



ÍNDICE GENERAL

Prólogo a la primera edición	XXI
Introducción a la primera edición	XXV
Introducción a la segunda edición.....	XXIX
Introducción a la tercera edición.....	XXXIII

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD EN LA EXPERIENCIA CONTEMPORÁNEA

I.	Vinculación gradual de la administración al orden jurídico	1
1.1.	Vinculación negativa de la Administración a la ley	1
1.2.	Vinculación positiva de la Administración a la ley	3
1.3.	Vinculación positiva de la Administración al orden jurídico. Principios y valores.....	6
1.4.	Vinculación trascendente entre el principio de juridicidad y el control judicial	13
1.5.	La tutela judicial efectiva en las modernas constituciones...	15
1.6.	El derecho a la tutela judicial efectiva, la discrecionalidad y los actos políticos.....	26
1.7.	Las cuestiones técnicas y tutela judicial efectiva	29
II.	Contenido del principio de juridicidad en la experiencia contemporánea.....	34
2.1.	Juridicidad e intensidad del orden jurídico en relación con lo discrecional	34
2.2.	El principio de jerarquía normativa en la Constitución	36
2.3.	La unicidad del ordenamiento y la operatividad de la discrecionalidad	38
2.4.	Materias de reserva legal absoluta	40
2.4.1.	Preeminencia formal del legislador	40
2.4.2.	Discrecionalidad escasa y sometida.....	42
2.5.	Materias de reserva legal relativa	43
2.5.1.	La llamada teoría de la esencialidad o de la dirección estratégica de la ley.....	43

2.5.2.	Herramienta fundamental de organización administrativa interna	44
2.5.3.	Libertad discrecional del administrador para ejecutar la reforma administrativa	47
III.	El rol de la Justicia del siglo XXI y el nuevo Código Civil y Comercial argentino	49

CAPÍTULO II

LA DISCRECIONALIDAD DENTRO DEL ORDEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO. CONTROL JUDICIAL

I.	Discrecionalidad y orden jurídico.....	57
1.1.	Discrecionalidad fuera del contexto jurídico	57
1.2.	Discrecionalidad autorizada expresamente solo por ley	60
1.3.	Discrecionalidad dentro del orden jurídico	61
1.4.	Legitimidad o juridicidad del acto. Control de legitimidad o de juridicidad.....	65
1.5.	Control judicial del ejercicio de la discrecionalidad	66
II.	Proyección de la discrecionalidad dentro de la juridicidad y como instrumento de transformación del Estado.....	70
2.1.	Juridicidad orientadora y discrecionalidad.....	70
2.2.	Instrumentos consensuales y nueva discrecionalidad.....	71
2.3.	Mayor atención a las técnicas de control de gestión	72
2.4.	Preocupación del sistema político por la prevención del abuso del poder	73
2.5.	Simplificación de la discrecionalidad inútil y revitalización de la necesaria	79
III.	Una falsa antinomia: juridización de la administración v. discrecionalidad.....	80
IV.	Principio general discrecional o reglado	82

CAPÍTULO III

NOCIÓN PROCESAL Y SUSTANCIAL DE LA DISCRECIONALIDAD

I.	Concepción procesal formal de la discrecionalidad	85
1.1.	El origen de lo reglado y discrecional. Revisión judicial restringida	85
1.2.	Concepto procesal formal de la discrecionalidad.....	87
1.3.	Identificación de lo reglado con el derecho subjetivo administrativo.....	89

1.4.	Exclusión judicial de la discrecionalidad en el pasado y caducas estrategias procesales.....	92
II.	Concepción sustancial-material de la discrecionalidad	97
2.1.	Vinculación con la función y los elementos del acto.....	97
2.2.	Inexistencia del acto discrecional. Momentos reglados y discretionarios. Intensidad del control en los códigos procesales modernos	100
2.3.	Relación de la discrecionalidad con el fondo de la cuestión....	110
2.3.1.	La discrecionalidad no puede generar la inadmisibilidad del proceso. Nuevas estrategias procesales	110
2.3.2.	La proyección de un nuevo avance	113
2.3.3.	La discrecionalidad en relación con el derecho subjetivo y las excepciones procesales.....	115
2.4.	La llamada actividad volitiva o intelectiva.....	117
2.5.	Necesidad de la discrecionalidad y tesis que la niegan.....	120
III.	Noción de la discrecionalidad en la literatura jurídica.....	123
3.1.	Dos tendencias genéricas fundamentales.....	123
3.2.	Discrecionalidad en el derecho español.....	124
3.3.	Discrecionalidad en el derecho francés.....	129
3.4.	Discrecionalidad en el derecho italiano	132
3.5.	Discrecionalidad en el derecho alemán	137
3.6.	Discrecionalidad en la doctrina angloamericana	139
3.7.	Discrecionalidad en el derecho brasileño	140
3.8.	Discrecionalidad en el derecho argentino.....	141
3.9.	Opinión personal. Presupuestos esenciales. Definición de discrecionalidad	145

