

BIBLIOTECA PORRÚA
DE
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

CONSTITUCIÓN, NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS

TEORÍA Y APLICACIONES EN LA INTERPRETACIÓN
DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

JUAN CIANCIARDO
COORDINADOR



EDITORIAL PORRÚA
MÉXICO



67

CONSTITUCIÓN, NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS

TEORÍA Y APLICACIONES
EN LA INTERPRETACIÓN
DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Coordinador
Juan CIANGIARDO



EDITORIAL
P O R R Ú A
AV. REPÚBLICA
ARGENTINA, 15



MÉXICO, 2012

2. Las restricciones en el Reino Unido.....	313
2.1. El sistema de la licencia.....	313
2.2. Las críticas al sistema.....	319
2.3. La doctrina de Blackstone.....	322
3. Blackstone en los Estados Unidos.....	326
3.1. Los primeros casos en las colonias norteamericanas.....	326
3.2. La Primera Enmienda bajo el dominio de las ideas de Blackstone.....	330
3.3. La Primera Enmienda puesta a prueba: Las leyes de Extranjeros y de Sedición.....	337
4. Conclusiones.....	341

ACERCA DE LA FAZ ÉTICA
DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Estela B. SACRISTÁN

1. Consideraciones iniciales.....	343
2. Dos posturas diversas.....	345
2.1. Tesis de la autonomía del recaudo moral o ético del acto administrativo.....	346
2.2. Tesis de la dependencia del elemento moral o ético del acto administrativo.....	350
3. Mi opinión.....	352
3.1. Recaudo de competencia.....	354
3.2. Recaudo de causa.....	357
3.3. Recaudo de objeto.....	360
3.4. Procedimientos.....	362
3.5. Motivación.....	364
3.6. Finalidad.....	366
4. Reflexiones finales.....	376

PRESENTACIÓN

La expansión que ha experimentado el Derecho Procesal Constitucional en los últimos años resulta innegable. En la hora presente los estudios especializados sobre la materia se incrementan en cantidad y calidad, especialmente en la comunidad latinoamericana.

Esta evolución que se vislumbra con vigor en los países de nuestra región, se debe, por una parte, a la proliferación de reformas legales de los distintos instrumentos procesales que otorgan efectividad a la normativa constitucional y a la dimensión que están alcanzando los diversos tipos de magistratura constitucional, sean como tribunales constitucionales autónomos, salas constitucionales o a través de las nuevas atribuciones conferidas a las cortes supremas, motivando una interpretación dinámica de las cartas fundamentales; y por otra, a la dedicación y esfuerzo realizado por procesalistas y constitucionalistas en establecer los cimientos científicos de la disciplina para su consolidación como reciente parcela del saber jurídico.

Muestra de lo anterior es la creación desde la década de los ochenta del siglo pasado, del *Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Rosario, Argentina, refundado en agosto de 2003 en el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*. Este Instituto ha celebrado hasta la fecha VII Encuentros: *I Encuentro* (Rosario, Argentina, 2003); *II Encuentro* (San José, Costa Rica, 2004); *III Encuentro* (La Antigua, Guatemala, 2005); *IV Encuentro* (Santiago de Chile, 2006); *V Encuentro* (Cancún, México, 2008); *VI Encuentro* (San Juan, Argentina, 2009); y *VII Encuentro* (Santo Domingo, República Dominicana, 2011). El VIII Encuentro tendrá lugar

Tocqueville decía que en América la mayoría eleva varias formidables en torno a la libertad de opinión; dentro de ellas un autor puede escribir lo que le plazca, pero pobre de él si las traspone.⁹⁶ Pese a su admiración por la entonces joven república, el autor francés no había encontrado en la libertad de expresión un campo digno de encomio todavía.

Es más, uno de los primeros campeones de esta libertad —Oliver Wendell Holmes— en 1907 todavía recitaba a Blackstone. En *Patterson v. Colorado*,⁹⁷ doce años antes de su disidencia en *Abrams v. United States*, Holmes decía que “*La libertad preliminar abarca la verdad, así como la falsedad; el subsecuente castigo puede extenderse tanto hacia lo verdadero como hacia lo falso*” y admitía el castigo subsecuente a la publicación en caso que se la considerara contraria al bienestar público.⁹⁸

ACERCA DE LA FAZ ÉTICA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Estela B. SACRISTÁN¹

1. CONSIDERACIONES INICIALES²

No caben dudas de que todo el quehacer estatal debe llevarse adelante cumpliendo con las pautas que dictan la Ética o la Moral. En efecto, si dichos términos aluden a la disciplina o ciencia que estudia los actos humanos³ o la conducta humana,⁴ parecería claro que ninguna sección del sector iuspublicista —como comprensivo del Derecho constitucional y del Derecho administrativo— debería resultar ajeno a ellos.

En este sentido, la propia Corte Suprema argentina ha afirmado que el Estado se halla sustentado en una “finalidad ética”,⁵ y que las gestiones de la Administración pública deben hallarse presididas por el “respeto a la buena fe, a la ética, y a la transparencia que hacen nada menos que a la forma republicana de gobierno”.⁶

¹ Profesora adjunta de Derecho administrativo (UCA).

² Trabajo basado en la exposición realizada el 23/4/2010 en la Jornada sobre Ética, Control y Administración Pública, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad Católica Argentina (Dr. Orlando GALLO, director) y Asociación Argentina de Derecho Constitucional (Dr. Alberto DALLA VIA, presidente). Fue publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, t. 238, pp. 911-926, (08/07/2010, no. 12.540).

Expreso mi agradecimiento por el generoso *insight* y el contagioso entusiasmo intelectual que me brindara la Dra. Pilar ZAMBRANO en la etapa de elaboración de dicha exposición y de redacción de esta versión escrita.

³ MARITAIN, Jacques, *Introducción a la filosofía*, (vers. cast. de Leandro DE SESMA O.C.), Club de Lectores, Buenos Aires, 1999, p. 126.

⁴ BASSO, Domingo M., *Ética*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 7.

⁵ “Dr. García Pinto, José p/ Mickey S.A. s/ infracción”, Fallos: 314: 1376 (1991); “Cámara de Comercio e Industria de Santiago del Estero c/ AFIP”, Fallos: 325: 669 (2002).

⁶ “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/ Agua y Energía Eléctrica S.E. s/ contrato administrativo”, Fallos: 325: 1787 (2002).

⁹⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de, *Democracy in America*, 1835, vol I, cap. 15.

⁹⁷ 205 U.S. 454, 462 (1907)

⁹⁸ Vid. STONE et al., *Constitutional Law*, cit., p. 1131.

Importantes casos judiciales, en los que se hallaban en juego decisiones del legislador, han sido gobernados por consideraciones éticas; así, el célebre *obiter* que se produjo en el fallo de la Corte Suprema norteamericana sobre desonorización de títulos de la deuda pública, cuando se aludió a la "conciencia del soberano", sobre la cual pesaban las obligaciones contractuales asumidas;⁷ o cuando, en una sentencia de la Corte Suprema argentina, se desplazó la aplicación mecánica de la ley de consolidación para evitar una solución claramente injusta.⁸

Podríamos disentir acerca de si la obligación emergente de ese título estaba o no comprendida en el concepto de derecho humano. También podríamos discurrir acerca de si alcanzar proteger un derecho humano es equivalente a lograr que reine la justicia. Empero, pienso que podríamos todos reparar en que si el Estado tiene por finalidad lograr el Bien común,⁹ y está potencialmente habilitado para afectar derechos humanos en pos de finalidades colectivas, se impondría interpretar que todo el quehacer estatal debería cumplir con las exigencias de la ética.¹⁰

Ahora, ¿qué sucede con la ética o la moral cuando se ingresa al campo de los actos administrativos? ¿deben olvidarse los contenidos de esa disciplina cuando se toman decisiones, de alcance general o particular, que no son ni

⁷ "Perry v. U.S.", 294 U.S. 330 (1935), esp. p. 354.

⁸ "Tachemet, María Luisa c/ Armada Argentina s/ pensión", Fallos: 316: 779 (1993).

⁹ Enseña SANTIAGO, Alfonso (h.), *Bien común y derecho constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, ps. 34/43, que el bien común es "a) la causa final del Estado (...); b) el ámbito y la medida de la actuación estatal; c) el fundamento de la existencia de la autoridad pública y fuente de legitimidad de las potestades estatales (...); d) el objeto y cometido de la actuación del gobierno y de los poderes públicos (...); e) el ideal y proyecto político al que son convocados los integrantes de una comunidad política (...); f) el fin de la ley y causa final del Derecho; g) uno de los términos de las relaciones, tanto de la Justicia legal como distributiva (...); h) un componente esencial de la motivación de los actos administrativos y de la fundamentación de las sentencias (...); i) el valor jurídico síntesis (...); j) un elemento clave y necesario de la teoría jurídica (...); k) un principio jurídico (...)"

¹⁰ Siguiendo a COMADIRA, en cuanto a que "la ética pública encuentra su eje en la idea del servicio a la colectividad", en COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo*, Otros estudios, 2a. ed. act. y ampl., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 578.

leyes ni sentencias? ¿o puede argüirse que el acto administrativo debe, indefectiblemente, cumplir con exigencias morales o éticas al igual que debe cumplir con los restantes recaudos escritos en el art. 7° de la L. 19549? y si, efectivamente, debe hacerlo, ¿qué fundamentos tendría esa exigibilidad? La cuestión no es menor: un sinnúmero de actos administrativos, específicamente, de los denominados "de gravamen", son emitidos a diario, afectando derechos humanos, desplazando equilibrios individuales, en pos de equilibrios colectivos, y es allí donde la visión ética puede echar sobre las interpretaciones.

