



Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Por Florencia del Bagno¹

Sumario: I.- Introducción. II.- Acción de amparo y actividad administrativa. III.- Conclusión.

I.- Introducción

El objetivo del presente trabajo es analizar la jurisprudencia provincial en un tema central y también controvertido para el Derecho Administrativo como es la actividad discrecional del Estado y su control judicial.

La experiencia de la práctica laboral ha llevado a plantearnos en varias oportunidades, si particularmente a través de la vía del amparo se podrían romper las reglas de la división de poderes y el Poder Judicial controlar, por encima de los límites impuestos a la discrecionalidad, la actividad propia del Poder Ejecutivo, llamada por una parte de la doctrina "zona de reserva".

En tal sentido, si en el análisis de admisibilidad se perdiera la estrictez que debe tener la procedencia de la vía urgente y expedita de la acción de amparo, el Poder Judicial podría terminar por analizar cuestiones discrecionales de otro poder del Estado ya que a través del amparo se sortearía fácilmente la aplicación del Código

¹ Abogada con especialización en Derecho Empresario por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Posgrado en Derecho Empresario por la Universidad del Museo Social Argentino. Diplomada en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Alumna de la Maestría en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Ejerció la profesión en la actividad privada en diversos estudios jurídicos de la Ciudad de Buenos Aires. Directora General en la Secretaría Legal y Técnica de la Provincia de Tierra del Fuego. Actualmente desempeña el cargo de Coordinadora Jurídico Previsional en la Caja de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego.

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

Contencioso Administrativo de la Provincia (Ley Provincial N° 133), solicitando tutela o control judicial sin agotar la vía administrativa, saliéndose de las vías ordinarias del procedimiento administrativo y de las herramientas que ese proceso otorga -en su caso, para urgir trámites u obtener el debido control judicial-, incluso antes del dictado del acto administrativo con el cual se daría respuesta en sede administrativa.

La idea del presente trabajo es abordar esa materia a través de la casuística jurisprudencial teniendo como base también las posturas doctrinarias al respecto.

En tal sentido, nos parece más que interesante y disparador de la inquietud, el interrogante de Bernard Schwartz con el cual comienza su obra el Dr. Coviello: "*Ciertamente, ¿qué es el Derecho administrativo si no el control de la discrecionalidad?*"²

II.-Acción de amparo y actividad administrativa

El art. 43 de la CN - en la misma línea que la Ley N° 16.986- reza: "*Toda 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 públicas o de particulares, 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. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva*" (El subrayado me pertenece).

Por su parte, la doctrina de la CSJN es conteste hace tiempo ya, en aceptar el control judicial de la actividad del Estado bajo las directrices de la razonabilidad. "[...]"

² COVIELLO, Pedro J. J. "El control judicial de la discrecionalidad administrativa". En "Control de la Administración Pública". Ediciones RAP. Buenos Aires. 2003. Págs. 627 y ss.

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

*las resoluciones que dictan las universidades en el orden interno, disciplinario y docente que les es propio, no son, en principio, susceptibles de revisión judicial, salvo que las decisiones tomadas no hayan respetado los derechos y garantías constitucionales de los interesados”.*³

Y en el caso Timerman dijo: “[...] *el Poder Ejecutivo Nacional tiene la obligación y asume la responsabilidad de ejercitar en cada caso, fundada y razonablemente, los poderes de excepción que le confiere el Art. 23 de la Constitución Nacional*”. Y luego de reconocer las facultades privativas de los poderes del Estado como consecuencia de la separación de los poderes, y del respeto a la esfera de reserva de órgano político, como también de otros principios como el de la adecuada proporción con los fines perseguidos con la declaración del estado de sitio, señaló: “[...] *la aplicación concreta de las facultades de excepción del poder político deben sujetarse al contralor de razonabilidad en la adecuación de causa y grado entre la restricción impuesta —la libertad personal en el caso de autos— y los motivos de la situación de excepción*”⁵

En el ámbito provincial, en una acción de amparo, se reclamaba al Estado Provincial la expresa reincorporación y regularización de la situación de revista de un agente como empleado de la Provincia, quien se encontraba en situación irregular por faltas injustificadas, abandono de sus tareas y con un sumario en trámite, intentando justificar las faltas incurridas en la acción de amparo.

