativo (Fac. de Derecho - UNC). Miembro académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Titular de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JU.FE.JUS.). Es Juez del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Argentina), donde preside su Sala Contencioso Administrativa.



Palabras clave: Discrecionalidad estatal - Administración - Revisión judicial

Abstract: What is linked to the legal nature of the limits and scope of judicial review of state discretion constitutes one of the most debated problems, both from the doctrinal and jurisprudential point of view. These types of issues are not only linked to issues of administrative law, but also have a direct impact on a deeper area at the constitutional level with respect to which it is the true reserve area of the Administration and the precise demarcation of the division of powers. In its practical reality, this complex problem raises more questions than forceful solutions, which have plausible acceptances. In this work we will try to give a concrete and reasoned answer that addresses the various questions that arise to those who administer, judge or advise those administered, in order to guarantee an intense effective judicial protection, respecting the division of powers and the rights and freedoms of the citizen.

Keywords: State discretion - Administration - Judicial review

1. INTRODUCCIÓN

Lo vinculado con la naturaleza jurídica de los límites y el alcance de la revisión judicial de la discrecionalidad constituye una de las problemáticas más debatidas, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial.

Este tipo de cuestiones no sólo se vinculan con temáticas propias del derecho administrativo, sino que repercuten directamente en un ámbito más profundo a nivel constitucional respecto del cual es la verdadera zona de reserva de la Administración y la precisa demarcación de la división de poderes.

En su realidad práctica esta compleja problemática nos plantea más interrogantes que soluciones contundentes, que cuenten con plausibles aceptaciones. En este trabajo intentaremos dar una respuesta concreta y razonada que atienda a los diversos interrogantes que se plantean a quienes administran, juzgan o asesoran a los administrados, con el fin de garantizar una intensa tutela judicial efectiva, respetando la división de poderes y los derechos y libertades del ciudadano.

A veces no es fácil advertir en la praxis administrativa cuándo el orden jurídico autoriza el ejercicio de una facultad discrecional. La importancia de su dilucidación incide en el comportamiento de la organización estatal, en el de quienes asesoran jurídicamente a la Administración y también en el de aquellos que defienden los intereses de los administrados.

2. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA SUJETA A LA LEY Y EL DERECHO

Las reformas introducidas por el sistema constitucional comparado, como la Ley Fundamental de Bonn (art. 20 ap. 3§), la Constitución Italiana de 1948 (art. 97) y la Constitución Española (arts. 9.2 y 103.1), expresan que la actuación de la Administración Pública hoy no solo se sujeta a la ley sino también al derecho. Lo mismo ocurre con la reforma constitucional argentina y las modernas constituciones provinciales que como la de Córdoba subordinan la Administración al “orden jurídico” (art. 174). Su efecto práctico es que se otorga significativa importancia a los principios generales del derecho, los cuales junto a la ley pasan a constituir el marco de juridicidad que sirve como fuente de la actividad administrativa.

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público, no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

3. NUEVOS REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y CONTROL JUDICIAL DE JURIDICIDAD

En lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juridicidad y consecuentemente de control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso “legitimidad” o “legalidad” podría entenderse *prima facie* demasiado apegada a la ley, olvidando de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio (Sammartino, 2012, p. 87; Comadira, 2000 y 2003, p. 493; Coviello, 1996). De tal manera también son elementos que hacen a la juridicidad del acto la buena fe,

la confianza legítima, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la falta de logicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la ausencia de razonabilidad, entre otros.

En consecuencia, con el control de juridicidad, la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base solo de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico.

4. CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD Y CONTROL JUDICIAL

En este marco, la discrecionalidad queda atrapada dentro de la juridicidad de donde proviene en forma expresa o implícita. Es decir, que no se desarrolla fuera del derecho, tampoco deviene sólo de la norma legal, sino que actúa en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa.

Siguiendo las ilustradas orientaciones contemporáneas, en mi opinión la discrecionalidad puede definirse como *“una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”*. Su cometido trascendente es agregar un elemento nuevo a ese ordenamiento.