CAPÍTULO IV

CARACTERES PRÁCTICOS DISTINTIVOS DE LA DISCRECIONALIDAD

I.	Discrecionalidad es derivación del orden jurídico administrativo ...	147
II.	Discrecionalidad puede implicar valoración de circunstancias.....	148
III.	Discrecionalidad es elección de una alternativa entre varias igualmente válidas	150
IV.	Discrecionalidad puede implicar ponderación de intereses y excepcionalmente determinación del interés público concreto	150
V.	Discrecionalidad es una apreciación subjetiva que completa el marco normativo	157
VI.	Discrecionalidad es una unidad conceptual relacionada con materias diversas.....	160

VII.	Discrecionalidad es un modo de ejercicio de la función administrativa.....	161
VIII.	Discrecionalidad es una forma de libertad reducida, autorizada y condicionada	162
IX.	Discrecionalidad puede implicar apreciación de oportunidad.....	164
X.	Discrecionalidad es modalidad de ejercicio que se ubica en los elementos del acto administrativo	165
XI.	Cómo advertir en la práctica la atribución de discrecionalidad.....	169
	11.1. El rol de los diversos operadores del derecho. Abogados de la Administración y del administrado. Especialistas en diversas áreas	169
	11.2. Análisis del orden jurídico. El uso de la locución “podrá”. La naturaleza intrínseca del criterio	170
XII.	Discrecionalidad y laguna del derecho.....	174

CAPÍTULO V

LA TÉCNICA COMO PRESUPUESTO DEL ORDEN JURÍDICO Y LÍMITE DE LA DISCRECIONALIDAD

I.	Importancia creciente de la técnica.....	183
II.	Concepto y caracteres de la técnica	185
	2.1. Diversas acepciones de lo técnico.....	185
	2.2. Certidumbre y opinabilidad	187
III.	La técnica como poder insustituible.....	190
IV.	Vinculación de la técnica con el orden jurídico.....	191

CAPÍTULO VI

DISCRECIONALIDAD TÉCNICA Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

I.	Origen de la discrecionalidad técnica. Marco circunstancial	195
II.	Discrecionalidad técnica diferente a discrecionalidad pura	196
	2.1. Hecho simple y hecho complejo	196
	2.2. Hecho simple y hecho técnicamente apreciable en relación con el interés público	198
	2.3. Hecho opinable ajeno a la valoración de interés público	198
	2.4. La falta de control judicial como rasgo dominante	199
III.	Discrecionalidad técnica como especie de discrecionalidad pura ...	200
IV.	Poder de valoración técnica reservado a la administración	201
V.	Contradicción de la discrecionalidad técnica.....	203
	5.1. Falsa concertación de nociones diversas.....	203

V.	5.2. Repercusión procesal de la discrecionalidad técnica.....	206
VI.	Teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Su correcta interpretación en la praxis.....	214
	6.1. Imprecisión de los conceptos y origen de la teoría.....	214
	6.2. Diferencia cualitativa entre concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad	216
	6.3. Diferencia cuantitativa entre conceptos jurídicos indeterminados y determinados	219
	6.4. Debilidad de la teoría: el margen de apreciación	220
	6.5. La correcta interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados y el límite de la revisión judicial	224
	6.6. Tres variantes de conceptos jurídicos indeterminados.....	231
	6.7. Diferencias con los conceptos jurídicos indeterminados de otras ramas del derecho	234

CAPÍTULO VII

CONTROL JUDICIAL. PRECISA DEMARCACIÓN DE LA ZONA DE PENUMBRA. LOS JUICIOS TÉCNICOS COMPLEJOS.