En esa oportunidad, tanto el Juez de Primera Instancia como la Cámara fueron contundentes en considerar que: “...*procede decir que la acción de amparo instaurada no cumple los requisitos de admisibilidad sustancial (art. 43 CN y art. 1 ley 16986) y formal (art. 2 inc. e) para su procedencia. A este respecto, repárese en que la acción de amparo es procedente*

³ "Barraco Aguirre" (1980) Fallos: 302:1.503

⁴ Idem 1

⁵ Timerman" (1978) Fallos: 300:816.

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

contra todo acto u omisión de autoridad pública que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere, amenace derechos y garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional. Sin embargo, esta conducta no sólo debe menoscabar derechos y garantías constitucionales, sino que lo debe hacer de modo manifiestamente ilegal o arbitrario. Su razón de ser es no someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, controlando el acierto u oportunidad de la actividad que despliegan en el cumplimiento de su función, en tanto no medie arbitrariedad manifiesta; sólo procede cuando la lesión al principio, garantía o derecho se presenta de manera clara, incontrastable y fehacientemente, en su primera aparición y sin necesidad de amplia controversia y debate y no es precisamente el supuesto que se presenta en esta oportunidad...."

Bajo esos parámetros la Cámara concluyó: "*Cabe descartar la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta si de las actuaciones administrativas incoadas a raíz de los presuntos incumplimientos del trabajador, no surge palmariamente o con notoriedad indudable la conducta o acto que permita advertirla con nitidez en el estrecho marco cognoscitivo de la vía sumarísima. Por el contrario, la actuación de la administración luce, en principio, ajustada al Régimen Jurídico de la Función Pública (ley 22140) y el Reglamento de Investigaciones contemplado en el decreto 1798/80. En tales condiciones, el amparo no resulta procedente si la conducta atribuida luce prima facie ajustada al ordenamiento normativo aplicable al caso y no brota de manera clara e inequívoca la lesión al derecho o garantía invocado. De igual modo, tampoco ha podido acreditar la inexistencia de otros medios idóneos aptos para la protección de los derechos invocados. En el punto, se ha limitado a exponer la jurisprudencia y doctrina que entiende aplicable al caso (ver ítem c) a fs. 214vta./6vta.). Sumado a esto, no alegó y menos aún demostró que la acción haya sido interpuesta dentro de los quince días del acto lesivo (art. 2 inc.*

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

*e). V.- Con arreglo a las consideraciones que anteceden, corresponde confirmar el decisorio apelado con costas en la Alzada (art. 17 ley 16986, por remisión al art. 78.1 CPCC)..."*⁶

La clave del tema bajo análisis es el concepto de "ARBITRARIEDAD", que se utiliza tanto para analizar la procedencia de la vía de amparo, como para permitir el control judicial de los actos discrecionales o de la zona de reserva del Poder Ejecutivo, y ello es lo que puede llevar a su peligrosa asimilación.

Como sabemos la doctrina y luego la jurisprudencia ⁷ han llegado a la conclusión de que no existen actos totalmente discrecionales ni actos totalmente reglados, e incluso los actos discrecionales tienen una cuota de actividad reglada, y de ahí se parte para permitir su control judicial.

Ahora bien, debe diferenciarse el control judicial, de la vía que se opta para llevar adelante ese control. La regla para acceder a la justicia es el proceso contencioso administrativo, circunstancia que implica que-principalmente en cuanto al agotamiento de la vía- y sólo en casos excepcionales y urgentes, y de no existir otro remedio judicial más idóneo, podría accederse a ella a través de la acción de amparo.