Este trabajo indaga en esos simples interrogantes. A fin de responderlos, se repasan las líneas doctrinarias que sustentan la autonomía del recaudo o requisito moral o ético del acto administrativo, así como las que propician una postura opuesta (acápites 2.1. y 2.1., respectivamente). Y, teniendo en cuenta la trascendencia, para la materia administrativa, de la mera existencia de ese recaudo, se propone una lectura, de cada uno de los elementos o requisitos del acto administrativo, tendiente a sacar a luz los fundamentos éticos que anidan en cada uno de esos requisitos (sección 3). Finalmente, se esbozan las reflexiones finales (sección 4).

Por decirlo en pocas palabras, las líneas que siguen arguyen que, aún cuando se pueda querer desvincular al acto administrativo de la moral o de la ética por no estar dicho requisito escrito en forma expresa en el art. 7°, el mentado elemento ético o moral se desprende, indefectiblemente, de cada uno de los incisos del precitado artículo, brindando, a cada uno de los recaudos del acto administrativo, un sólido criterio que orienta o encauza la interpretación o aplicación de dichos incisos a los actos administrativos que se proyectan o revisan en el quehacer cotidiano.

2. DOS POSTURAS DIVERSAS

En el específico campo de los actos administrativos —esto es, los actos de alcance general o particular—,¹¹ la

¹¹ Formalmente —no sustancialmente, debe recalcar—, el género "acto administrativo" comprende a las especies "acto administrativo de alcance general o

incorporación del renglón moral o ético no parecería carecer de dificultades. Ello pues la comparación de opiniones doctrinarias conduce a puntos de vista diversos, en especial, en lo que hace a la autonomía del elemento moral o del elemento ético en la enumeración de requisitos del acto administrativo.

Por decirlo en términos simples, para algunos autores la moral es un recaudo o exigencia autónoma, independiente, no escrita, con la cual el acto administrativo debe cumplir inexorablemente. En cambio para otros autores dicho recaudo o exigencia no existiría, no poseería vida propia o independiente. Veamos.

2.1. Tesis de la autonomía del recaudo moral o ético del acto administrativo

La tesis francamente favorable a la admisión de la moral o ética como requisito del acto administrativo se halla expuesta en la obra de MARIENHOFF:¹²

[D]ada la trascendencia que en todo orden debe reconocérsele a la moral en la expresión y desarrollo de las relaciones humanas, respecto al acto administrativo se hace indispensable erigirla en elemento autónomo o específico del mismo.

Funda tal aserto en nociones de tenor sociológico pues apunta que, en los pueblos civilizados, las relaciones estables requerirían, indispensablemente, una base ética, y esa base ética tendría una rigidez de mayor o menor grado según el estándar o nivel de cultura ambiente.¹³

reglamentos" y "acto administrativo de alcance particular". En tal sentido, MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, 4a. ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 227, donde expresa: "Con relación al derecho argentino, juzgo evidente la existencia de actos administrativos no sólo individuales, sino también generales. Los actos administrativos de contenido general o abstracto hallan expresión en los reglamentos (...) Si bien los reglamentos delegados y los de necesidad y urgencia (...) [son] formalmente administrativos, los reglamentos autónomos (...) y los de ejecución (...) son, en cambio, sustancial y formalmente administrativos (...)".

¹² MARIENHOFF, *Tratado...*, cit., t. II, ps. 349-353, esp. p. 350.

¹³ MARIENHOFF, *Tratado...*, cit., t. II, p. 350.

Tal imagen puede ser ponderada desde las dos acepciones asignables al término *Ética* en el campo del Derecho, v.gr., (i) una "primera acepción" según la cual la ética apunta a la *perfección moral* del individuo, esto es, la perfección o virtud, por un lado;¹⁴ y, por el otro, (ii) una "segunda acepción" que entiende que la ética se refiere a los *requisitos de justicia* no incorporados en forma expresa en el ordenamiento positivo pero que se siguen del cumplimiento acabado de la función *social* de un instituto.¹⁵

Desde esta "segunda acepción", puede colegirse que MARIENHOFF incluye, a la moral o ética —del acto administrativo— entre los mentados "requisitos de justicia", no escritos en la norma positiva, pero vigentes pues son la única manera de verdadera realización de los institutos jurídicos en el plano social. No debe olvidarse que todo el Derecho debe tender a la justicia, y que el acto administrativo está dirigido a personas físicas o jurídicas localizadas por fuera de la Administración, cuyo bien debe procurarse.

Y desde la primera acepción podría incluso llegarse a interpretar que el elemento humano aludido por MARIENHOFF —v.gr., las relaciones humanas, preferentemente estables, para calificar éticamente— enraizaría en nociones expuestas por ARISTÓTELES, quien arguyera que, "de los actos de virtud, los más valiosos son también los más duraderos".¹⁶ Si la Administración quiere ser virtuosa, debería producir actos de igual carácter.

Se advierte así, en rigor, cómo ambas acepciones resultan diversas, pero interrelacionables.

Pueden hallarse tenues antecedentes, de la concepción que visualiza a la moral como elemento de los actos administrativos, en antiguas obras; por ej., en la de FERREYRA; quien se explaya acerca de la moralidad y buena fé que

¹⁴ Sigo a FATONE, Vicente, *Lógica e introducción a la filosofía*, Kapelusz, Buenos Aires, 1969, ps. 308; y a GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 4a. ed., Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 388.

¹⁵ GOLDSCHMIDT, op. loc. cit.

¹⁶ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea* (vers. esp. de ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO), Porrúa, México, 2000, p. 13.

deben gobernar los contratos y actos de la vida pública,¹⁷ también en QUIRÓS-EMILIANI, quienes enfatizan la estrecha relación entre la moral y el Derecho administrativo mas ello, en la específica área de la moralidad social.¹⁸

La tesis de la autonomía del recaudo ético o moral del acto administrativo genera, al menos, tres derivaciones de cierto peso en el ámbito iusadministrativista: una hace a cuestiones de género y especie; la otra, a nociones de seguridad jurídica; y la tercera, al deber de coherencia. Todos estos renglones confluirían en lo que puede esperarse de una buena administración.

Con relación a la primera derivación, se recordará la tesis marienhoffiana según la cual el acto administrativo, especie de acto jurídico, puede ser expresión de la voluntad de la Administración de un modo general (reglamentos) o particular (acto administrativo individual), incluyendo, entre los actos de alcance general o reglamentos, a los reglamentos autónomos y a los de ejecución (formal y sustancialmente), así como (formalmente) a los decretos de necesidad y urgencia y a los reglamentos delegados.¹⁹ Ello brinda, como resultado, la posibilidad de exigir el cumplimiento del recaudo moral en toda esta clase de actos, de enorme trascendencia pues, al ser de alcance general, afectan, potencialmente, a una enorme cantidad de administrados. Esa posibilidad de exigir el cumplimiento del recaudo moral sería, además, predicable respecto de otras especies de acto administrativo, tales como los bilaterales, los discrecionales.²⁰ En síntesis, así como no sería concebi-

¹⁷ FERREYRA, Ramón, *Derecho administrativo*, Pablo E. Coni, Buenos Aires, 1866, p. 238.

¹⁸ QUIRÓS, Herminio J. y EMILIANI, Rafael P., *Derecho administrativo. Adaptado el programa vigente en la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires teniendo por base las conferencias del catedrático titular de la materia Dr. Adolfo E. Orma*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1914, p. 33.

¹⁹ MARIENHOFF, *Tratado...*, cit., t. II, p. 222 y p. 227 y texto transcrito en n. 704, que corresponde a p. 227.

²⁰ Así, en el fallo "Martínez de Perón, María Estela y otros", Fallos: 303: 988 (1981), la disidencia del Dr. César BLACK invocó, expresamente, los "límites de orden moral" en el manejo de fondos reservados, que se hallaban, en cuanto a su disposición, comprendidos en la discrecionalidad que permitían el decreto ley 5315/56 y la ley 18302.

ble un *acto jurídico* —en sentido genérico— contrario a la ética o a la moral, tampoco podría imaginarse cualquier clase de actuación administrativa que se le opusiera.²¹

La segunda derivación hace a la noción de seguridad jurídica. Tanto en el campo jurídico como iusfilosófico se ha concebido que la moral nacería de conductas más o menos estables,²² de lo cual se inferiría que la inestabilidad de conductas podría minar no ya la seguridad jurídica o certeza en las relaciones sino la base moral de la relación. En ese contexto, podría considerarse una suerte de retroalimentación del sistema, tal que mayor estabilidad brinde mayor predictibilidad, mayor protección de los derechos y, en general, soluciones valiosas, en los términos aristotelianos ya referidos. Y la menor estabilidad de los actos concretaría un franco daño o gravamen a la moral.

La tercera inferencia que puedo formular —restringida a la ya reseñada "segunda acepción" del término *Ética*— se vincula con la doctrina de los propios actos, en especial, de los propios actos de la Administración. Enseña MAIRAL que existe un principio de coherencia en la actuación de la Administración, que implica que ella se halla en "la necesidad de observar, en el futuro, la conducta que los actos anteriores hacían prever".²³ De tal modo, no aparece, ante los ojos, una mera reiteración de conductas predecibles, sino algo más sustancial: la inter-vinculación de conductas, anteriores, y posteriores, de un mismo sujeto, v.gr., la Administración. Esta interpretación ha tenido acogida jurisprudencial.²⁴ Al igual que en el supuesto del párrafo precedente, la inobservancia del acto anterior minaría la faz moral del sistema y convertiría, al acto incoherente, en

²¹ En similar sentido, ESCOLA, Héctor J., *Compendio de Derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1984, t. I, p. 504.