UNA PERSPECTIVA DIFERENTE

I.	Introducción: confusión histórica y necesidad de un trato diferente....	241
II.	Interpretación e integración del orden jurídico por el juez y el administrador.....	243
	2.1. El ordenamiento utiliza conceptos abiertos que han de ser rellenados por sus destinatarios.....	243
	2.2. El juez dice el derecho: la Administración actúa	244
	2.3. El juez solo interpreta el derecho; la Administración lo interpreta y a veces lo crea	246
	2.4. La discrecionalidad del juez no existe	248
	2.5. Discrecionalidad. Ponderación. Proporcionalidad. Posible rol de la justicia constitucional	250
	2.5.1. Rispideces entre lo jurídico y lo político	250
	2.5.2. Discrecionalidad del legislador y del administrador	250
	2.5.3. La ponderación como técnica para resolver una situación conflictiva.....	253
	2.5.4. El principio de proporcionalidad como técnica de control de una decisión conflictiva	255
	2.5.5. La proporcionalidad ante la jurisdicción de las Cortes Constitucionales	257
	2.6. Inaplicabilidad de la fórmula del peso cuando interfiere con la discrecionalidad estatal	260

<p>III.</p> <p>2.7. División de poderes. Zona de reserva. Principios jurisprudenciales..... 266</p> <p>2.8. Imposibilidad del juez de sustituir a la Administración..... 272</p> <p>Relatividad de la interpretación, discrecionalidad y límites del control judicial</p> <p>3.1. Es a veces difícil deducir una interpretación única 283</p> <p>3.2. La unicidad de solución justa de la metodología interpretativa judicial no siempre es trasladable a la realidad administrativa..... 286</p> <p>3.3. La interpretación restrictiva en el proceso administrativo ... 289</p> <p>IV.</p> <p>Relatividad del estándar jurídico en el derecho administrativo..... 290</p> <p>4.1. Una espuria asimilación con el concepto jurídico indeterminado</p> <p>V.</p> <p>Relatividad de la prueba, discrecionalidad y límites de control..... 293</p> <p>5.1. Objeto de la prueba: certeza de una afirmación o proposición</p> <p>5.2. Excepcionalmente, basta la semiplena prueba fundada en la razón 294</p> <p>5.3. Averiguación y verificación en el proceso administrativo: dispositivo con método inquisitivo..... 295</p> <p>5.4. La sana crítica y su adecuación al derecho procesal</p> <p>5.5. La libre convicción judicial no es aplicable, en principio, al proceso administrativo</p> <p>VI.</p> <p>Relatividad científica y tecnológica. El control judicial de las reglas indiscutibles, los juicios tolerables y los casos límite</p> <p>6.1. La ciencia no suministra verdades absolutas..... 300</p> <p>6.2. Estado actual de la jurisprudencia. Necesidad de una visión correctiva..... 301</p> <p>6.3. El control judicial de reglas de universal consenso: técnicas, científicas, de experiencia, estándares</p> <p>6.4. Cuando es posible elegir entre varias alternativas hay discrecionalidad</p> <p>6.5. El control judicial de los juicios tolerables. Los casos límite complejos</p> <p>6.5.1. Juicios pedagógicos, concursos, idoneidad</p> <p>6.5.1.1. Mérito de los participantes. Orden de prioridad. Propuestas razonadas. Jurisprudencia..... 320</p> <p>6.5.1.2. Fijación del puntaje para el ascenso..... 328</p> <p>6.5.1.3. Valoración de la personalidad y el trabajo de los dependientes..... 329</p> <p>6.5.1.4. Valoración de publicaciones</p> <p>6.5.1.5. Evaluación para el ascenso por elección discrecional</p> <p>6.5.1.6. Evaluación de exámenes de bachillerato ... 332</p>	<p>6.5.1.7. Predisposición de criterio de máxima..... 332</p> <p>6.5.1.8. Discrecionalidad técnica en la elección de las pruebas de examen</p> <p>6.5.1.9. Elección del momento en el cual cubrir la vacante</p> <p>6.5.1.10. Potestad discrecional para poner fin a la contratación</p> <p>6.5.1.11. Opinión personal. Estrategia práctica a seguir..... 334</p> <p>6.5.2. Oferta más conveniente. Mecanismos de selección del contratista</p> <p>6.5.3. Juicios médicos</p> <p>6.5.4. Ruina de la obra y pérdida de funcionalidad..... 355</p> <p>6.5.5. Reajuste o aumento tarifario..... 356</p> <p>6.6. Control intenso y menos intenso: fuerte y débil</p> <p>6.7. Requisitos y vicios de los juicios subsumibles en reglas cier- tas o tolerables</p> <p>6.8. Calificación obligatoria de los juicios por el profesional de la Administración o el perito judicial..... 367</p> <p>6.9. Necesidad de una previsión normativa en los códigos pro- cesales administrativos y leyes de procedimiento</p>	<p>332</p> <p>332</p> <p>333</p> <p>333</p> <p>334</p> <p>341</p> <p>353</p> <p>355</p> <p>356</p> <p>362</p> <p>367</p> <p>367</p> <p>368</p>
CAPÍTULO VIII VERIFICACIÓN Y APRECIACIÓN DE LOS HECHOS, CALIFICACIÓN JURÍDICA Y DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA		
<p>I.</p> <p>II.</p> <p>III.</p> <p>IV.</p> <p>V.</p> <p>VI.</p> <p>VII.</p> <p>VIII.</p>	<p>Introducción</p> <p>En la actividad de "verificación" no hay discrecionalidad.....</p> <p>En la apreciación de los hechos puede haber discrecionalidad</p> <p>En la calificación jurídica no hay discrecionalidad</p> <p>En la determinación o elección de la conducta puede haber discrecionalidad.....</p> <p>La potestad disciplinaria.....</p> <p>La contratación de emergencia</p> <p>Las leyes de emergencia, la discrecionalidad y la intensidad del control judicial</p>	<p>371</p> <p>371</p> <p>373</p> <p>375</p> <p>376</p> <p>377</p> <p>389</p> <p>390</p>
	<p>8.1. Emergencia. Noción conceptual</p> <p>8.2. Requisitos de juridicidad de la emergencia</p> <p>8.3. La intensidad del control judicial.....</p> <p>8.4. El abuso del remedio excepcional de emergencia.....</p> <p>8.5. Morigeración de los efectos de la emergencia en la jurisprudencia</p>	<p>390</p> <p>392</p> <p>396</p> <p>399</p> <p>400</p>

