

**DOMINGO J. SESIN**

# **ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**ACTIVIDAD REGLADA.  
DISCRECIONAL Y TÉCNICA**

Tercera edición actualizada y ampliada

**ABELEDOPERROT**

Sesin, Domingo Juan  
Administración Pública: actividad reglada,  
discrecional y técnica / Domingo Juan Sesin. - 3a ed  
- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot,  
2022.

672 p.; 24 x 17 cm.

ISBN 978-950-20-3067-8

1. Administración Pública. I. Título.

CDD 342

© Domingo J. Sesin, 2022

© de esta edición, Thomson Reuters, 2022

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

*Impreso en la Argentina*

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

*Printed in Argentina*

All rights reserved

No part of this work may be reproduced  
or transmitted in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada: 250 ejemplares

ISBN 978-950-20-3067-8

SAP 43110443

Las opiniones personales vertidas en los capítulos de esta obra son privativas de quienes las emiten.

**ARGENTINA**

# 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 discrecionales. 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 intelectual.....	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

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.	Rispedeces 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

	2.7.	División de poderes. Zona de reserva. Principios jurisprudenciales.....	266
	2.8.	Imposibilidad del juez de sustituir a la Administración.....	272
III.		Relatividad de la interpretación, discrecionalidad y límites del control judicial .....	283
	3.1.	Es a veces difícil deducir una interpretación única .....	283
	3.2.	La unicidad de solución justa de la metodología interpretativa judicial no siempre es trasladable a la realidad administrativa.....	286
	3.3.	La interpretación restrictiva en el proceso administrativo ...	289
IV.		Relatividad del estándar jurídico en el derecho administrativo .....	290
	4.1.	Una espuria asimilación con el concepto jurídico indeterminado .....	292
V.		Relatividad de la prueba, discrecionalidad y límites de control .....	293
	5.1.	Objeto de la prueba: certeza de una afirmación o proposición .....	293
	5.2.	Excepcionalmente, basta la semiplena prueba fundada en la razón .....	294
	5.3.	Averiguación y verificación en el proceso administrativo: dispositivo con método inquisitivo.....	295
	5.4.	La sana crítica y su adecuación al derecho procesal .....	297
	5.5.	La libre convicción judicial no es aplicable, en principio, al proceso administrativo .....	299
VI.		Relatividad científica y tecnológica. El control judicial de las reglas indiscutibles, los juicios tolerables y los casos límite .....	300
	6.1.	La ciencia no suministra verdades absolutas.....	300
	6.2.	Estado actual de la jurisprudencia. Necesidad de una visión correctiva.....	301
	6.3.	El control judicial de reglas de universal consenso: técnicas, científicas, de experiencia, estándares .....	307
	6.4.	Cuando es posible elegir entre varias alternativas hay discrecionalidad .....	311
	6.5.	El control judicial de los juicios tolerables. Los casos límite complejos .....	313
	6.5.1.	Juicios pedagógicos, concursos, idoneidad.....	319
	6.5.1.1.	Mérito de los participantes. Orden de prioridad. Propuestas razonadas. Jurisprudencia.....	320
	6.5.1.2.	Fijación del puntaje para el ascenso.....	328
	6.5.1.3.	Valoración de la personalidad y el trabajo de los dependientes.....	329
	6.5.1.4.	Valoración de publicaciones .....	329
	6.5.1.5.	Evaluación para el ascenso por elección discrecional .....	329
	6.5.1.6.	Evaluación de exámenes de bachillerato ...	332

6.5.1.7.	Predisposición de criterio de máxima.....	332
6.5.1.8.	Discrecionalidad técnica en la elección de las pruebas de examen .....	332
6.5.1.9.	Elección del momento en el cual cubrir la vacante .....	333
6.5.1.10.	Potestad discrecional para poner fin a la contratación .....	333
6.5.1.11.	Opinión personal. Estrategia práctica a seguir.....	334
6.5.2.	Oferta más conveniente. Mecanismos de selección del contratista .....	341
6.5.3.	Juicios médicos .....	353
6.5.4.	Ruina de la obra y pérdida de funcionalidad.....	355
6.5.5.	Reajuste o aumento tarifario.....	356
6.6.	Control intenso y menos intenso: fuerte y débil .....	362
6.7.	Requisitos y vicios de los juicios subsumibles en reglas ciertas o tolerables .....	367
6.8.	Calificación obligatoria de los juicios por el profesional de la Administración o el perito judicial.....	367
6.9.	Necesidad de una previsión normativa en los códigos procesales administrativos y leyes de procedimiento .....	368

## CAPÍTULO VIII

### VERIFICACIÓN Y APRECIACIÓN DE LOS HECHOS, CALIFICACIÓN JURÍDICA Y DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA

I.	Introducción .....	371
II.	En la actividad de “verificación” no hay discrecionalidad.....	371
III.	En la apreciación de los hechos puede haber discrecionalidad .....	373
IV.	En la calificación jurídica no hay discrecionalidad .....	375
V.	En la determinación o elección de la conducta puede haber discrecionalidad.....	376
VI.	La potestad disciplinaria.....	377
VII.	La contratación de emergencia .....	389
VIII.	Las leyes de emergencia, la discrecionalidad y la intensidad del control judicial .....	390
8.1.	Emergencia. Noción conceptual .....	390
8.2.	Requisitos de juridicidad de la emergencia .....	392
8.3.	La intensidad del control judicial.....	396
8.4.	El abuso del remedio excepcional de emergencia.....	399
8.5.	Morigeración de los efectos de la emergencia en la jurisprudencia .....	400

## 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. Unicidad 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