²² MARIENHOFF, *Tratado...*, cit., t. I, p. 196, aludiendo a la estabilidad de conductas; HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 1997, ps. 175/178 ("Immunity from deliberate change").

²³ MAIRAL, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la Administración pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 5.

²⁴ Ampliar en CAPUTI, M. Claudia, "La coherencia del comportamiento administrativo", en *ReDA*, Depalma, Buenos Aires, 2004, t. 16, ps. 879/907, y jurisprudencia allí citada.

esencialmente inmoral. El acto, a su vez, debería ser coherente con los anteriores por razones de buena fe y de comportamiento leal en la Administración.²⁵ Allí radicaría la *fortaleza* de la Administración. Dicho deber de lealtad, en cabeza del órgano que corona la Administración, es de raigambre constitucional, como señala PUNTE.²⁶

En síntesis, según esta postura, la moral es un elemento autónomo exigible en el acto administrativo, y tal aserto tendría antecedentes en antiguos tratadistas. El recaudo moral se vincula con la estabilidad, y los actos estables resultan valiosos. De la existencia de un requisito moral en el acto administrativo se infieren: primero, su aplicabilidad a toda clase de actos formalmente considerados; segundo, su proyección en el renglón de la seguridad jurídica, de la certeza y de la estabilidad de los actos administrativos; tercero, su incidencia en la exigibilidad de actos administrativos coherentes, emanados de una Administración que se comporte lealmente.

2.2. Tesis de la dependencia del elemento moral o ético del acto administrativo

Para esta segunda postura doctrinaria, la moral o ética no es un elemento o exigencia del acto; sería sólo un mero ingrediente de alguno de los diversos incisos o recaudos o elementos del art. 7º, o un recaudo general del acto en tanto apreciado externamente. En otras palabras, la moral o ética no existiría como exigencia autónoma del acto administrativo. En tal sentido, puede citarse a GORDILLO,

²⁵ "Cía. Azucarera Tucumana SA. c/ E.N. s/ expropiación indirecta", Fallos: 312: 1725 (1989); "Martinelli, Oscar H. C. y otros c/ Coplinco Cía. Platense de Ind. y Ccio. S.A.", voto de los Dres. Enrique S. PETRACCHI y Eduardo MOLINÉ O'CONNOR, Fallos: 316: 3138 (1993). En similar sentido, con expresa invocación de la buena fe, "Astarsa-c/ Mrio. de Economía", Fallos: 329: 3537 (2006), con nota de PALACIOS, MARIANO, "Las garantías del administrado justifican el procedimiento administrativo. Una correcta aplicación del silencio administrativo a un caso complejo", en *ReDA*, Depalma, Buenos Aires, 2007, t. 19, ps. 469/492 y 493/508; también "Editorial Río Negro S.A. c/ Peia. de Neuquén s/ acción de amparo", Fallos: 330: 3908 (2007), cons. 6º del voto de la mayoría, citado por PUNTE, Roberto A., "La interrelación entre los temas éticos, las reglas jurídicas y las responsabilidades institucionales", en la base de datos jurídicos *El Dial*, DC1330, párr. 3.c).

²⁶ PUNTE, "La interrelación...", cit., párr. 4

quien, al explayarse acerca del objeto del acto administrativo, analiza los vicios en el objeto por "inmoralidad del objeto", en vinculación con el art. 953, C.C.²⁷ Se evidencia así la similitud con el pensamiento de DIEZ, para quien "la moralidad no es tampoco un elemento del acto administrativo. Es simplemente un carácter del contenido del mismo. El contenido del acto debe ser moral".²⁸ Puede destacarse que para ambos autores el elemento moral no resultaría ajeno, pero no se erigiría en elemento autónomo del acto administrativo.

FIORINI tampoco considera que la moral sea un elemento autónomo del acto administrativo. En efecto, según expresa con cuidadoso detalle, la moralidad anidaría en el mérito del acto: "La actividad administrativa, al aplicar el principio de la moralidad, [realiza este principio] en forma práctica, a través del mérito del acto".²⁹ Para el citado jurista, el acto meritorio —v.gr., el acto útil, oportuno, conveniente— será acto justo, y así lo exigiría la jurisprudencia del Consejo de Estado italiano que cita para fundar su aserto.

Yendo más allá en el pasado, tampoco Villegas Basavilbaso³⁰ o Bielsa³¹ sostienen la autonomía de la moral en el campo que nos ocupa. La postura del primero se infiere a partir de que, en que en su Tratado, no se estudia el acto administrativo, con lo que no se expide expresamente sobre la cuestión. En cuanto al segundo, si bien se explaya acerca del acto administrativo, no alude a la ética o a la moral como elemento del mismo o como elemento incorporable a alguno de sus recaudos; y puedo agregar que detecto que sólo muy tímidamente alude a una relativista

²⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, 9a. ed., FDA, Buenos Aires, 2007, p. VIII-29 y ss.

²⁸ DIEZ, Manuel María, *Derecho administrativo*, 2a. ed. renov y act., Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, t. II, p. 265.

²⁹ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, 2a. ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 384.

³⁰ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, TEA, Buenos Aires, 1949, ts. I-VI.

³¹ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo. Legislación administrativa argentina*, 4a. ed., El Ateneo, Buenos Aires, 1947, t. I, p. 30, n. 88.

relación entre los valores y la actuación administrativista al apuntar: "Toda actuación en el campo del derecho administrativo tiene que compenetrarse con la vida propia del Estado o de las otras comunidades; su misión consiste en conocer las tendencias valorativas que le son propias [se omite cita]".³² En similar línea se halla Linares, para quien la justedad no integra el acto mismo como un elemento sino que hace a la totalidad del acto,³³ y para quien tampoco se incluye, como elemento, a la moralidad y a la buena fe,³⁴ pues ambas se valorarían como justicia, y no como elementos autónomos.

En síntesis, según las opiniones recabadas en este acápite, la ética o moral no aparece como elemento autónomo del acto administrativo pues se manifestaría por medio de alguno de los recaudos del acto, o aparecería ínsita en alguno de sus caracteres.

3. MI OPINIÓN

Entiendo que, más allá de la postura que se adopte respecto de la autonomía de la ética o moral como elemento del acto administrativo, o respecto de su dependencia respecto de alguno de los elementos del mismo, puede elaborarse una interpretación conforme la cual cada uno de los elementos o requisitos del acto, escritos en los diversos incisos del art. 7º, puede ser leído desde una mirada ética o moral. Esta mirada ética o moral poseerá la virtud de brindarles un significado ético o moral de importancia al momento de la interpretación de dichos recaudos, corporizados en el acto administrativo como toma de decisión, a la luz de los antecedentes que surgen del expediente administrativo.

Ello no significa, como sostendrían DIEZ y GORDILLO, buscar el componente o ingrediente moral que puede canalizarse por medio de cada uno de los recaudos, haciendo

³² BIELSA, *Derecho administrativo...*, op. loc. cit.

³³ LINARES, Juan Francisco, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 265.

³⁴ LINARES, *Fundamentos...*, cit., pp. 267-268.

depender —en cierta forma— su existencia del recaudo tal o cual. Antes bien, implicaría desentrañar el *bien* perseguido por cada uno de esos recaudos o requisitos, para dejar en evidencia la relevancia no sólo jurídica sino también moral del recaudo que se estudie.

Para ejemplificar este enfoque podemos detenernos en lo que significa, para el administrado, conocer las razones de la Administración al dictar un acto, significado que —cabe adelantar— trasciende el mero cumplimiento del recaudo escrito en el art. 7º, inc. e), L. 19549. Veamos:

Se ha señalado que "Los estados de ignorancia o de error no son deseables, no son valiosos; en cambio el conocimiento —como base de sustentación de la ulterior acción— y la verdad son valiosos, son bienes humanos básicos".³⁵ Desde esta plataforma, se advierte que el recaudo de motivación del acto administrativo puede proteger el bien básico *conocimiento o verdad* que merece el administrado, en la medida en que comunique, a éste, de manera coherente y cohesiva, las razones de hecho y de derecho que llevan a su dictado. Si cumple con proteger esos dos bienes, brindará adecuado sustento a la ulterior decisión que el administrado adopte, por ej., en punto a recurrir el acto y cómo. Si ignora esos dos bienes básicos, dejará de ser base de sustentación para la ulterior acción del administrado: ninguna fuerza brindará para dirigir u orientar la decisión de recurrir y cómo hacerlo, transformándose el respectivo recurso en un trámite baladí, carente de sentido. Se puede inferir, de este modo, que, al momento de proyectar los considerandos del respectivo acto administrativo, se debe rendir honor a la verdad —que, para la Administración, será la verdad objetiva—³⁶ y al conocimiento que le permiten, al administrado, alcanzarla, y actuar.³⁷ El conocimiento y la verdad serían dos de los bienes

³⁵ Sigo, en esta afirmación, a GÓMEZ-LOBO, Alfonso, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Mediterráneo, Santiago y Buenos Aires, 2006, ps. 40/43.

³⁶ Art. 1.f.2., L. 19549.

³⁷ Por cierto, en lo mediato, la motivación permitirá la optimización de la revisión judicial y, en general, facilitará la revisión judicial del acto. De allí lo disvalioso de la práctica de elaborar actos de alcance general en expedientes que carecen de los antecedentes fácticos suficientes.

que el recaudo de motivación trasunta. La verificación de cumplimiento del art. 7º, inc. e), LPA, comprendería así no sólo la confrontación con lo normado en dicho inciso sino, además, la tutela de aquellos dos bienes.