Comadira entiende que se configura la discrecionalidad cuando una norma jurídica confiere a la Administración Pública, en tanto gestora directa e inmediata del Bien Común, potestad para determinar con libertad el supuesto de hecho o antecedente normativo y/o para elegir, también libremente, tanto la posibilidad de actuar, o no, como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente) todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho (2003, p. 507).

Si actualmente forma parte del orden jurídico, el control judicial debe revisar si efectivamente ha sido correctamente ejercida “dentro” de ese universo jurídico. Esto no implica revisar su esencia (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas) sino solo su contorno

externo e inserción en el sistema ordinamental. El control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico. Por ello, en lugar de hablar de técnicas de control de la discrecionalidad se debería hablar de técnicas de control de su “ejercicio” (Sesin, 1994, p. 287).

Como dice Cassagne “(...) *la discrecionalidad administrativa no configura un ámbito libre del control judicial ni tampoco puede desvincularse del ordenamiento como figura desprovista de juridicidad*” (2003, p. 107).

5. EL JUEZ DEBE CONTROLAR LA DISCRECIONALIDAD

Originalmente la discrecionalidad era contemplada desde una perspectiva eminentemente procesal. Siempre fue vinculada con la exclusión del control judicial. Su individualización era de suma trascendencia para detectar que al estar en presencia de la actividad libre o no regulada lo resuelto por la Administración era irrevisable. Se consideraba que no había discrecionalidad cuando existía un derecho preestablecido a favor del particular.

La consecuencia práctica inmediata de este devenir histórico fue la identificación entre lo reglado y el derecho subjetivo administrativo, mientras que lo discrecional se asimilaba con la falta de predeterminación legal o vacío legislativo.

Sobre estas premisas se elaboraron los presupuestos liminares de lo contencioso administrativo, cuya materia se individualiza a partir de la vulneración de una situación jurídico subjetiva, tutelada por una norma jurídica establecida con anterioridad a favor del impugnante. Era la actividad reglada, entonces, la que sólo podía ser objeto del control jurisdiccional. En sus orígenes bastaba que el acto administrativo tuviera un mínimo de discrecionalidad para convertirlo en acto discrecional y consecuentemente excluirlo del control judicial. Se rechaza *in limine*, decían los primeros códigos de la materia.

En una segunda etapa fue el Consejo de Estado Francés el que comenzó a incursionar los límites de la discrecionalidad y en general después en nuestro país comienza a rechazarse la excepción de

incompetencia de jurisdicción cuando se discuten vicios en la competencia, forma, procedimiento y fin, aún derivados del ejercicio de potestades discrecionales.

De allí que los códigos que comenzaron a surgir a partir de los años 70 hasta nuestros días, sólo excluyen del control jurisdiccional la parte discrecional del acto. Ya no se habla de acto discrecional o acto reglado ya que los tiempos modernos reconocen sólo la presencia de actos administrativos cuyos elementos constitutivos pueden tener mayor o menor discrecionalidad.

En definitiva, los códigos actuales, si bien no hablan de acto discrecional, sin embargo, establecen que no son impugnables los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, salvo que se funden en razones de ilegitimidad. Ergo, dicha facultad bien puede ser motivo de inadmisibilidad.

En mi criterio, ni siquiera esa porción de discrecionalidad puede ser motivo de inadmisibilidad en la primera etapa del proceso, de oficio por el Tribunal como al momento de resolver la excepción de previo y especial pronunciamiento. Propongo la inauguración de una tercera etapa en donde la discrecionalidad no es motivo de exclusión ni comporta un requisito procesal. Es decir que no puede dar lugar a una excepción de previo y especial pronunciamiento que pudiera justificar la inadmisibilidad.

En efecto, la discrecionalidad debe ser tratada como un *posterius* recién al momento de la sentencia con el fondo de la cuestión.

Si ella forma parte del orden jurídico de donde proviene en forma expresa o implícita, es indudable que no se desarrolla fuera del Derecho, tampoco deviene sólo de la norma legal, sino que actúa en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa.

