

Aspectos éticos de la decisión administrativa*.

Estela B. Sacristán

SUMARIO: I. Planteo. II. Tres distintos abordajes. III. Presupuestos. Replanteos. IV. Tesis de la autonomía. Tesis de la independencia. V. Una propuesta de lectura de cada inciso del Artículo 7º, LPA. VI. Reflexiones finales.

I. Planteo.

El tema de esta breve exposición hace a los aspectos éticos de la decisión administrativa, tema que –estoy segura– mucho concitaría la atención de quien se ha erigido en el alma de estas Jornadas¹: la Dra. Violeta Castelli de Chede.

Por la expresión “decisión administrativa” me referiré tanto a los actos de alcance general –sean normativos, no normativos– como a los de alcance particular, de los que surten efectos por fuera de la Administración, incluyendo a los dictados en la ejecución de contratos.

Y es en relación con ellos que puedo intentar un abordaje desde las más ortodoxas teorías que, con el consecuencialismo bien presente, se apoyan en la economía y el derecho para construir los lineamientos del proceso de toma de decisión, o bien adoptar una acometida desde las enseñanzas éticas aristotélicas. Veamos qué puede suceder en cada supuesto, y si hay alguna otra opción.

*Exposición basada en un trabajo anterior, titulado “Una reflexión sobre la faz ética de los requisitos del acto administrativo”, publicado en *ED*, t. 238, Buenos Aires, Universitas, 2010, pp. 911-926, en ocasión del cual agradecería la infinita ayuda y entusiasmo que me transmitiera mi colega, maestra y amiga, Pilar Zambrano, en la etapa de elaboración del mismo; sin ella, los aspectos iusfilosóficos de este trabajo hubieran sido de imposible aprehensión para mí.

¹ VII Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo. En homenaje a los Profesores Antonio Chede y Violeta Castelli, “Ética y Gestión Pública”, Rosario, agosto 15, 16 y 17 de 2012.

II. Tres distintos abordajes.

A la decisión de la Administración —ese proceso de ordenamiento de preferencias, para, con criterios de preferibilidad, elegir una opción y traducirla en una decisión, con todos sus aditamentos— se la podría evaluar desde concepciones meramente utilitaristas, que apreciaran los beneficios de la misma, haciendo caso omiso de todo lo que excediere esa proporción. Pienso, en esta senda, en las enseñanzas de Höffe, o de Posner, y también en alguna otra alternativa superadora de las particularidades de ellas.

a. Postura de Höffe.

En el universo de la toma de la decisión —incluso las de la Administración—, no resulta, a primera vista, de incompatible aplicabilidad la teoría de la decisión, que tan claramente fuera explicada por Höffe². En lo que aquí interesa, el citado filósofo alemán explica que la teoría de la decisión adopta tres formas, a saber: teoría de la decisión en sentido estricto, teoría de la decisión social y teoría de los juegos.

Empero, puedo puntualizar dos particularidades de ese abordaje: la teoría de la decisión opera (i) en un vacío de poder o competencia; (ii) apoyada en la ética utilitarista. Ello permite apuntar una doble deficiencia, desde el punto de vista del iusadministrativismo, pues la decisión de la Administración presupone capacidad y es manifestación del ejercicio de la competencia —que es, en cierta forma, la canalización o civilización del poder—, con lo que, al soslayarse el elemento competencia, se genera un déficit analítico insuperable. Y también se advierte la insuficiencia de la postura ética exclusivamente utilitarista adoptada pues, como es sabido, administrar es algo más que apuntar a la obtención de beneficios.

b. Postura de Posner.

Tampoco parecería alcanzar —para evaluar éticamente las decisiones de la Administración— el enfoque utilitarista de especialistas en derecho y economía como Posner³.

Posner distingue, dentro de todas las actividades de la Administración, la función reglamentaria, de tramitación de expedientes, de decisión o adjudicación de casos, la propuesta de proyectos de legislación, las investigaciones en sumarios y otras actuaciones. En muchos de ellos habrá tramitaciones, alegatos o aportes de las partes, una toma de decisión, y algún sistema de apelación o reclamo: así se concreta una integración vertical.

Esa integración vertical —que entre nosotros se manifiesta en recursos jerárquicos o en reclamos impropios— posee la virtualidad de reducir costos, es decir, de resultar

² Höffe, Otfried, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia* (Seña, Jorge M., trad.), México, Fontamara, 1997, pp. 153-168.