Siguiendo el esquema de análisis apuntado, entonces, es que procedo a repasar cada uno de los incisos del artículo 7º.

3.1. *Recaudo de competencia*

Según el inciso a) del precitado artículo, el acto administrativo debe ser dictado por autoridad competente. La palabra competencia, utilizada en este inciso, tiene ecos iuspositivistas, kelsenianos, si se quiere. Formaría parte de la trilogía órgano-procedimiento-contenido acerca de la cual se expone Kelsen en su *Teoría Pura*.³⁸

Empero, sin perjuicio de esa faz normativista, el recaudo de competencia tiene su sólido anclaje ético. Esta afirmación se funda —cabe adelantar— tanto en la tradición aristotélica como en interpretaciones posteriores.

Como se recordará, enseña ARISTÓTELES que la virtud es “un hábito selectivo, consistente en una posición intermedia para nosotros, determinada por la razón y tal como la determinaría el hombre prudente”.³⁹ En otras palabras, la virtud sería un término medio. Desde esta perspectiva, la competencia para el dictado del acto administrativo parecería ser el término medio entre dos conceptos conocidos: por un lado, el poder, entendido como abstracción casi inasequible, totalizadora, por un lado; y el desorden o caos, entendido como un estado de cosas en el cual todos quieren poderlo todo.

En esta línea de pensamiento, y privilegiando una visión que privilegia los valores, HAURIU concibe a la competencia como un “elemento intelectual, una cualidad es-

³⁸ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, (Roberto J. VERNENGO, trad. de la edición de 1960), Porrúa, México, 1997, cap. V, sobre “Dinámica jurídica”, p. 240: “Las normas generales aplicables por los órganos (...) administrativos tienen, por ende, una doble función: 1) determinar esos órganos y los procedimientos que deben observar, y 2) determinar el contenido de las normas individuales producidas en esos procedimientos (...) administrativos”.

³⁹ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea...*, cit., p. 23.

pecial de la inteligencia, que le permite, al jefe [de la organización] abarcar todos los problemas propios de la empresa de gobernar, y darle, a cada de ellos, la importancia que merece. Unas [competencias] las desempeña él mismo; otras, por ser técnicas, recaen en especialistas...”. Enseña HAURIU que compiten, en el plano del poder, el *poder de dominación*, y la *autoridad política-competencia*; según preva- lezca el uno o la otra, habrá poder de hecho o poder de derecho; ello le permite, al citado autor, concluir que, cuando hay poder de derecho, el poder de la voluntad se halla subordinado al *valor* de la voluntad.⁴⁰

También se ha vinculado —en el pensamiento poste- rior a ARISTÓTELES, y en especial en la tradición tomista— a la competencia con el elevado fin de obtención del Bien común.⁴¹ La farragosa formación de costumbres para supe- rar los problemas de coordinación que puedan aparecer en el camino esa obtención sería desplazada por la interven- ción de ciertas autoridades dotadas de competencia para gobernar. En tal sentido, FINNIS afirma que “la necesidad de que alguien, o de que algún órgano, dirima los conflic- tos de coordinación con mayor rapidez y certeza”, es *evidente* tanto en una comunidad dotada de gente energética e inventiva en la prosecución de sus propios bienes comu- nes, como en una comunidad amenazada por desastres militares, económicos o ecológicos. Según el citado iusfiló- sofo, entonces, la autoridad (y la competencia para gober- nar), en esa comunidad, será ejercida por aquellos que puedan, eficazmente, dirimir problemas de coordinación para esa comunidad, en pos de la prosecución del bien común.⁴² De ello se sigue —siguiendo a SANTIAGO—⁴³ que una actuación pública que no se fundamente en el bien común, o lo contraríe, deviene ilegítima.

⁴⁰ HAURIU, Maurice, *Principios de Derecho público y constitucional*, (trad. de Carlos RUIZ DEL CASTILLO), 2a. ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1927, p. 183.

⁴¹ Acerca del concepto de bien común, y de su acuñación por TOMÁS DE AQUINO, ampliar en MASSINI CORREAS, Carlos I., *El derecho natural y sus dimensio- nes actuales*, Abaco, Buenos Aires, 1999, ps. 195-196.

⁴² FINNIS, John, *Natural Law, Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 245 y ss.

⁴³ SANTIAGO, *Bien común...*, cit., p. 35.

Si se enfatiza el elemento de ubicación de la autoridad dotada de competencia —en grado de coordinación respecto de esos problemas— se advertirán puntos de contacto con la concepción del esquema de cooperación que propone Rawls.⁴⁴ Sin embargo, el esquema de cooperación rawlsiano apunta a lograr la justicia social,⁴⁵ no el bien común. Rawls ubica, a la competencia, entre los caracteres básicos de la institución social que, en un esquema de cooperación, orienta la justicia social,⁴⁶ al tiempo que Finnis asocia, a la competencia, a la autoridad

Pueden compararse estas posturas con la de BARRA, en nuestro país, para quien la prosecución del bien común se halla sujeto a recaudos verticales y horizontales: en lo vertical, depende de que se respeten las competencias objetivas; en lo horizontal, determinando comportamientos individuales buenos en comparación con ese bien común.⁴⁷

Se adopte la postura de la coordinación horizontal, o de las limitaciones horizontales y verticales, puede invARIABLEMENTE inferirse que la obligatoriedad en el ejercicio de la competencia —consagrada en la norma positiva—⁴⁸ significa que lo que se perseguirá, en forma obligatoria, es la justicia social (siguiendo a RAWLS) o el bien común (en la interpretación de FINNIS o BARRA).

Para concluir estas reflexiones sobre la faz ética del recaudo de competencia, puedo apuntar —desde una perspectiva práctica— que BALBÍN señala supuestos, de interés académico para el recaudo aquí tratado, en los que, bajo la Ley de Ética Pública 25188, se asignan efectos jurídicos

⁴⁴ RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, (trad. de M. Dolores GONZÁLEZ), Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pp. 75-78.

⁴⁵ RAWLS, *Teoría...*, op. loc. cit.

⁴⁶ RAWLS, *Teoría...*, cit., pp. 75-76.

⁴⁷ BARRA, Rodolfo C., *Principios de Derecho administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 1980, p. 45.

⁴⁸ Art. 3°, L. 19549: "La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario". (El resaltado no es del original)

al ejercicio de una competencia que debería haber sido declinada o renunciada u objeto de excusación. La citada ley —puede afirmarse— quiere que se obtenga el bien común, no el bien del funcionario que se dice competente, y es por eso que se exige que, por ej., se abstenga de tomar intervención "durante su gestión, en cuestiones (...) relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos 3 años",⁴⁹ con eventuales sanciones de nulidad absoluta del respectivo acto que contraviniere ese precepto.⁵⁰ Es que no puede haber coordinación en pos del bien común si sólo hay parcialidad, si sólo se privilegia el interés propio.

En síntesis, el recaudo de competencia, no obstante su sólido linaje normativista, posee su anclaje ético. El mismo puede inferirse mediante una concepción aristoteliana (competencia como término medio entre poder y desorden; siguiendo a la doctrina de HAURIION, en tanto poder de derecho poder de derecho significa subordinación del poder de la voluntad al *valor* de la voluntad; o bien mediante la opinión de aquellos autores para los cuales la competencia permite establecer relaciones que permiten concretar la justicia social o el bien común (RAWLS, FINNIS, BARRA, SANTIAGO).

3.2. *Recaudo de causa*

El inciso b) del art. 7° establece que el acto administrativo debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa, y que debe sustentarse en el derecho aplicable. Pero no se trata, simplemente, de exigirle, al acto, que tenga causa, sino que dicho elemento puede ser visualizado desde su significado práctico, moral, adquiriendo especiales dimensiones. Veamos:

Considerando al acto administrativo como *acción* en sentido aristoteliano, puede identificarse a los "hechos y antecedentes" mencionados en el inciso en cuestión, con

⁴⁹ Conf. art. 15, L. 25188.

⁵⁰ BALBÍN, Carlos E., *Derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, pp. 135-136

la *causa eficiente* —ó causa fuente— de aquél. Como se recordará, ARISTÓTELES reparó en “[e]l principio de la acción —hablo de la causa eficiente, de que procede el movimiento, no de la causa final (...)”.⁵¹ Los hechos y antecedentes que brindan causa al acto administrativo van a corresponderse, como es de imaginar, y respectivamente, con acontecimientos del pasado y con información originada en el pasado. Dado que, siguiendo las enseñanzas aristotelianas, “[n]o puede deliberarse sobre lo pasado, sino sólo sobre lo futuro y contingente, porque lo pasado no puede no haber sucedido”,⁵² esos acontecimientos pretéritos y la información generada en el pasado no podrían nunca ser modificados o alterados o soslayados al producirse el acto. En otras palabras, al hallarse fuera de deliberación, resultarían ser, desde el punto de vista del discurso, indisponibles.

El Derecho aplicable, exigido por el inciso, debe ser el Derecho justo pues, caso contrario, se admitiría que cualquier norma, incluso la que no es recta, sea aplicada a los hechos y antecedentes involucrados. En otras palabras, el Derecho aplicable debe ser aceptable para Administración y administrado, esto es, razonable,⁵³ tal que se obtenga un resultado justo.

Siguiendo la enseñanza aristoteliana, como la causa eficiente de la acción es la elección, y como la causa eficiente de la elección es el apetito y el raciocinio en vista de un fin, no puede haber elección sin entendimiento o pensamiento sin un hábito moral.⁵⁴ De lo dicho se infiere que exigir, en el acto, la presencia de una causa que implique sustentación en los hechos y antecedentes, así como en el Derecho aplicable, implicaría también que se concrete algo que considero a todas luces valioso: la manifestación de un

⁵¹ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea...*, cit., p. 75.