Respecto de la necesidad de haber agotado la vía administrativa resulta un requisito necesario para acceder a la acción contencioso administrativa que se produce cuando tenemos un acto administrativo que causa estado y ello acontece cuando ese acto cierra la instancia administrativa por haber sido emitido por la máxima autoridad o una vez agotados todos los recursos administrativos.

⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Tierra del Fuego. "Avanzato Angel Alberto c/Gobierno de la Prov. S/ AMPARO" Expediente: 7550/15 Fecha: 10-09-2015 <http://juris.justierradelfuego.gov.ar/>

⁷ "Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos" Fallos: 315:1.361, 1992, *La Ley*, 1992-E-100.

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

En nuestro sistema jurídico, el recurso administrativo se ha convertido en un deber a cargo del administrado a fin de tener acceso a la vía judicial. En palabras de Gordillo, es el "precio que el ciudadano debe pagar para tener acceso a la vía judicial."⁸

Al permitir la acción de amparo escapar de ese requisito, ello deja inferir la estrictez con que debe evaluarse su procedencia.

Es justamente a través de ese instituto del Derecho Administrativo, como es el agotamiento de la vía, que se asegura la división de poderes. Como ya lo ha expresado la jurisprudencia local, se condice con los principios de seguridad jurídica y de división de Poderes, la exigencia de agotar el procedimiento recursivo en sede administrativa como condición excluyente para acceder a la judicial.⁹

En tal sentido, ha existido en la Provincia una tendencia de llevar la actividad administrativa a la justicia a través de la acción de amparo, producto muchas veces de la confusión que puede generar el control judicial de la actividad discrecional, a través de los conceptos de razonabilidad y arbitrariedad, presentes también para la procedencia de la vía de amparo. Sin embargo, los tribunales mayoritariamente han sido estrictos en el análisis de su admisibilidad.

En otro caso, en donde también se eligió la vía de amparo para reclamar, profesionales médicos solicitaron a la justicia la disminución de las horas de guardias que venían realizando, alegando arbitrariedad en el obrar de la administración. El Estado Provincial basó su defensa en que existía una normativa que amparaba su actuar y en el interés superior del servicio de salud que estaba obligado a prestar. Por

⁸ Gordillo Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, t. 4 "Recurso Administrativos", Capítulo III, Buenos Aires, FDA, 2006 p. 3.

⁹ "Cantos, Marcela Noelia c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Sumarísimo" 16/5/2006 STJ <http://juris.justierradelfuego.gov.ar/>

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

su parte, también alegó que se encontraba arbitrando los medios a fin de incorporar nuevos profesionales médicos.

En ese marco de discusión el Juez de Primera Instancia rechazó la procedencia de la vía de acción diciendo¹⁰: *"La jurisprudencia en consonancia con la norma fundamental ha expresado que "Su apertura requiere circunstancias de muy definida excepción, tipificadas por la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad e ilegalidad manifiestas que configuren, ante la ineficacia de los procesos ordinarios, la existencia de un daño concreto y grave solo eventualmente reparable por esa acción urgente y expedita"* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, Sala V, 1996-04-15).

"...A poco de ahondar en la cuestión planteada, se advierte en lo que respecta a la relación laboral habida entre las partes que, la misma se encuadra en los términos del Decreto Provincial N° 2366/14, esto es, dentro del agrupamiento profesional universitario bajo el sistema de dedicación exclusiva sanitaria."

"...Nótese, se desprende de ello, que las guardias no son "de común acuerdo y por tanto, no obligatorias" (sic) como lo sostiene la accionante (ver fs. 18 vta.), sino que son determinadas por la autoridad conforme las necesidades del servicio para garantizar la cobertura del sistema. Asimismo, por vía administrativa, son apelable ante el Ministerio."