³ Posner, Richard A., *Economic analysis of the law*, 4th ed., Boston, Little, Brown & Co., 1992, pp. 606-607.

eficiente. Posner lo expresa así: “La justificación económica de la integración vertical en el contexto de negocios consiste en que permite ahorrar en costos [...] un argumento paralelo es posible en el contexto administrativo”⁴. En tal aspecto, recordemos que los sistemas verticales apuntan a la eficiencia pues ahorran costos al apuntar a la mera convalidación por parte del superior, al tiempo que la coordinación, o el alcanzar decisiones por acuerdo, o por consenso, desgastan pues siempre involucran ganar más perdiendo algo en el acuerdo. La integración vertical, al ser eficiente, podría parecer el fin último y mejor de la toma de decisión administrativa. Mas tengo para mí que el quehacer de la Administración no se agota en la mera eficiencia, sino que debe haber algo más.

c. ¿Más de una opción ética?

A todo evento, ambas posturas denotan una postura ética utilitarista, y es sabido que esa no es la única postura ética que se puede estudiar. El consecuencialismo, de raigambres utilitaristas, se inscribe en el naturalismo objetivista, que se diferencia del naturalismo subjetivista, y ambas formas de naturalismo se contraponen al no naturalismo –que también puede ser objetivista y subjetivista–... mas ello es propio del estudio de la filosofía del derecho, por lo que a los iusfilósofos cabe acudir⁵. Ello, no sin antes destacar un extremo ineludible, que a continuación enuncio.

d. El iniciador del estudio del proceso de decisión.

El primer –en opinión de Rescher⁶– filósofo que abrió el surco para el estudio de la teoría de la decisión es Aristóteles. En efecto, ello es lo que hace en su *Ética Nicomáquea*⁷ en el libro tercero, capítulo III (sobre teoría de la preferencia moral) y subsecuentes (de la deliberación, voluntad, objeto, etc.), en los que elabora un estudio de cómo ordenar *preferencias* o de lo que hoy llamaríamos *preferibilidad*.

Es por ello que creo que el más estable esquema para analizar los aspectos éticos de las decisiones de la Administración es el que el estagirita propone. Y es por ello que los párrafos que siguen, lejos de abreviar en el utilitarismo, se nutren de la tradición aristotélica y aristotélico-tomista, para intentar divisar, en la decisión administrativa, lo que esas tradiciones han identificado en los procesos de deliberación y toma de decisión en general.

⁴ *Ibidem*, p. 606.

⁵ Por todos, ampliar en Guibourg, Ricardo A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue Universidad, 2006, pp. 130-135.

⁶ Rescher, Nicholas, “Semantic foundations for the logic of preference”, en la obra que edita, *The logic of decision and action*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1966, pp. 37-79.

⁷ En las *Obras completas* publicadas por Omeba, T. I, Buenos Aires, 1967.

III. Presupuestos. Replanteo.

Los términos ética o moral aluden a la disciplina o ciencia que estudia los actos humanos⁸ o la conducta humana⁹; en esta perspectiva, parecería claro que ninguna sección del sector iuspublicista—como comprensivo del derecho constitucional y del derecho administrativo—debería resultar ajeno a ellos. En el plano práctico, la Corte Suprema argentina señala que el Estado se halla sustentado en una “finalidad ética”¹⁰, 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”¹¹. 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 produjera en el fallo de la Corte Suprema norteamericana sobre desvalorización de títulos de la deuda pública, cuando se aludió a la “conciencia del soberano”, sobre la cual pesaban las obligaciones contractuales asumidas¹²; 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 injusta¹³. En suma, si el Estado tiene por finalidad lograr el bien común¹⁴, y está potencialmente habilitado para afectar derechos humanos en pos de finalidades colectivas, se sigue que todo el quehacer estatal debe cumplir con las exigencias de la ética¹⁵.

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 leyes ni sentencias?; ¿o puede argüirse que el acto administrativo debe, indefectiblemente, cumplir con exigencias morales o éticas

⁸ Maritain, Jacques, *Introducción a la filosofía* (vers. cast. de Leandro de Sesma O. C.), Buenos Aires, Club de Lectores, 1999, p. 126.

⁹ Basso, Domingo M., *Ética*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1998, p. 7.

¹⁰ “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).

¹¹ “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/ Agua y Energía Eléctrica S.E. s/ contrato administrativo”, *Fallos*: 325:1787 (2002).

¹² “Perry vs. U.S.”, 294 U.S. 330 (1935), esp. p. 354.