Esta interpretación pretende llegar a una vinculación absoluta de la discrecionalidad con el fondo de la cuestión, a partir de la cual quede claro que jamás puede haber inadmisibilidad de la discrecionalidad como *prius* ni como *posterius*. Tampoco improcedencia al final del proceso, sino en todo caso desestimación de la pretensión, al resolverse que la discrecionalidad ejercida es producto del orden jurídico.

Este criterio ha sido adoptado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en los autos “Miranda, Margarita c/ Provincia de Córdoba” (Sent. Nro. 32/1997) donde sobre la base de que la discrecionalidad puede estar en menor o en mayor medida en cualquier elemento del acto administrativo, el juzgador realiza el control del ejercicio de la discrecionalidad al momento de resolver el fondo de la cuestión.

En el caso citado se trataba la pertinencia del adicional por riesgo que solicitaba el personal de un hospital psiquiátrico. Se discutía si su correspondencia era de naturaleza discrecional. El Tribunal Superior afirmó que la valoración de lo que son tareas riesgosas no puede efectuarse sobre la base de una apreciación meramente discrecional, sino conforme a pautas ciertas, objetivas, técnicas y universales, de lo que deriva la posibilidad del pleno control judicial de la denegatoria administrativa. En esta hipótesis, no queda espacio para una valoración discrecional porque no existe elección. Al admitirse sólo una solución como consecuencia de la aplicación de una regla o pauta universal, objetiva y, por ende, determinable intelectivamente, todo ello se remite al bloque de lo reglado o vinculado. En cambio, no sucede lo mismo en cuanto a la apreciación del porcentaje que debe establecer el Poder Ejecutivo ya que la propia norma le da la posibilidad de llegar hasta el 50% del sueldo. Ha menester reconocer un margen de discrecionalidad cuando existen varias soluciones igualmente válidas para el Derecho.

También analizando el fondo de la cuestión, en el caso “Guerberoff, Eduardo c/ Provincia de Córdoba” (Sent. Nro. 34/97) el Tribunal Superior trató la cesantía de un médico porque durante la licencia de dos meses por salud la Administración afirmó que trabajó en la actividad privada al haber otorgado un certificado médico. Aquí se discutieron las facultades discrecionales de la Administración para apreciar la gravedad de la falta. El Tribunal manifestó que, en el ejercicio de la potestad disciplinaria, es dable señalar las siguientes etapas: a) la verificación material de los hechos susceptibles de ocasionar la falta disciplinaria; b) el encuadramiento o calificación jurídica; c) la apreciación de la prueba valorando la gravedad de la falta, y d) la elección de la sanción.

Las etapas a) y b) conforman el bloque de lo reglado o vinculado sin posibilidad de que exista una modalidad discrecional. En cambio,

en las etapas c) y d) la apreciación de la prueba cuando no existan pautas objetivas para su valoración, y la elección de la sanción entre varias preestablecidas, siempre que el ordenamiento lo autorice, bien pueden consentir el uso de pequeños márgenes de discrecionalidad. No obstante, aún cuanto exista una porción de discrecionalidad cuya valoración y resolución sólo incumbe a la autoridad administrativa, su congruencia e inserción dentro de la juridicidad es objeto de control, más reducido, prudente y razonable, pero control al fin. De todos modos, para declarar la antijuridicidad del acto sancionador la incongruencia debe ser notoria entre los hechos merecedores de castigo y la sanción elegida entre varias posibles.

En el caso, el Tribunal Superior consideró que la graduación de la sanción resultó en la especie excesiva por lo que su falta de razonabilidad e incongruencia eran evidentes. Los porcentajes de discrecionalidad no fueron ejercidos por la Administración dentro de la juridicidad.

Estos son algunos de los precedentes jurisprudenciales que se ajustan a la revisión del acto administrativo con un criterio amplio, analizando si concuerda o no con el orden jurídico, omnicompreensivo de los principios generales del Derecho ya sea que se encuentren en la Constitución, otras leyes o Códigos, y en los Tratados internacionales que nuestro país ha ratificado.