Y agrega expresando: *"...Se ha dicho que "...No corresponde al Poder Judicial seleccionar políticas públicas ni expedirse en torno a su idoneidad o conveniencia y mucho más evidente surge la falta de medios para asumir tal tarea, medios que faltan precisamente porque no atañe al Poder Judicial asumir la misión de elaborar un plan de gobierno..."* (Machuca,

¹⁰ "Aedo Pardo, Pamela Cecilia c/ Provincia de Tierra del Fuego (Hospital Regional de Río Grande) s/ Amparo" (Expte. N° 8019/2016) Juzgado del Trabajo del Distrito Judicial Norte.

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

Sandra Analía vs. Gobierno de la CABA y otros s Amparo - TSJ CABA RC J 13829/11)." "

"Ello así, "...No corresponde judicializar una situación de neto corte político administrativo con insuficiencia de fundamentos para un resultado distinto, no estando dadas, por ello, las condiciones de procedibilidad de la acción y no correspondiendo que sea la Justicia quien por esta vía resuelva cuestiones de esta naturaleza, por cuanto no estamos ante una cuestión "judiciable", sino de política administrativa (sanitaria, en el caso), propia de ser abordada y resuelta por los propios órganos de gobierno competentes con observancia de una objetiva hermenéutica del plexo normativo en vigencia asignada ..." (I.P y otros s. Acción de amparo - STJ Río Negro RC J 13444/09),"

Y concluye su fundamentación diciendo: *"...De lo dicho aquí no surgen dudas que no se puede suplir judicialmente la actividad administrativa, la que resulta exclusiva y excluyente de otro poder del estado, pues ello implicaría afectar el principio de división de poderes."*

De lo reseñado puede concluirse en la estrictez que debe existir al analizar la procedencia de la vía de amparo como medio para acceder a la justicia a fin de controlar la actividad administrativa del Estado.

Por su parte, en el caso citado también surgió el análisis del interés público o bien común comprometido.

En tal sentido, resulta oportuno citar la definición que nos brinda el Dr. Comadira de la discrecionalidad diciendo que se configura 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,

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

como de fijar, en su caso, el contenido de su accionar (consecuente) todo dentro de los límites impuestos por los principios generales del derecho¹¹. (El subrayado me pertenece).

De ella se desprende la discrecionalidad que puede surgir de la actividad administrativa como gestora directa e inmediata del Bien Común, entendida ella como la elección de una alternativa entre varias. Como bien habla en relación a este tema, el Dr. Sesin refiriéndose a que el silogismo judicial que obliga a una solución justa no es trasladable con el mismo rigor a la realidad administrativa.¹²

En el caso jurisprudencial citado las actoras bien se encontraban en su derecho a reclamar que se respete su jornada laboral y el descanso al cual tienen derecho, sin embargo, al enmarcarse su actividad dentro de un servicio esencial como es la salud pública y más aún dentro de la órbita de la actividad administrativa del Estado Provincial, permitió en el caso flexibilizar los límites de la jornada laboral teniendo en miras el interés superior en juego que debe garantizar el Estado, que es el acceso a la salud pública.

De tal forma, a nuestro entender, en el caso analizado resulta importante tener presente que se trató de una circunstancia particular, durante un lapso de tiempo determinado, debiendo el Estado Provincial buscar y arbitrar todos los mecanismos a su alcance para lograr incorporar más profesionales de la salud.

Esa decisión tomada por el Estado Provincial, bajo el marco circunstancial descripto, la convierte en una elección efectuada dentro de la zona de reserva de ese

¹¹ Comadira, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo...* cit, p. 507.

¹² SESÍN, Domingo J. Control Judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos. En AA.VV. Tratado de Derecho Administrativo, CASSAGNE, Juan Carlos Director. La Ley, 2007. Tomo I. Capítulo Quinto. Págs., 693-738.

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

poder estatal, donde resulta correcto que el Poder Judicial se abstenga de intervenir a través de la acción de amparo interpuesta.

Para finalizar el análisis de la jurisprudencia local nos permitimos citar un caso en donde también, a través de este proceso de tutela urgente, una persona que había ganado un concurso para ingresar en la administración pública finalmente no fue designada por falta de vacante presupuestaria.