¹³ “Iachemet, María Luisa c/ Armada Argentina s/ pensión”, *Fallos*: 316:779 (1993).

¹⁴ Enseña Santiago, Alfonso (h.), *Bien común y derecho constitucional. El personalismo solidario como techo ideológico del sistema político*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 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 [...]”.

¹⁵ 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., Buenos Aires, LexisNexis - AbeledoPerrot, 2003, p. 578.

al igual que debe cumplir con los restantes recaudos escritos en el Artículo 7° de la Ley N° 19.549? 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.

Indagaré, a continuación, en esos simples interrogantes. A fin de responderlos, repaso 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 (sección IV), y en este punto las apreciaciones relativas al acto administrativo resultan aplicables a la decisión administrativa en general. 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 recaudos o elementos del acto administrativo, tendiente a sacar a la luz los fundamentos éticos que se advierten en cada uno de ellos (sección V), proceso que, nuevamente, no es de incompatible aplicabilidad a la decisión administrativa en general. Finalmente, se esbozan las reflexiones finales (sección VI).

Por decirlo en pocas palabras, las líneas que siguen arguyen que, aún cuando se pueda querer desvincular al acto administrativo –y a la decisión administrativa, en general– de la moral o de la ética por no estar dicho requisito escrito en forma expresa en la LPA, el mentado elemento ético o moral se desprende, indefectiblemente, de cada uno de los incisos del Artículo 7°, LPA, 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 las decisiones administrativas que se proyectan o revisan en el quehacer cotidiano.

IV. Tesis de la autonomía. Tesis de la independencia.

En el específico campo de los actos administrativos –esto es, los actos de alcance general o particular¹⁶–, la 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.

¹⁶ Formalmente –no sustancialmente, debe recalcar–, el género “acto administrativo” comprende a las especies “acto administrativo de alcance general o reglamentos” y “acto administrativo de alcance particular”. En tal sentido, Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed. act., T. II, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1993, p. 227, donde expresa: “Con relación al derecho argentino, juzgo evidente la existencia de actos administrativos no solo *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 [...]”.

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.

a. 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 Marienhoff¹⁷ en estos términos: “[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 ambiente¹⁸.

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 lado¹⁹; 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 instituto²⁰.

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”²¹. Si la Administración quiere ser virtuosa, debería producir actos de igual carácter.

¹⁷ Marienhoff, *Tratado...*, *op. cit.*, T. II, pp. 349-353, esp. p. 350.

¹⁸ Marienhoff, *Tratado...*, *op. cit.*, T. II, p. 350.

¹⁹ Sigo a Fatone, Vicente, *Lógica e introducción a la filosofía*, Buenos Aires, Kapelusz, 1969, p. 308; y a Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, p. 388.

²⁰ Goldschmidt, *op. loc. cit.*

²¹ Aristóteles, *Ética Nicomáquea* (vers. esp. de Antonio Gómez Robledo), México, Porrúa, 2000, p. 13.

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 fe que deben gobernar los contratos y actos de la vida pública²², 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 social²³.

La tesis de la autonomía del recaudo ético o moral del acto administrativo general al menos tiene 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 delegados²⁴. 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 discrecionales²⁵. En síntesis, así como no sería concebible 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 opusiera²⁶.

²² Ferreyra, Ramón, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Pablo E. Coni, 1866, p. 238.

²³ Quirós, Herminio J. - 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 F. Orma*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1914, p. 33.

²⁴ Marienhoff, *Tratado...*, *op. cit.*, T. II, p. 222 y p. 227 y texto transcrito en n. 10, que corresponde a p. 227.

²⁵ 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 N° 5.315/1956 y la Ley N° 18.302.

²⁶ En similar sentido, Escola, Héctor J., *Compendio de derecho administrativo*, T. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 504.

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 estables²⁷, 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”²⁸. 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 jurisprudencial²⁹. 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 esencialmente inmoral. El acto, a su vez, debería ser coherente con los anteriores por razones de buena fe y de comportamiento leal en la Administración³⁰. 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 Punte³¹.

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

²⁷ Marienhoff, *Tratado...*, *op. cit.*, T. I, p. 196, aludiendo a la estabilidad de conductas; Hart, H. L. A., *The concept of law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 175-178 (“Immunity from deliberate change”).

²⁸ Mairal, Héctor A., *La doctrina de los propios actos y la Administración pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 5.

²⁹ Ampliar en Caputi, M. Claudia, “La coherencia del comportamiento administrativo”, en *ReDA*, T. 16, Buenos Aires, Depalma, 2004, pp. 879/907, y jurisprudencia allí citada.