⁵² ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea...*, op. loc. cit.

⁵³ Ampliar, con provecho, en ZAMBRANO, Pilar, “El Derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, en *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica*, Universidad de La Sabana, Chía, Colombia, 2009, N° 18, ps. 110/133, donde define a lo razonable en función de lo aceptable.

⁵⁴ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea...*, op. loc. cit.

hábito moral en la elección y en la ulterior acción que el acto trasunte.

Por cierto, existe doctrina⁵⁵ conforme a la cual el inciso aquí analizado no se referiría a la causa eficiente sino a otra clase de causa; en tal sentido, se ha afirmado que “[c]on relación a la ‘causa fuente’, ella deviene del concepto aristotélico de la causa eficiente, debiéndose señalar ciertas diferencias que obedecen a la distinta configuración de los derechos públicos y privado (...). Si se pretendiera hablar de ‘causa fuente’ en el Derecho administrativo, en el sentido que le asigna el Derecho civil, es decir, en el campo de las obligaciones, habría que señalar que la obligación del administrado tiene, por ejemplo, origen en el acto administrativo o en las normas legales o reglamentarias, pero no en los antecedentes de hecho y de derecho que anteceden al acto o la norma, y justifican su existencia”.⁵⁶

A todo evento, puede citarse una jurisprudencia —a fuer de verdad, aislada— conforme a la cual dicho inciso se referiría a la causa eficiente del acto: “la simple manifestación de que ‘reviste carácter de pública notoriedad la situación de conflicto que se ha suscitado en el ámbito de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas’ no llega a cubrir lo requerido por el art. 7° inc. b), de la ley 19.549, puesto que no configura una *causa cierta, concreta y eficiente* como para calificar de reprochable la conducta de los fiscales adjuntos (art. 2° de la ley 21.385)”⁵⁷ (el resaltado no es del original).

De acuerdo con lo dicho, la causa eficiente del acto hace que tributen, en la acción que el acto traduce, tanto los antecedentes e información generados (indisponibles), como el Derecho aplicable (justo, aceptable, razonable). La ponderable presencia de un hábito moral se verifica en el entendimiento o pensamiento que preceden a la elección

⁵⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 8a. ed. act., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, t. II, pp. 192-193.

⁵⁶ CASSAGNE, *Derecho administrativo...* cit., t. II, ps. 192/193.

⁵⁷ “Solá, Roberto y otros c/ EN - PEN s/ empleo público”, Fallos: 320: 2509 (1997), voto del Dr. Gustavo A. Bossert.

previa a la acción que el acto administrativo traduce. La doctrina no es uniforme en punto a que el inciso estudiado se refiere a la causa eficiente; jurisprudencia aislada recepta tal inteligencia.

3.3. *Recaudo de objeto*

También se exige que el objeto del acto administrativo sea cierto, física y jurídicamente, y que decida todas las peticiones formuladas, pudiendo involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos.

Con respecto al objeto, se recepta parcialmente el art. 953, C.C. pues de la lectura de este artículo se infiere que no se incluye —entre otros extremos— lo relativo a moral y buenas costumbres⁵⁸ que el objeto del acto debería respetar. Esta exclusión parcial, empero, deviene fútil si se comparte la postura de MARIENHOFF ya apuntada,⁵⁹ en el sentido de que la moral es un elemento autónomo del acto administrativo,⁶⁰ con lo cual la inexigencia de moral en el objeto del acto no empañaría la exigibilidad de moral en el acto administrativo mismo.

Desde la faz ética del recaudo en cuestión, puede advertirse la adecuación de conceptos aristotelianos a la definición de los bordes morales del recaudo de objeto. Aristóteles⁶¹ se explaya acerca del proceso de toma de decisión mediante conceptos plenamente aplicables al acto administrativo como decisión ó elección, como acción ó actuación. Y nos sorprende al involucrar a muchos de las precisiones, relativas al objeto, enumeradas en el inciso en estudio, en ese proceso:

⁵⁸ "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto".

⁵⁹ Ver sección 0.0., *supra*.

⁶⁰ MARIENHOFF, *Tratado...*, cit., t. II, pp. 349-353.

⁶¹ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea...*, cit., pp. 29-33.

Hay que tratar lo que se refiere a la preferencia volitiva o elección. ... [L]a elección, no puede recaer sobre lo imposible (...). Deliberamos, entonces, sobre las cosas que dependen de nosotros y que podemos hacer. Y si tropezamos con lo imposible, desistimos, como cuando no podemos conseguir los recursos que necesitamos; pero si es posible, actuamos. Son posibles las cosas que pueden hacerse por nuestra intervención, o incluso por la de nuestros amigos, que es como si las hiciésemos nosotros, ya que en nosotros está el principio de la acción. Deliberación y elección tienen el mismo objeto, salvo que el de la elección ya esté determinado, puesto que lo decidido tras la deliberación es lo que se elige. ... Siendo lo elegible algo que está a nuestro alcance y que deseamos después de haber deliberado, entonces la elección podría ser el deseo deliberado de lo que depende de nosotros, toda vez que, cuando decidimos después de haber deliberado, deseamos algo conforme a la deliberación.

También suscita reflexiones del plano de la ética la manda legal conforme la cual el acto debe tener un objeto tal que tome decisión respecto de "todas las peticiones formuladas". Esta exigencia puede ser visualizada como una exigencia de congruencia, entendida ésta como "conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio",⁶² lo cual no es sino cumplir con la exigencia de coherencia interna en el expediente administrativo en el cual se produce el acto administrativo. Así como en el discurso corriente se va de lo general a lo particular; se afirma y se ejemplifica; se expone el problema y se propone su solución; o se formula un interrogante y se esgrimen las respuestas; de igual modo, formuladas las peticiones, se debe brindar una decisión acerca de todas ellas.

Pienso que nada es más contrario al reconocimiento de la dignidad humana que privar, al administrado peticionante, de una decisión acerca de lo peticionado. Enseña GÓMEZ-LOBO⁶³ que "[l]a dignidad puede ser menoscaba por

⁶² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., versión online, <http://www.rae.es/rae.html>

⁶³ GÓMEZ-LOBO, *Los bienes humanos...*, cit., pp. 60-61

cierto tipo de acciones... Tratar a un ser humano como mero instrumento para obtener otros fines, por laudables que puedan éstos ser, es violar su dignidad". Pues bien, si se proyecta y se produce y comunica un acto que deja sin respuesta peticiones formuladas previamente, se facilita un fin disvalioso en extremo: impedir la congruente o coherente impugnación. Asimismo, si el conocimiento es la verdad,⁶⁴ al resolverse todas las peticiones, el administrado conoce la decisión administrativa, y se protege el bien veracidad; al tiempo que, al dejarse peticiones huérfanas de resolución, se veda el conocimiento y se abre un abismo ante la verdad, que, en el ámbito de la Administración, es trascendente pues ésta debe bregar por que siempre se alcance la verdad jurídica objetiva.⁶⁵

De acuerdo con lo dicho, en el proceso de adopción de la elección que precede a la acción que el acto administrativo involucra, ya desde las enseñanzas aristotelianas se propicia soslayar un objeto imposible y preferir aquello que sí se puede hacer y que es determinado. De otra parte, el deber de decidir acerca de todas las peticiones formuladas es manifestación de una manda de congruencia, y, al cumplirse, permite que se tutele la dignidad humana y el acceso a la verdad.

3.4. Procedimientos

Exige el art. 7º, inc. d) que, antes de la emisión del acto administrativo, se cumplan "los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos".

Como puede advertirse, dos son los elementos preponderantes en este inciso: los procedimientos previos, y, según los casos, el previo dictamen jurídico. Ello guarda ple-

⁶⁴ GÓMEZ-LOBO, *Los bienes humanos...*, cit., p. 40.

⁶⁵ LPA, art. 1.º F.2, L. 19549.

no arreglo con los pasos que preceden a la decisión o elección en términos aristotelianos. En efecto, para la elección —que precede a la acción— hace falta, según Aristóteles, además de la deliberación, la adopción de *procedimientos*, y el *asesoramiento específico*, especializado:

[C]uando tenemos que decidir asuntos de importancia recurrimos a consejeros, porque desconfiamos de nuestro propio criterio. No deliberamos sobre los fines sino sobre los medios. ... Nadie, en materia alguna, delibera sobre el fin sino que, una vez que se lo ha propuesto, considera cómo y por cuáles medios alcanzarlo: si parece posible obtenerlo por muchos medios, se averigua cuál es más fácil y mejor; si no hay sino un sólo medio disponible, cómo se logrará mediante éste, y después el procedimiento para lograr este último (...). [T]oda deliberación es una investigación.⁶⁶

Ello significa que toda toma de decisión es deliberativa, que esa deliberación se lleva a cabo en un procedimiento, y que, en esa deliberación, como el propio criterio no alcanza, deben participar consejeros expertos. Es que hay que saber para elegir, como apunta VEATCH, o elegir sabiendo.⁶⁷ Si un acto libre es aquel que es deliberado, es decir, "previamente pensado o meditado",⁶⁸ los procedimientos previos —incluyendo el dictamen esencial— deberán transitar, en la deliberación, el camino de la investigación, el pensamiento y la meditación. De esta manera —entendiendo— se le exige, al emisor del acto, que sepa pues "a ciegas no se puede hacer nada".⁶⁹

En pocas palabras, el recaudo de procedimientos previos, y, según los casos, de previo dictamen jurídico guarda pleno arreglo con las exigencias previas a la elección —que

⁶⁶ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea...*, cit., p. 32.