El reclamo del amparista residía en ordenarle a la Administración su ingreso a la planta permanente de la Secretaría de Desarrollo Sustentable y Ambiente, atento a haber obtenido el primer lugar en el orden de mérito del área Dirección General de Bosques del concurso llevado a cabo para cubrir las 8 vacantes dispuestas por decreto provincial concernientes a distintas áreas.

En dicha oportunidad el Juez de Primera Instancia entendió que no podía hacer lugar al requerimiento en atención a que el otorgamiento de las 8 vacantes estaba condicionado a la existencia de un presupuesto concreto y las exigencias que demandaban las distintas áreas de la Secretaría.

Finalmente, y ante la existencia de presupuesto para otorgar sólo 3 vacantes, la Administración se inclinó por seleccionar a aquellos profesionales que, según las exigencias del área, requerían mayor demanda como ser por ejemplo, la Dirección de Investigación Pesquera o la Dirección de Comunicación.

Al momento de sentenciar la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia que había rechazado la acción de amparo¹³, diciendo: "*Por lo tanto, es función del poder judicial el control de constitucionalidad de los actos administrativos cuando éstos vulneren*

¹³ "CURRAS, Marcos Gerardo c/ Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Amparo" Expediente: 7588/15 Fecha: 29-09-2015.

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

derechos de raigambre constitucional. Para el caso en estudio y prestando debida atención a los agravios formulados por el quejoso, en particular a lo referente a la reasignación de una partida presupuestaria a la señora Felici cuando correspondía al actor, resulta sumamente imprudente que esta vocalía se adentre a valorar las funciones exclusivas de otro poder del Estado dado que, para hacer lugar a tal reclamo, el Poder Judicial indefectiblemente debe arrogarse facultades previstas para la administración. Ello en virtud de que también se encuentra en juego los derechos subjetivos otorgados a la señora Felici quien no ha tenido posibilidad de articular defensa alguna en las presentes actuaciones. Como es sabido, a los fines de garantizar tales derechos subjetivos la administración no puede revocar en sede administrativa el acto supuestamente viciado, sino que debe interponer una declaración judicial de nulidad, siendo precisamente en ese proceso la oportunidad de escuchar los argumentos que pudiera tener el administrado con el fin de que sus derechos adquiridos no se vieran conculcados.

Tampoco pierdo de vista que tanto la previsión presupuestaria, sus reasignaciones como el conocimiento de las exigencias que reclama el área respectiva son una facultad eminentemente administrativa que no puede ser suplida por el órgano judicial, pues ello puede generar graves perjuicios generales en la órbita administrativa que escapan al entendimiento de los magistrados. Tomando como base nuestra Constitución Nacional las razones por las cuales la C. N. reconoce al Congreso la facultad de fijar el Presupuesto son, entre otras, que: (i) La participación activa de todos los representantes del pueblo ofrece mayores garantías de que la decisión final asigne recursos para satisfacer las obligaciones contraídas por el Estado y gastos de una forma más imparcial, al igual que garantiza el ejercicio del control público sobre los gastos de gobierno, propio de un sistema republicano como el argentino; (ii) el presupuesto nacional es una herramienta indispensable para efectivizar los derechos consagrados en favor de todos los habitantes de la Nación. La Constitución provincial de Tierra del Fuego en su

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

artículo 135 prevé el deber del gobernador de presentar a la Legislatura el proyecto de ley de presupuesto general de Gastos y cálculo de recursos de la administración pública provincial y de las reparticiones autárquicas. Con ello se quiere dar cuenta que la intromisión del poder judicial en cuestiones ajenas a su órbita puede afectar gravemente el instituto republicano de división de poderes."

De la contundencia del fallo surge claro que estábamos en presencia de una potestad discrecional del Estado Provincial que no podía ser analizada en la instancia judicial, y menos aún a través de una acción de amparo.

Por su parte, aquí deja entrever la Cámara el concepto antes expuesto en relación con el proceso judicial típico para atacar la legalidad de un acto administrativo que es, en su caso, la acción contenciosa administrativa.