³⁰ “Cía. Azucarera Tucumana S.A. c/ EN s/ expropiación indirecta”, *Fallos*: 312:1725 (1989); “Martinelli, Oscar H. C. y otros c/ Coplinco Cía. Platense de Industria y Comercio 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 S.A. 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*, T. 19, Buenos Aires, Depalma, 2007, pp. 469/492 y 493/508; también “Editorial Río Negro S.A. c/ Pcia. 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).

³¹ Punte, “La interrelación...”, *op. cit.*, párr. 4.

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.

b. 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 solo un mero ingrediente de alguno de los diversos incisos o recaudos o elementos del Artículo 7°, 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, quien, al explayarse acerca del objeto del acto administrativo, analiza los vicios en el objeto por “inmoralidad del objeto”, en vinculación con el Artículo 953, CC³². 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”³³. 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”³⁴. 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 Basavilbaso³⁵ o Bielsa³⁶ sostienen la autonomía de la moral en el campo que nos ocupa. La postura del primero se infiere a partir de 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 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]”³⁷. En similar línea

³² Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007, pp. VIII-29 y sigs.

³³ Diez, Manuel María, *Derecho administrativo*, 2ª ed. renov. y act., T. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, p. 265.

³⁴ Fiorini, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, 2ª ed. act., T. I, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1976, p. 384.

³⁵ Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, T. I-VI, Buenos Aires, TEA, 1949.

³⁶ Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo. Legislación administrativa argentina*, 4ª ed., T. I, Buenos Aires, El Ateneo, 1947, p. 30, n. 88.

³⁷ Ídem.

se halla Linares, para quien la justedad no integra el acto mismo como un elemento sino que hace a la totalidad del acto³⁸, y para quien tampoco se incluye, como elemento, a la moralidad y a la buena fe³⁹, 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.

V. Una propuesta de lectura de cada inciso del Artículo 7º, LPA.

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 con relación a 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 Artículo 7º, puede ser leído desde una mirada ética o moral. Esta mirada ética o moral poseerá la virtualidad 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 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 solo 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 Artículo 7º, inc. e), Ley Nº 19.549. Veamos:

Se ha señalado: “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”⁴⁰. 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

³⁸ Linares, Juan Francisco, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 265.

³⁹ *Ibidem*, pp. 267-268.

⁴⁰ Sigo, en esta afirmación, a Gómez-Lobo, Alfonso, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago y Buenos Aires, Mediterráneo, 2006, pp. 40/43.

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 objetiva⁴¹— y al conocimiento que le permiten, al administrado, alcanzarla y actuar⁴². El conocimiento y la verdad serían dos de los bienes que el recaudo de motivación trasunta. La verificación de cumplimiento del Artículo 7°, inc. e), LPA, comprendería así no solo 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 7°.

a. 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 explaya Kelsen en su *Teoría pura*⁴³.

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”⁴⁴. 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.

⁴¹ Art. 1.f.2., Ley N° 19.549.

⁴² 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.

⁴³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (Roberto J. Vernengo, trad. de la edición de 1960), México, Porrúa, 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”.

⁴⁴ Aristóteles, *Ética Nicomáquea...*, *op. cit.*, p. 23.

En esta línea de pensamiento, y con una visión que privilegia los valores, Hauriou concibe a la competencia como un “elemento intelectual, una cualidad especial 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 uno de ellos, la importancia que merece. Unas [competencias] las desempeña él mismo; otras, por ser técnicas, recaen en especialistas [...]”. Enseña Hauriou que compiten, en el plano del poder, el *poder de dominación*, y la *autoridad política-competencia*; según prevalezca 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 voluntad⁴⁵.

También se ha vinculado –en el pensamiento posterior a Aristóteles, y en especial en la tradición tomista– a la competencia con el elevado fin de obtención del bien común⁴⁶. Con la farragosa formación de costumbres para superar los problemas de coordinación que puedan aparecer en el camino, esa obtención sería desplazada por la intervención 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 conflictos 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 comunes, como en una comunidad amenazada por desastres militares, económicos o ecológicos. Según el citado iusfilósofo, entonces, la autoridad (y la competencia para gobernar), en esa comunidad, será ejercida por aquellos que puedan, eficazmente, dirimir problemas de coordinación para esa comunidad, en pos de la prosecución del bien común⁴⁷. De ello se sigue –siguiendo a Santiago⁴⁸– que una actuación pública que no se fundamente en el bien común, o lo contraríe, deviene ilegítima.