⁶⁷ VEATCH, Henry B., *The Rational Man. A Modern Interpretation of Aristotelian Ethics*, Liberty Fund, Indianapolis, 1962, reprod. facsim., 2003, p. 84.

⁶⁸ MILLÁN PUELLES, ANTONIO, *Persona humana y justicia social*, Rialp, Madrid, 1982, p. 13.

⁶⁹ POLO, LEONARDO, *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*, 2a. ed., Unión, Madrid 1997, p. 107, donde se refiere a la acción, y donde afirma que lo primero que hay que pedirle a quien actúa es que sepa; ídem en p. 184, donde, con cita de Tomás de Aquino, afirma: "lo primero que se ha de pedir al que actúa es que sepa".

precede a la acción— propuestas por Aristóteles: deliberación, en especial sobre los medios, investigación, pudiéndose acudir a consejos especializados. El acto administrativo trasuntará, además de la deliberación e investigación, el pensamiento y la meditación previas, que se pueden concretar en los procedimientos previos y, en su caso, en el dictamen jurídico.

3.5. Motivación

Que el acto administrativo deba hallarse motivado significa, como lo expresa el inciso e), que debe expresar, "en forma concreta, las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo", v.gr., debe consignar "[la sustentación] en los hechos y antecedentes que le sirven de causa", así como [la sustentación] en el derecho aplicable".

En lo principal, este inciso exige la expresión de la causa, v.gr., la exposición de las razones de hecho y de derecho del acto. Al efectuarse esa exposición, se satisface la afición de saber de todo ser humano; como señala POLO, recordando a ARISTÓTELES, "todos los hombres desean por naturaleza saber. El afán de saber es una virtud",⁷⁰ lo cual justifica plenamente la necesidad de la mentada exposición de razones.

De esta manera, así como se puede hallar un fundamento moral para el conocimiento que rodea a la deliberación y meditación que preceden a la acción (ver 00), también se halla un fundamento moral en la exposición que permite, a los administrados, saber las razones del acto.

Entiendo que el recaudo de motivación protege la dignidad humana⁷¹ pues vela por diversos aspectos de la realización humana. Así, la motivación vela tanto por el bien "transparencia" (pues las razones deben ser expresadas, comunicadas), como por el bien "racionalidad" (pues se exigen razones, no pareceres ni caprichos). Desde esta

⁷⁰ POLO, *Ética...*, cit., p. 107.

⁷¹ Sobre el concepto de dignidad humana se sigue GÓMEZ-LEISO, *Los bienes humanos...*, cit., pp. 60-61.

perspectiva, privar al administrado del acceso a las razones del acto equivaldría a subsumirlo a una condición infrahumana; a desconocer el valor intrínseco de la persona humana. Y al hallarse en juego un bien transparencia, se impone hacer visibles, a los ojos del administrado, las razones del acto administrativo. Sabido es que pueden expresarse o comunicarse, en los considerandos del acto, apreciaciones que reflejan mecánicamente las constancias del expediente, o que transcriben literalmente normas o pasajes de precedentes jurisprudenciales o de doctrinas, sin hacer posible la mentada "visibilidad".

Es claro que los bienes protegidos vedan la viabilidad moral de la denominada motivación *in aliunde* y la de la motivación que se integra con las manifestaciones vertidas al responder el informe del art. 8° de la L. 16986.⁷²

Así concebida, la motivación, en su faz ética, trasunta el "respeto"⁷³ de la Administración hacia todas las personas, que son —de acuerdo a lo expresado en el Preámbulo de la Constitución Nacional previa invocación de la protección del Dios.—⁷⁴ merecedoras no sólo de toda "justicia" sino también de toda "razón". Como la motivación es la expresión de las razones de la decisión, al triunfar en comunicar o hacer saber o hacer visibles esas razones, viene a concretar una aspiración constitucional trascendental.

De acuerdo con lo dicho, la motivación vela por la transparencia, la racionalidad, la dignidad humana y puede sintetizarse como el "respeto" de la Administración hacia todas las personas, físicas y jurídicas, respeto que, de acuerdo con lo dicho, poseería linaje constitucional.

⁷² Ampliar en nuestro "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en AAVV, *Acto Administrativo y Reglamento*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. Cs. de la Administración, Buenos Aires, 2002, pp. 65/92.

⁷³ El respeto, en tanto tratamiento debido, es propuesto, como uno de los fundamentos del deber de dar razones de la Administración, por GALLIGAN, D. J., *Due Process and Fair Procedures - A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 433.

⁷⁴ Sobre esta invocación ver, con provecho, GELLI, María Angélica, *Constitución de la nación argentina - Comentada y concordada*, 3a. ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 5, donde se destaca la concepción teísta de la Constitución, sin por ello ser ésta ni atea ni neutra ni confesional.

3.6. Finalidad

Dice este inciso: "[H]abrará de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto (...)".

Como se expusiera más arriba, el acto administrativo trasunta una decisión, una elección, y en ocasión de elegir, deliberamos, y

no deliberamos sobre los fines sino sobre los medios... Nadie, en materia alguna, delibera sobre el fin sino que, una vez que se lo ha propuesto, considera cómo y por cuáles medios alcanzarlo: si parece posible obtenerlo por muchos medios, se averigua cuál es más fácil y mejor; si no hay sino un sólo medio disponible, cómo se logrará mediante éste, y después el procedimiento para lograr este último, hasta llegar al primer factor causal, que es el último en el proceso de descubrimiento.⁷⁵

Desde esta perspectiva, el acto administrativo quedaría íntegramente inmerso en la arena de los fines, y de los medios para conseguirlos. La cuestión es trascendente: el acto administrativo es acción, precedida de deliberación y elección; y esa deliberación podría inclinarse ciegamente ante los fines, y desvirtuarse en pos de la derecha obtención de éstos últimos, o bien podría conducir a la obtención de fines no queridos.

A su vez, el mentado inciso requiere que "las medidas que el acto involucre [sean] proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad", lo cual implica estudiar la razonabilidad o proporcionalidad de aquéllas.

Todo ello lleva a considerar: primero, la ubicación de los fines y de la finalidad; segundo, su relación con la competencia pues la norma transcripta alude a "facultades pertinentes"; tercero, lo relativo a la proporcionalidad o razonabilidad. Todo ello, tomando como base el proceso de toma de decisión aristoteliano al que ya he acudido en las

⁷⁵ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*..., cit., p. 32.

secciones anteriores de este trabajo, y adentrándonos en la doctrina especializada.

1. Fines. Finalidad: El inciso emplea los términos finalidad y fines en sentido equivalente; a nivel del lenguaje natural, ambos términos son intercambiables.

Suele enseñarse que el hombre, a diferencia de otras especies, puede conocer las relaciones entre medios y fines.⁷⁶ Dado que el hombre es un agente libre,⁷⁷ y dado que "todos los actos específicamente humanos son realizados por un fin",⁷⁸ se infiere que todo acto, emanado de la libre voluntad, se produce de acuerdo al fin, que, de acuerdo a lo dicho, es cognoscible. Dicho de otra manera, dado que todo acto libre armonizará con el fin, será el fin el que brinde su especie al acto humano.⁷⁹ De esta manera, el acto administrativo, como acción, siempre tendrá un fin. Ahora, determinar la adecuación del fin implicará tender la mirada hacia la competencia.

2. Relación con la competencia: Trasladando lo dicho al acto administrativo, la libertad humana sería asimilable —con reservas, es claro— a la competencia, de fuente legal, que asiste al emisor del acto. En este punto, podría argüirse que la libertad es la regla únicamente entre las personas físicas. Empero, se advierte que, más allá de que el acto administrativo emane de quien no cuenta con libertad sino con competencia, la ley positiva quiere que se persiga el fin que el acto justifica; además, como señala De la Riva, los órganos poseen cierta libertad, si se quiere, al ejercer facultades discrecionales.⁸⁰ Se adopte una u otra óptica, será la justificación, entonces, la que brinde cauce a la competencia, en pos de un fin que el acto o acción posibilitan.

El fin, en tanto justificado, se hallaría fuera de deliberación, y posibilitaría la acción. Y como la competencia es

⁷⁶ BASSO, *Ética*..., cit., p. 21.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁸⁰ DE LA RIVA, Ignacio M., "Algunas reflexiones en torno del bien común y la discrecionalidad administrativa", en *RAP*, Buenos Aires, 2000, núm. 258, pp. 9-20, esp. p. 9 y pp. 11 y 14.

coordinación para el bien común⁸¹ o justicia, la finalidad será —por definición legal— la que resulte de la confrontación no ya de las normas de coordinación para el bien común o justicia (lo cual sería de la arena del inc. a) del art. 7°), sino la que resulte de la confrontación con la finalidad ínsita en las normas atributivas de competencia.

De esas dos clases de confrontaciones podría darse el resultado de que un acto sea producido dentro de la competencia del emisor, pero incumpliendo el recaudo de finalidad. Considérese, a modo de ejemplo, el dejar sin efecto una licitación por así permitirlo el respectivo pliego aprobado. Cuando el pliego permite dejar sin efectos la licitación, la finalidad prevista es la de velar, en definitiva, por la integridad del erario público, que es el erario de todos los contribuyentes: sea por lograr la eficiencia en la contratación evitando concluir un contrato inconveniente, o neutralizando los efectos de un cambio de apreciación acerca del mérito de la necesidad que origina la licitación, entre otros fines. Entre esos fines no se incluye la satisfacción de intereses ajenos a esa integridad, como ser el pedido informal (formulado ante el funcionario competente) de quien no alcanzó, en los hechos, a presentar su oferta en término. Dejarla sin efectos por esta sola razón —pedido informal del interesado que no llegó a ofertar— en tanto acreditada, concretaría un acto emitido con un fin distinto del previsto por las normas que habilitan su dictado, esto es, una desviación de poder.⁸²

3. Proporcionalidad o razonabilidad: El inciso bajo estudio alude no sólo a la finalidad que debe perseguir el acto, sino que también regla lo relativo a las medidas que el acto involucre: las medidas que el acto conlleve deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad. De tal modo, se ponen en juego varios elementos, a saber: medidas (involucradas en el acto); finalidad (emergente de la confrontación con los fines ínsitos en las normas atribu-

⁸¹ Sección 00, supra.