6. CÓMO DETECTAR LA PRESENCIA DE DISCRECIONALIDAD

a) La importancia de su identificación

En el marco de la Administración, la identificación de cuándo el orden jurídico autoriza el ejercicio de una facultad discrecional es relevante para individualizar el ámbito de apreciación volitiva o la libertad condicionada que le corresponde. Ésta es una zona de reserva de su exclusiva incumbencia que es respetada por los otros “poderes” del Estado en el concierto del equilibrio de funciones que es deber de la República garantizar.

Para quien conforma la Administración consultiva, asesorando jurídicamente con el dictamen respectivo, es imperativo explicitar

nítidamente cuándo la conducta administrativa está vinculada por la norma y cuándo permite una apreciación discrecional. El asesor jurídico, frente a la discrecionalidad, debe señalar las opciones igualmente válidas para el derecho, sin tomar partido por ninguna porque esta elección sólo compete a quien se desempeña en la Administración activa, esto es, al órgano emisor del acto administrativo respectivo, que concluye el procedimiento de conformación de la voluntad estatal. Al asesor jurídico no le corresponde efectuar en su dictamen valoraciones de mérito, oportunidad o conveniencia, sino sólo de juridicidad. Por más que esté absolutamente compenetrado con la función política de un partido gobernante no debe olvidar que el suyo es el estandarte de la legalidad.

Esto presupone no sólo generar permanentemente conductas correctivas, sino también preventivas, en aras de salvaguardar la responsabilidad de los ocupados gobernantes, quienes muchas veces no tienen tiempo material para el análisis profundo de la totalidad de las cuantiosas resoluciones que a diario deben suscribir.

Quienes asesoran técnicamente, pero desde otras profesiones, como la ingeniería, medicina, arquitectura, geología, etc., deberían seguir el mismo razonamiento que el de los asesores legales, emitiendo opinión sólo desde el punto de vista de su especialidad e indicando cuándo finaliza la técnica y comienza el margen de libertad discrecional que sólo al funcionario decisor compete valorar y resolver.

Distinta es la función de los asesores políticos, que también conforman nuestra realidad administrativa, por cuanto enfocan la cuestión desde una perspectiva diferente, comprometida sectorialmente.

También para el abogado defensor de los derechos e intereses de los administrados es importante detectar el momento discrecional de la resolución administrativa, porque bien sabe que cuando haya sido ejercida con respeto absoluto del orden jurídico autoritativo, su impugnación sólo puede llegar al máximo nivel administrativo que corresponda y que al juez no le compete entrar en la esencia de la discrecionalidad. Distinta es la situación si ésta no ha sido ejercida dentro del orden jurídico, ha violado los límites legales impuestos, o ha incurrido en abusos, en cuyo caso la justiciabilidad de la cuestión no se puede poner en duda.

b) Los tres aspectos que deben observarse

Son en general tres los aspectos que hay que observar para detectar la presencia de una atribución discrecional:

- a) el análisis del orden jurídico vigente que en el marco de una interpretación contextual autorice una modalidad discrecional;
- b) el uso de la locución normativa “podrá” u otras expresiones análogas cuando consientan una libertad de actuación;
- c) la naturaleza intrínseca de la problemática a dilucidar.

c) Análisis del ordenamiento expreso e implícito

Con relación al punto a, ha señalado la moderna doctrina que sólo del análisis de la estructura lógico-formal de la proposición normativa puede derivar una modalidad discrecional (Gallego Anabitarte, 1985, p. 53). Sin embargo, no es necesario o imprescindible que surja en forma expresa la atribución precitada; bien puede manifestarse en forma implícita. Así, por ejemplo, cuando en el área del Ministerio de Acción y Solidaridad Social se autoriza a su titular, la promoción y el desarrollo de las acciones tendientes a proteger la familia, asegurando la participación integral de la mujer, o bien la fijación y ejecución de las políticas, programas y proyectos habitacionales para garantizar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna, es indudable que aquí existen grandes porciones de discrecionalidad que surge implícitamente de los amplios conceptos normativos. Lo mismo ocurre cuando en el campo de la Secretaría de la Función Pública se faculta la realización de un permanente estudio de los órganos administrativos tendientes a su mejoramiento y modernización, coordinando y controlando la política de reordenamiento administrativo mediante los sistemas de gestión. La discrecionalidad se pone en movimiento cuando en concreto se elige alguna de las alternativas o caminos válidos para satisfacer tales objetivos o finalidades, dejando que la idoneidad e imaginación de los funcionarios responsables den rienda suelta a la promoción de eficaces soluciones.