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 Rawls⁴⁹. Sin embargo, el esquema de cooperación rawlsiano apunta a lograr la justicia social⁵⁰, 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 social⁵¹, al tiempo que Finnis asocia a la competencia a la autoridad.

⁴⁵ Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional* (trad. de Carlos Ruiz del Castillo), 2ª ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1927, p. 183.

⁴⁶ Acerca del concepto técnico de bien común, y de su acuñación por Tomás de Aquino, ampliar en Massini Correas, Carlos I., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, pp. 195-196.

⁴⁷ Finnis, John, *Natural law, natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 245 y sigs.

⁴⁸ Santiago, *Bien común...*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁹ Rawls, John, *Teoría de la justicia* (trad. de M. Dolores González), México, Fondo de Cultura Económica, 1978, pp. 75-78.

⁵⁰ *Ibidem*, *op. loc. cit.*

⁵¹ *Ibidem*, pp. 75-76.

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 común⁵².

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 positiva⁵³– 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 en la Ley de Ética Pública N° 25.188 se asignan efectos jurídicos 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 tres años”⁵⁴, con eventuales sanciones de nulidad absoluta del respectivo acto que contravinieren ese precepto⁵⁵. Es que no puede haber coordinación en pos del bien común si solo hay parcialidad, si solo 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 Hauriou, en tanto 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 deja establecer relaciones que permiten concretar la justicia social o el bien común (Rawls, Finnis, Barra, Santiago).

b. Recaudo de causa.

El inciso b) del Artículo 7° establece que el acto administrativo debe sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y 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.

⁵² Barra, Rodolfo C., *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 45.

⁵³ Art. 3°, Ley N° 19.549: “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 destacado no es del original).

⁵⁴ Cfr. Art. 15, Ley N° 25.188.

⁵⁵ Balbín, Carlos F., *Derecho administrativo*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 135-136.

Considerando al acto administrativo como *acción* en sentido aristoteliano, puede identificarse a los “hechos y antecedentes” mencionados en el inciso en cuestión con la *causa eficiente* –o causa fuente– de aquél. Como se recordará, Aristóteles individualiza “El principio de la acción –hablo de la causa eficiente, de que procede el movimiento, no de la causa final [...]”⁵⁶. 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 solo sobre lo futuro y contingente, porque lo pasado no puede no haber sucedido”⁵⁷, 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. He aquí lo relativo a la causa como expresión de hechos acontecidos.

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, razonable⁵⁸, tal que se obtenga un resultado justo. He aquí lo relativo a la causa como antecedentes de derecho.

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 moral⁵⁹. 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 hábito moral en la elección y en la ulterior acción que el acto trasunte.

Por cierto, existe doctrina⁶⁰ 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 privados [...]. 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

⁵⁶ Aristóteles, *Ética Nicomáquea...*, *op. cit.*, p. 75.

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ 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*, N° 18, Chía, Colombia, Universidad de La Sabana, 2009, pp. 110-133, donde define a lo razonable en función de lo aceptable.

⁵⁹ Aristóteles, *Ética Nicomáquea...*, *op. loc. cit.*

⁶⁰ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 8ª ed. act., T. II, Buenos Aires, LexisNexis - AbeledoPerrot, 2006, pp. 192-193.

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”⁶¹.

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 Artículo 7º, inc. b), de la Ley Nº 19.549, puesto que no configura una *causa cierta, concreta y eficiente* como para calificar de reprochable la conducta de los fiscales adjuntos (Art. 2º de la Ley Nº 21.383)”⁶² (el destacado 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 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; la jurisprudencia aislada recepta tal inteligencia.

c. 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 Artículo 953, CC, pues de la lectura de este artículo se infiere que no se incluye –entre otros extremos– lo relativo a moral y buenas costumbres⁶³, que el objeto del acto debería respetar. Esta exclusión parcial, empero, deviene fútil si se comparte la postura de Marienhoff ya apuntada⁶⁴, en el sentido de que la moral es un elemento autónomo del acto administrativo⁶⁵, con lo cual la inexigencia de moral en el objeto del acto no empañaría la exigibilidad de moral en el acto administrativo mismo.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 192-193.

⁶² “Solá, Roberto y otros c/ EN - PEN s/ empleo público”, *Fallos*: 320: 2509 (1997), voto del Dr. Gustavo A. Bossert.

⁶³ “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”.

⁶⁴ Ver sección II. a. *supra*.

⁶⁵ Marienhoff, *Tratado...*, *op. cit.*, T. II, pp. 349-353.