⁸² Ampliar en COMADIRA, Julio R. (MONTI, Laura M., colab), *Procedimientos administrativos. Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2002, t. I, pp. 328/330.

tivas de competencia, enderezadas a la coordinación para el bien común); proporción.

Considerando esos diversos elementos, el análisis de la faz ética de la proporcionalidad o razonabilidad requerida en el inciso puede ser encarado de la siguiente manera: a) apreciando la articulación entre la finalidad y las medidas; b) reparando en la incidencia de la elección de medidas; c) adentrándonos en el juego de medidas, proporción y finalidad, o proporcionalidad, y los *subtests* pertinentes. A partir de esas someras ideas se pueden considerar d) los límites morales al *subtest* de costos y beneficios; así como e) la relación entre razonabilidad o proporcionalidad y la justicia, y el respectivo rol de la Administración.

a) *Articulación entre finalidad y medidas:* Al aludirse a la proporción entre medidas y finalidad ("las medidas... debe ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad...") se advierte que la norma veda —como se expusiera antes— no ya la actuación *ultra vires*, es decir, más allá de la competencia, sino la actuación con una finalidad no querida por las normas atributivas de la competencia. Será el bien común o justicia que las normas de competencia realicen el que se proyectará sobre las medidas, y echará luz sobre la valoración del fin ínsito en la competencia perfeccionada en el acto administrativo. Ese fin integra la legalidad del acto,⁸³ y, por ende, coadyuva a la legalidad administrativa o sujeción de la Administración a la ley.⁸⁴

b) *Incidencia de la elección:* De otra parte, las medidas involucradas en el acto deparan decisión o elección, esto es, la elección de cuáles medidas realizar mediante el acto. Entiendo que aún en los actos más reglados habrá interpretación de normas, y como la interpretación no es una ciencia exacta, siempre quedará espacio para elegir o al menos valorar, en la etapa de proyecto o elaboración del

⁸³ CASSAGNE, *Derecho administrativo...*, cit., t. II, p. 210.

⁸⁴ Para GOVIELLO, Pedro J. J., "Los valores jurídicos en el Derecho administrativo", en la base de datos jurídicos *El Dial*, DCFEE, cap. C., del valor Estado de Derecho se derivan el principio de legalidad administrativa, el principio de razonabilidad o proporcionalidad, el principio de responsabilidad estatal, y el principio de participación ciudadana.

ulterior acto, las diversas medidas posibles involucradas. Mas esa labor de interpretación también debe cumplir con la razonabilidad, v.gr., ser razonable.⁸⁵ No se puede interpretar irrazonablemente.

c) *Articulación entre medidas, proporción y finalidad o proporcionalidad.* *Subtests:* Las medidas, según el texto del inciso, son las que deben estar en cierta proporción con respecto a la finalidad. Si la finalidad es el fin, las medidas serían los medios (elegidos). En este escenario, proporción entre medios y fines sería sinónimo de *juicio de proporcionalidad*.

Verificar la proporcionalidad —que es asimilable a razonabilidad— implica llevar adelante ciertos *subtests*, o analizar ciertos subprincipios ínsitos en el principio general de razonabilidad.⁸⁶ CIANCIARDO enseña acerca de la existencia de tres subprincipios, a saber: juicio de adecuación o idoneidad,⁸⁷ juicio de necesidad ó indispensabilidad,⁸⁸ y juicio de proporcionalidad en sentido estricto.⁸⁹ En palabras del citado autor, “toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos ha de ser: a) idónea; b) indispensable; y, finalmente, c) proporcionada”.⁹⁰

De esta manera, que las medidas (o medios) involucradas en el acto sean proporcionales a la finalidad (fin) significaría que aquéllas deben ser adecuadas o idóneas o aptas para obtener el fin en cuestión; que deben ser necesarias o indispensables; y que debe haber balance o equilibrio entre medios y fines tal que se obtenga una optimización, v.gr., que los medios (costos) no excedan los beneficios (fines).

⁸⁵ En este sentido, CIANCIARDO, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”; en LL 2009-B, pp. 1249-1258, esp. p. 1249.

⁸⁶ Ampliar en ALEXV, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, (Julian RIVERS, trad.), Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 66, y sus citas.

⁸⁷ CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2a. ed., act. y anapl., Ábaco, Buenos Aires, 2009, pp. 64 y ss.; del mismo autor, *Principio de proporcionalidad y concepto de Derecho. Una aproximación desde las tesis del positivismo jurídico*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2009, p. 59 y ss.

⁸⁸ CIANCIARDO, *El principio...*, cit., pp. 82 y ss.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 107 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 27.

Un ejemplo surge muy claramente de célebre fallo “Peralta”, sentencia en la cual se repasan los tres aspectos de la razonabilidad o proporcionalidad. Así, aparecen en los considerandos la alusión a “la existencia de problemas que (...) demandan una particular celeridad a fin de no frustrar su solución frente a procesos comúnmente rápidos y difícilmente controlables, cuyo remedio requiere el conocimiento de datos o factores acerca de los cuales es natural que la autoridad administrativa posea una más completa información, obtenida merced a su contacto cotidiano e inmediato con la realidad económica y social del país” y la mención de “la índole de los problemas y el tipo de solución que cabe para ellos, difícilmente pueden ser tratados y resueltos con eficacia y rapidez por cuerpos pluripersonales” (adecuación o idoneidad). También se sopesan, en el fallo, “las medidas que indispensablemente aquella realidad reclama con urgencia impostergable” (indispensabilidad). Por último, la sentencia evalúa costos y beneficios: “la transparencia de las decisiones públicas, ínsita en la forma republicana de gobierno puede así confrontarse con la necesidad de preservación de la vida misma de la Nación y el Estado” y “es una actitud de enfermiza contradicción social a que pretende que dichas instituciones sociales cumplan con la prestación de *beneficios* con los que no puedan cumplir, o previstos en épocas distintas, al *costo* de verse confrontadas con la imposibilidad de su subsistencia” (costos-beneficios).⁹¹

d) *Los límites morales al subtest de costos y beneficios:* Por cierto, más allá de los aspectos reseñados, de adecuación o idoneidad, y de necesidad o indispensabilidad, debe puntualizarse que la específica comparación de costos y beneficios ó *balancing test* puede brindar resultados moralmente llamativos, que conducirían a concluir en su inhabilidad intrínseca como método exclusivo de toma de decisión.⁹² En todos los campos, y, en particular, en el campo de los actos

⁹¹ “Peralta, Luis A., c/ E.N.”, Fallos: 313: 1513 (1990), consids. 27, 29, 26 y 59, 2do.párr., respectivamente.

⁹² Para una fundada crítica al *balancing test*, véase SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. La Ley, Buenos Aires, 2000, esp. pp. 10-11

administrativos, "la intención, que se refiere sobre todo al fin, no puede hacer abstracción de los medios que emplea. Estos medios no quedan siempre justificados por el fin".⁹³

Algo de ello se percibe en "Peralta", pues la medida rápida, no transparente, deviene remedio eficaz para salvar al Estado⁹⁴ razón por la cual podría argumentarse que los mecanismos deliberativos propios de los órganos colegiados son desechables cuando de salvar al Estado se trata. La razón de Estado justificaría cualquier medio; siempre pesaría más que cualquier otro bien o valor en juego. Se imponen, por ende, diversos órdenes de limitaciones.

En primer lugar, en el ejemplo brindado, se impone el principio formal o procedimental conforme al cual todas las decisiones que afectarán a la sociedad en su conjunto deben ser adoptadas por el poder legislativo.⁹⁵

En segundo lugar, es importante recordar que, según MESSNER, la razón de Estado, entendida como la exigencia del bien común objetivo corporizada en la tarea política concreta en una situación dada, nunca es absoluta; que el principio de que el fin justifica los medios nunca puede ser un principio de verdadera razón de Estado; y que la razón de Estado exige una política de lo posible ya que dicha razón puede imponer lo más imperfecto a fin de no imposibilitar lo más perfecto.⁹⁶

En tercer lugar, la doctrina ha sistematizado los límites morales a los costos que se pueden aceptar para lograr ciertos beneficios, y entre ellos cabe mencionar: primero, pérdidas o sacrificios o costos que ningún ciudadano debe tener que tolerar;⁹⁷ en otras palabras, costos inaceptables;⁹⁸

⁹³ JOLIVET, Régis, *Curso de filosofía*, (trad. de Leandro DE SESMA O. C.), Club de Lectores, Buenos Aires, 1985, p. 353

⁹⁴ "Peralta...", cit., cons. 26.

⁹⁵ ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...*, cit., p. 82.

⁹⁶ MESSNER, Johannes, *Social Ethics. Natural Law in the Western World*, (trad. de la 3a. ed. de 1958 por J. J. DOHERTY), rev. ed., Herder, Londres, 1965, p. 695.

⁹⁷ NUSSBAUM, Martha C., "The Costs of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis", en ADLER, Matthew D y POSNER, ERIC A., *Cost-Benefit Analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2000, pp. 169-200, esp. p. 198.