CAPÍTULO IX

**MODALIDADES DE CONTROL JUDICIAL DEL EJERCICIO
DE LA DISCRECIONALIDAD. TÉCNICAS
O ESTRATEGIAS DE CONTROL**

I.	Controlar el ejercicio de la discrecionalidad no implica revisar su núcleo interno.....	409
II.	Control del ejercicio de la discrecionalidad por los conceptos jurídicos indeterminados.....	412
III.	Control por los principios generales del derecho	416
	3.1. Introducción	416
	3.2. Control por el principio de igualdad	419
	3.3. Control por el principio de razonabilidad, congruencia, proporcionalidad.....	423
	3.4. Control por el principio de buena fe	437
	3.5. Control por el precedente administrativo	439
	3.6. Control por el principio de interdicción de la arbitrariedad...	442
	3.7. Control por el principio de confianza legítima	448
	3.8. Control por el principio de seguridad jurídica.....	456
	3.8.1. Seguridad jurídica. Noción conceptual	456
	3.8.2. Agrietamiento previsible e imprevisible de la seguridad jurídica.....	457
	3.8.3. Claridad y coherencia de las leyes.....	460
	3.8.4. Efectividad de la justicia	460
	3.8.5. Casos de jurisprudencia	461
	3.8.5.1. "Súper Imperio SA c. Municipalidad de Río Cuarto - Acción de inconstitucionalidad" (Trib. Sup. Just. Córdoba, en pleno, sent. 8 del 15/8/2006)	461
	3.8.5.2. "Caminos de las Sierras SA c. Municipalidad de Córdoba - Acción declarativa de inconstitucionalidad (Trib. Sup. Just. Córdoba, en pleno, sent. 5 del 25/8/2005)	462
	3.8.5.3. "Dinosaurio SA c. Municipalidad de Córdoba - Acción de inconstitucionalidad" (Trib. Sup. Just. Córdoba, en pleno, sent. 12 del 12/8/2004)	463
	3.9. Mínimo existencial y progresividad	468
	3.10. Control por el balance entre los costes y beneficios.....	472
IV.	Control por el procedimiento, forma y motivación	475
V.	Control por la desviación de poder.....	485
VI.	Control por la verificación de los hechos	494