Resulta indispensable analizar para la admisión del remedio sumarísimo y excepcional del amparo, que quien solicita la protección judicial acredite en debida forma la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado.

La Corte ha sostenido que cabe exigir la demostración de la carencia de otras vías o procedimientos aptos para solucionar el conflicto, y, en su caso, su ineficacia para contrarrestar el daño concreto y grave, pues el amparo es un remedio excepcional que no tiene por objeto obviar los trámites legales ni alterar las jurisdicciones vigentes¹⁴, ya que el amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas pelagra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares

¹⁴ CSJN, Juárez, Rubén Faustino y otro c/ Mrio. de Trabajo y Seguridad Social (Direc. Nac. de Asoc. sindicales) s/ acción de amparo, 1990, Fallos, 313: 433; ver, asimismo, CSJN, FRECA. S.A c/ SE.NA.SA. (Estado Nacional) s/ amparo, 1994, Fallos, 317: 655.

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expedita.¹⁵

Con esta claridad de conceptos brindados por el Máximo Tribunal Judicial se arroja luz al objeto de este trabajo, que fue el interrogante planteado a partir de una gran cantidad de juicios de amparos iniciados en la jurisdicción provincial, saliéndose de esos principios rectores de manifiesta arbitrariedad y/o ilegalidad, excepcionalidad y urgencia, pretendiéndose reclamar a través de esta vía cuestiones evidentemente reclamables por la acción contenciosa.

III.- Conclusión

De los fallos citados puede concluirse que resulta clara la jurisprudencia provincial, siguiendo a la doctrina mayoritaria, en considerar que si el control judicial se saliera de la revisión de los parámetros de razonabilidad de la medida adoptada, el juez estaría sustituyendo a la Administración en la apreciación de las circunstancias. Como bien señala el Dr. Sesin siguiendo a la doctrina española "*El juez que controla a la Administración solo puede actuar a la manera de un administrador negativo: no puede decidir lo que la Administración debería hacer, sino solo lo que la Administración no puede hacer*".¹⁶

Analizado el control judicial, en particular, desde la vía del amparo, de todo lo expuesto se puede concluir que se hace necesario un control de admisibilidad aún más estricto y riguroso de la procedencia de esa vía, sobre todo teniendo presente los

¹⁵ CSJN, Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ amparo, 2005, Fallos, 328: 1708

¹⁶ Idem 11

Título: La acción de amparo contra la Administración. El agotamiento de la vía y el control judicial de la discrecionalidad

Autora: Florencia del Bagno

Publicado en: Revista Digital del Colegio Público de Abogados Ushuaia- N° 4- Año 2018

exiguos plazos que esa acción prevé, regulada teniendo en miras casos extraordinarios y de urgencia justificada, de lo contrario, se permitiría fácilmente saltar el agotamiento de la vía, que así como la parte discrecional de los actos administrativos, tiene como fundamento axiológico la división de poderes.

Quizás, y dejo el interrogante planteado, la cuestión se vuelva más dudosa cuando existiendo una zona de reserva, por ejemplo de reparto de los recursos económicos del Estado a través del presupuesto, del otro lado existe un reclamo de un derecho de raigambre constitucional, que no puede dejar de cumplirse, en aras de la operatividad de esos derechos, pero que de cumplirse todas las expectativas individuales no alcanzarían los recursos económicos para dar debida cumplimiento a esos derechos, y ahí la cuestión pasa del análisis jurídico para adentrarnos a un análisis de política económica que es la existencia de recursos limitados frente a necesidades ilimitadas, y la eficiencia y eficacia del Estado en la ejecución de su presupuesto¹⁷.

Podríamos concluir que en definitiva siempre corresponderá realizar un debido análisis de la arbitrariedad de los actos de gobierno dentro de la vía procesal correspondiente según las particularidades del caso.-

¹⁷ Ver caso de la CSJN “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”. Sentencia del 24/04/2012. Fallos: 335:452