⁹⁸ Para construir este límite sigo a ZAMBRANO, "El Detecho como práctica...", op. loc. cit.

segundo, costos incompatibles con la dignidad humana,⁹⁹ esto es, los que, en términos kantianos, significan utilizar a las personas como meros medios¹⁰⁰ y no como fines en sí mismas; tercero, costos inadmisibles por originarse en la mera ambición humana o en injusticias, corrupción o inacción o vagancia pasadas;¹⁰¹ cuarto, y en el específico campo de la actuación de la Administración, costos relativos a bienes que no son libremente disponibles en sede administrativa sino que, para ser objeto de intervención administrativa, deben ser previamente consensuados en un proceso deliberativo democrático;¹⁰² entre otros límites. En suma, nunca está permitido hacer el mal para conseguir un bien o beneficio.

Lo expuesto cobra relevancia pues, como sostienen GRECCO y GUGLIELMINETTI, la ley 19.549 es suficientemente categórica para erigir la relación medios-fines como criterio de validez,¹⁰³ lo cual habilitaría —entendiendo— a que se pueda tachar de inválido al acto que hiciera caso omiso de los diversos límites expuestos.

A todo evento, el "proporcionalismo" se moviliza por medio de la directiva que manda a "comparar los beneficios y daños que prometen opciones alternativas posible (...) y elegir aquella opción que promete brindar una mejor proporción de beneficios que daños que cualquier otra alternativa disponible".¹⁰⁴

⁹⁹ NUSSBAUM, "The Costs..." cit., esp. p. 198.

¹⁰⁰ Inferio este límite a partir de NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Perseus, Nueva York, 1974, p. 92.

¹⁰¹ NUSSBAUM, "The Costs..." cit., esp., p. 199.

¹⁰² NUSSBAUM, "The Costs..." cit., esp., p. 192. Ver, asimismo, ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights...*, cit., esp. pp. 62-63, donde alude a la dignidad humana, en pugna con la protección del estado, en casos de escuchas telefónicas, donde, entre otras condiciones, se requiere, para la validez de esa técnica, el control por órganos integrados por funcionarios designados por la legislatura.

¹⁰³ GRECCO, Carlos M. y GUGLIELMINETTI, A. Patricia, "El principio de proporcionalidad en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina (Glosas preliminares)", en *Documentación Administrativa*, INAE, Madrid, 2004, núms. 267-268, pp. 121-134, esp., p. 132.

¹⁰⁴ "Compare the benefits and harms promised by alternative possible choices (...), and make that choice which promises to yield a better proportion of benefit to harm than any available alternative choice", conf. FINNIS, JOHN, *Fundamentals of Ethics*, Georgetown University Press, Washington D.C., 1983, ps. 86/87.

e) *Relación entre razonabilidad o proporcionalidad y la justicia. Rol de la Administración:* Finalmente, la razonabilidad o proporcionalidad integran la justicia: Lo proporcional es justo, enseña ARISTÓTELES.¹⁰⁵ Como apunta ZAMBRANO, el sentido de justicia es el sentido de lo razonable.¹⁰⁶ Por ende, si el acto —en rigor, las medidas en él involucradas— cumplen el recaudo de razonabilidad o proporcionalidad, el acto será justo, y viceversa. Desde la vereda de la interpretación, ya vimos que toda interpretación debe ser razonable.¹⁰⁷ Y lo que posibilita arribar a una interpretación razonable, es la justicia pues “el juicio acerca de lo justo es estructural a toda interpretación jurídica”,¹⁰⁸ vedándose, además, la arbitrariedad pues “es estructural al derecho la exclusión de perspectivas morales de interpretación que abran espacios para la arbitrariedad”.¹⁰⁹

¿Corresponde al órgano o ente cumplir con el recaudo de justicia al dictar un acto administrativo? Subjetivamente, ¿se halla en cabeza de la Administración la realización de la justicia? La respuesta es, por cierto, afirmativa, en virtud de, al menos, tres razones: primero, porque, al tener que cumplir el acto administrativo el recaudo de proporcionalidad o razonabilidad, deberá cumplir —como se vio— el de justicia; segundo, la justicia es “necesaria para el funcionamiento de toda comunidad”,¹¹⁰ con lo que también es exigida para el dictado de aquellas decisiones que trascienden el mundo de la Administración para llegar a los terceros administrados; tercero, la realización de la justicia no se halla bajo el monopolio de los órganos judiciales pues,

¹⁰⁵ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*..., cit., p. 61.

¹⁰⁶ ZAMBRANO, PILAR, “Los derechos ius-fundamentales como alternativa a la violencia. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia”, en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, Universidad de Navarra, EUNSA, Pamplona, vol. 60 (enero-junio) 2009, p. 133.

¹⁰⁷ En este sentido, CIANCARDO, JUAN, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en *LL* 2009-B, ps. 1249/1258, esp.p. 1249.

¹⁰⁸ ZAMBRANO, PILAR, “La interpretación jurídica como co-creación”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2009, vol. 3, pp. 375/414, esp.p. 406.

¹⁰⁹ ZAMBRANO, “La interpretación...”, cit., esp., p. 407.

¹¹⁰ GÓMEZ-LOBO, *Los bienes humanos*..., cit., p. 98.

como establece el art. 4.b, de la Carta Compromiso con el Ciudadano, “b) (...) las unidades organizativas alcanzadas por el presente Decreto deben basar su comportamiento respecto a los ciudadanos en criterios de objetividad, justicia e imparcialidad (...)”.¹¹¹

En pocas palabras, el acto administrativo pone en juego fines, y los medios para conseguirlos; así como proporcionalidad o razonabilidad. El acto administrativo, como acción, siempre tendrá un fin, pero determinar la adecuación al fin implica confrontar no ya el acto con las normas atributivas de competencia sino el acto con los fines previstos en ellas. Un acto emitido con un fin distinto del previsto por las normas que habilitan su dictado trasunta una desviación de poder.¹¹² El bien común o justicia que las normas de competencia realicen se proyecta sobre las medidas y permite valorar el fin ínsito en la competencia perfeccionado en el acto administrativo. Ese fin integra la legalidad del acto y coadyuva a la sujeción de la Administración a la ley.

Las medidas involucradas en el acto implican elegir; el margen de interpretación, incluso en los actos más reglados, se halla gobernado por la razonabilidad. Dichas medidas, además, deben estar en cierta proporción con respecto a la finalidad, lo cual conduce al *juicio de proporcionalidad*. Verificar la proporcionalidad implica controlar que la medida sea a) idónea; b) indispensable; y, finalmente, c) proporcionada en sentido estricto. La proporcionalidad en sentido estricto equivale a ponderar costos y beneficios, pero existen límites morales a esos costos. Alternativamente, se pueden considerar “proporciones” de costos o beneficios en lugar de costos y beneficios derechamente.

Finalmente, la realización de la justicia se halla —también— en cabeza de la Administración por razones morales y por razones morales receptadas normativamente.

¹¹¹ Dto. 229/00. Las unidades alcanzadas son las enumeradas en el art. 8° de la ley de administración financiera 24156, conf. art. 6°, dto. cit.

¹¹² Ampliar en COMADIRA, *Procedimientos administrativos*..., cit., t. I, pp. 328-330.

4. REFLEXIONES FINALES

Toda actuación administrativa debe tener una base moral, como solía afirmar el maestro MARIENHOFF.¹¹³ Y no se trata de frases hechas. Antes bien, se evidencia en ellas una dimensión normativa que no puede desconocerse.

Así como los requerimientos éticos tienen valor normativo, pero se apoyan en algo dado llamado experiencia moral, que se da en todos los hombres en opinión de MILLÁN PUELLES,¹¹⁴ se impone que, en la labor cotidiana, veamos por que los principios éticos, que anidan en los recaudos del acto administrativo normativamente establecidos, devenguen una realidad, sea desde el mundo de los administrados, y sus derechos, especialmente humanos, o desde el mundo de la Administración, que puede tanto limitar como ampliar nuestra base de actuación.

Allí donde se reúnen la norma positiva y las consideraciones morales, se puede alcanzar la verdadera deliberación y toma de decisión para que los actos administrativos, como decisiones, sean no sólo válidos a la luz de la fría letra de la norma positiva, sino también moralmente buenos, emanados de una buena Administración¹¹⁵ y enderezados a facilitar el bien común.

¹¹³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, 4a. ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, t. II, p. 350: "Toda actuación administrativa ha de tener inexcusablemente una base moral. En esto ocurre lo mismo que en el ámbito del derecho privado: nada es concebible y aceptable sin un sustrato ético".

¹¹⁴ MILLÁN PUELLES, ANTONIO, *Ética y realismo*, 3a. ed., Rialp, Madrid, 2007, p. 23.

¹¹⁵ Acerca de este concepto, cabe remitir, por ejemplo, a los *Principios de Buena Administración* elaborados por el Comisionado Parlamentario para la Administración, de Reino Unido, en el año 2007: <http://www.ombudsman.org.uk/improving-public-service/ombudsmans-principals/principles-of-good-administration>, así como a la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, cuyo art. 41, http://www.europarl.europa.eu/compar/llibe/elj/charte/art41/default_en.htm establece el "derecho a una buena administración", que comprende, entre otros, el derecho a un trato justo y la obligación, de la administración, de brindar las razones de sus decisiones.

SE TERMINÓ ESTA OBRA EL DÍA 2 DE NOVIEMBRE DE 2012 EN

CASA ALDO MANUZIO

Tennessee núm. 6, Col. Nápoles - 08810 México, D. F.