VII.	Control por las reglas de universal consenso: técnicas, científicas, estándares y de experiencia	498
VIII.	Control por los juicios atendibles o tolerables	500
IX.	Control por las tres e: economía, eficacia y eficiencia	504
X.	Control por la calificación jurídica de los hechos	508
XI.	Control por el error manifiesto de apreciación	511
XII.	Control por los actos políticos	516
	12.1. Introducción	516
	12.2. El juez solo interpreta el derecho. No es <i>dominus</i> de la sociedad	517
	12.3. El juez que controla la discrecionalidad no reproduce en forma exacta la decisión administrativa	521
	12.4. Tres derivaciones esenciales de la subordinación de los poderes públicos al orden jurídico	523
	12.5. El acto político dentro del orden jurídico	527
	12.6. El control judicial del acto político	527
	12.7. Equilibrio entre lo que puede y no puede controlar el juez ..	530
	12.8. Un requisito imprescindible: la acreditación de la legitimación y el agravio concreto	532
	12.9. El llamado acto institucional que directamente no agravia situaciones jurídicas subjetivas	537
	12.10. El acto institucional que puede ser solo controlado en su aplicación concretizada. La mentada devaluación	539
	12.11. Los avances de la jurisprudencia	540
	12.11.1. El procedimiento de reforma de la Constitución	540
	12.11.2. El procedimiento de formación y sanción de las leyes	543
	12.11.3. Las situaciones de emergencia	544
	12.12. Conclusión	546
XIII.	Control judicial de las políticas públicas. Límites que el Poder Judicial no puede trasvasar.....	547
	13.1. Necesidad de regular un procedimiento administrativo y judicial para tramitar los derechos sociales	547
	13.2. El paso previo para determinar el rol de la justicia	549
	13.3. Quien diseña la política pública. Obligación de hacer	550
	13.4. Qué sucede si el Estado no reglamenta y en su caso omite el cumplimiento de su obligación	551
	13.5. Intensidad del control judicial de una política ya implementada	551
	13.6. Otros mecanismos que limitan el ejercicio de la discrecionalidad	554
	13.7. Límites de la discrecionalidad por los principios del derecho	557
	13.8. ¿Sustitución de la política pública por la decisión judicial?....	558

XIV.	La inoportunidad no es vicio de la juridicidad, salvo extrema gravedad	561
XV.	Precisión de las relaciones y distinciones existentes entre el mérito, lo discrecional y lo vinculado. Hacia un control más profundo y equilibrado.....	564

CAPÍTULO X

CONCLUSIONES GENERALES

I.	Introducción	567
II.	Unidad del ordenamiento y operatividad de la discrecionalidad. Su participación en la reforma administrativa.....	568
III.	Juridicidad del acto y control de juridicidad	569
IV.	Revisión judicial de la modalidad discrecional.....	570
V.	Un nuevo avance: el tratamiento de lo discrecional en la sentencia, con el fondo de la cuestión	571
VI.	Discrecionalidad. Presupuestos esenciales e importancia	572
VII.	Individualización de la discrecionalidad.....	573
VIII.	Contradicción de la discrecionalidad técnica	575
IX.	La participación de la técnica en el universo jurídico	576
X.	Confusión histórica y necesidad de un trato diferente en la zona de penumbra.....	577
XI.	Diverso cometido del juez y del administrador en la interpretación	578
XII.	La peculiaridad de la prueba en el proceso administrativo.....	580
XIII.	Control judicial de las reglas técnicas indiscutibles, los juicios tolerables y los casos límite	581
XIV.	Requisitos y vicios de los juicios subsumibles en reglas ciertas o pautas tolerables.....	583
XV.	Modificaciones normativas sugeridas con relación al control de las cuestiones técnicas complejas	584
XVI.	Verificación, apreciación, calificación jurídica de los hechos. Aspectos controlables.....	585
XVII.	Técnicas o modalidades de control de la inserción de la discrecionalidad dentro de la juridicidad	586
XVIII.	Hacia un control más profundo y equilibrado	587
	Bibliografía.....	589