También existen modalidades discrecionales que surgen en forma implícita del orden jurídico cuando se crean consejos regionales de promoción y asistencia social para incentivar el desarrollo de comunidades menores, canalizando su accionar en materias de reactivación

económica, promoción de fuentes de ocupación, mejoramiento de los niveles de ingreso, protección de la minoridad, promoción de la familia y educación familiar, deportes y recreación social, etc.

Incluso cuando se faculta a la autoridad jerárquica superior a nombrar el personal sin imponerle en forma expresa la obligación de realizar una selección previa, cabe deducir que hay discrecionalidad para nombrar a uno u otro. Lo mismo sucede cuando se dispone el traslado del empleado por razones de servicio: si se tiene la atribución de nombrar y remover, implícitamente se puede trasladar al agente.

A veces la norma expresa: cuando el interés público “lo aconseje”, “lo estime conveniente”, “a juicio de la Administración”, “a criterio del órgano competente”, “según lo estimase”, etc. En estos casos se alude en general a la apreciación volitiva que debe efectuar la Administración y que califica o individualiza el momento discrecional.

En estos supuestos se pone en evidencia la presencia de una atribución discrecional.

En definitiva, éste es el primer análisis que corresponde: la verificación de si el orden jurídico le atribuye, al órgano de que se trata, competencia para apreciar las diversas soluciones posibles en el seno de la discrecionalidad.

d) La locución “podrá”

Otras veces es la locución “podrá” la que nos brinda la clave para determinar si hay discrecionalidad. Así, por ejemplo, cuando el órgano administrativo “puede elegir” entre los tres primeros postulantes en un concurso.

Esto significa que es potestativo de la Administración elegir el primero, segundo o tercero, siendo todas las posibilidades válidas para el derecho.

Cuando las normativas que regulan la relación de empleo público establecen que “*podrá disponerse el reingreso de ex agentes permanentes que hubieran renunciado, en cuyo caso la designación podrá efectuarse en el mismo cargo en que revistaba*”, significa con la primera locución que la Administración es libre de disponer o no el nuevo nombramiento. Téngase presente que, a diferencia de la reincorporación

en que al ex agente se le reconoce el derecho a volver al cargo anterior con todos los efectos emergentes por así disponerse judicialmente, en el reingreso o la readmisión no existe un derecho subjetivo al nombramiento sino una simple expectativa, ya que la Administración nada debe, por lo que es facultativo de ésta disponer o no el reingreso. La segunda locución “podrá” implica que la Administración puede elegir entre nombrarlo en la jerarquía inferior, común a todo nuevo nombramiento, o bien en el cargo que anteriormente tenía u otro de nivel equivalente. Aquí la norma postula una modalidad excepcional al autorizar que discrecionalmente la autoridad elija entre la categoría de ingreso o la superior.

Cuando la Ley 23.696 de Reforma del Estado dispone en el artículo 17 que “(...) *las privatizaciones reguladas por esta ley podrán materializarse por alguna de las modalidades que a continuación se señalan o por combinaciones entre ellas, sin que esta enumeración pueda considerarse taxativa*”, la expresión “podrán” indica la indiscutible presencia de una facultad discrecional, por cuanto incumbe a los organismos de aplicación competentes efectuar la apreciación pertinente, eligiendo alguna de las opciones previstas por la norma para instrumentar la privatización (venta de los activos de las empresas, o de la venta de acciones, locación con o sin opción a compra, administración con o sin opción a compra, concesión, etc.).

No obstante, se debe tener presente que la expresión “podrá” no autoriza siempre una modalidad discrecional, por lo que es recomendable observar permanentemente el contexto en el cual se inserta. Cuando ciertas leyes u ordenanzas del sistema tributario establecen que el órgano competente “podrá” eximir el pago del impuesto en casos de indigencia, esta expresión no autoriza una facultad discrecional porque la indigencia debe ser rigurosamente probada conforme a los condicionamientos impuestos por la misma norma. Es decir, que no hay libertad de la Administración de eximir o no el pago, porque acreditada la carencia de recursos como corresponde, el administrado tiene el derecho a pedir su eximición.

Lo mismo sucede cuando es la Administración la que “puede” autorizar el funcionamiento de una determinada actividad comercial o industrial en caso de que el otorgamiento esté sujeto al cumplimiento

de una serie de requisitos previstos. Aquí la locución “podrá” no puede asimilarse a la libertad de otorgar o no la autorización en virtud de una apreciación subjetiva, sino que la opción puede ser positiva o negativa, según se cumpla o no los requisitos reglados.

El “podrá” equivale entonces a un “sí” o a un “no”, “autorizar” o “no autorizar”, sin que para su dilucidación intervenga elemento discrecional alguno; al contrario, sólo existe una actividad vinculada que ha menester el análisis acreditativo de las exigencias impuestas por la norma para acceder a la concesión de lo requerido.

En definitiva, la expresión “podrá”, generalmente, indica una posibilidad de hacer o no hacer, o hacerlo de tal o cual modo, pero existen ocasiones en que el contexto en el cual se incorpora sólo presupone el cumplimiento de una actividad vinculada, razón por la cual no es posible quedarse con el significado aislado del término empleado, sino verificar su sentido que es siempre proporcionado por el contexto.

e) La propia naturaleza de la problemática a dilucidar

A veces el *quid* de la cuestión, sin embargo, reside más en la naturaleza de la problemática a dilucidar que en la pura literalidad del concepto: el carácter opinable de una técnica, de una ciencia, de un estándar jurídico o de pauta de convivencia, constituye una realidad que por sí puede generar razonables dudas para optar por una solución u otra. Es obvio que en tales ámbitos puede existir una indiscutible modalidad discrecional (un nueve o un diez en una calificación educativa, la urgencia de una contratación, la oferta más conveniente cuando haya un margen de apreciación opinable, entre otros). Para detectarla es necesario repasar los caracteres distintivos de la discrecionalidad, sus presupuestos esenciales y por sobre todo si en verdad existe posibilidad de “elección” entre dos o más indiferentes jurídicos, atento a la naturaleza de las cosas.

Es decir, que una vez agotado el análisis de la proposición normativa y de sus principios inmanentes, expresa o implícitamente condensados por el orden jurídico, sin poder distinguir claramente la actividad reglada de la discrecional, la observación de la propia realidad se convierte en el factor gravitante cuando el ordenamiento utiliza

fórmulas amplias, imprecisas o difícilmente reconducibles a pautas o reglas objetivables.

En conclusión, tanto el análisis del orden jurídico vigente como la observación de las expresiones gramaticales utilizadas, y la percepción de la naturaleza intrínseca de la actividad, son elementos que conjunta o separadamente, según el caso, pueden ser útiles para que en la realidad de nuestro multiforme accionar administrativo se individualice la presencia de una modalidad discrecional.

BIBLIOGRAFÍA

- Cassagne, Juan Carlos (2003). *Fragments de Derecho Administrativo, entre la justicia, la economía y la política*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Comadira, Julio Rodolfo (29 de marzo de 2000), La actividad discrecional de la Administración Pública. Justa medida del control judicial. *El Derecho*.
- (2003) *Derecho Administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios*. Buenos Aires: Lexis Nexis - Abeledo Perrot.
- Coviello, Pedro (1996). La denominada zona de reserva de la Administración y el principio de la legalidad administrativa". *REDA*, 23.
- Gallego Anabitarte, A, (1985). Prólogo a MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*. Madrid: Montecorvo.
- Sammartino, Patricio M. (2012). *Amparo y Administración*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Sesin, Domingo (1994). *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*. Buenos Aires: Depalma.