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. Aristóteles⁶⁶ se explaya acerca del proceso de toma de decisión mediante conceptos plenamente aplicables al acto administrativo como decisión o elección, como acción o actuación. Y nos sorprende al involucrar a muchos de las precisiones, relativas al objeto, enumeradas en el inciso en estudio, en ese proceso:

“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”. Esto puede ser visualizado como una exigencia de congruencia, entendida ésta como “conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio”⁶⁷, lo cual no es si no 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-Lobo⁶⁸ que “[l]a dignidad puede ser menoscaba por 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 verdad⁶⁹, al resolverse todas las peticiones, el administrado conoce la

⁶⁶ Aristóteles, *Ética Nicomáquea...*, *op. cit.*, pp. 29-33.

⁶⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, vigésima segunda edición, versión online, <http://www.rae.es/rae.html>.

⁶⁸ Gómez-Lobo, *Los bienes humanos...*, *op. cit.*, pp. 60-61.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 40.

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 objetiva⁷⁰.

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.

d. Procedimientos.

Exige el Artículo 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 pleno 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”⁷¹.

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 sabiendo⁷². Si un acto libre es aquel que es deliberado, es decir, “previa-

⁷⁰ LPA, Art. 1.f.2, Ley N° 19.549.

⁷¹ Aristóteles, *Ética Nicomáquea*..., *op. cit.*, p. 32.

⁷² Veatch, Henry B., *The rational man. A modern interpretation of aristotelian ethics*, Indianapolis, Liberty Fund, 1962, reprod. facsim. 2003, p. 84.

mente pensado o meditado”⁷³, 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—entiendo—se le exige, al emisor del acto, que *sepa*; ello pues “a ciegas, no se puede hacer nada”⁷⁴.

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 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.

e. Motivación.

Que el acto administrativo deba hallarse motivado significa, como lo manifiesta 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”⁷⁵, 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 III.d), 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 humana⁷⁶ 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 perspectiva, privar al administrado del acceso a las razones del acto equivaldría a subsumirlo a una

⁷³ Millán Puelles, Antonio, *Persona humana y justicia social*, Madrid, Rialp, 1982, p. 13.

⁷⁴ Polo, Leonardo, *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*, 2ª ed., Madrid, Unión, 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”.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 107.

⁷⁶ Sobre el concepto de dignidad humana se sigue Gómez-Lobo, *Los bienes humanos...*, *op. cit.*, pp. 60/61.

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 Artículo 8° de la Ley N° 16.986⁷⁷.

Así concebida, la motivación, en su faz ética, trasunta el “respeto”⁷⁸ 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 Dios⁷⁹– 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. La adopción del cuantificador “todas” tacha de inválidas las decisiones de la Administración disfrazadas de alcance general, para solo abarcar a una persona (física o jurídica), con balcones a la persecución.

f. Finalidad.

Dice este inciso: “[H]abrà de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del òrgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, pùblicos 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 pro-

⁷⁷ Ampliar en nuestro trabajo “La motivación como requisito esencial del acto administrativo”, en AA VV, *Acto Administrativo y Reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ed. Ciencias de la Administración, 2002, pp. 65/92.

⁷⁸ 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*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 433.

⁷⁹ Sobre esta invocación ver, con provecho, Gelli, María Angélica, *Constitución de la nación argentina - Comentada y concordada*, 3ª ed. ampl. y act., Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 5, donde se destaca la concepción teísta de la Constitución, sin por ello ser ésta ni atea ni neutra ni confesional.

puesto, 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 solo 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 descubrimiento⁸⁰.

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, aceptando como base el proceso de toma de decisión aristoteliano al que ya he acudido en las 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 fines⁸¹. Dado que el hombre es un agente libre⁸², y dado que “todos los actos específicamente humanos son realizados por un fin”⁸³, 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 humano⁸⁴. 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

⁸⁰ Aristóteles, *Ética Nicomáquea...*, *op. cit.*, p. 32.

⁸¹ Basso, *Ética...*, *op. cit.*, p. 21.

⁸² *Ibidem*, p. 18.

⁸³ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 22.

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 discrecionales⁸⁵. 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 coordinación para el bien común⁸⁶ 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 poder⁸⁷.

3. *Proporcionalidad o razonabilidad.*

El inciso en estudio alude no solo 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

⁸⁵ De la Riva, Ignacio M., “Algunas reflexiones en torno del bien común y la discrecionalidad administrativa”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 258:9, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2000, esp. p. 9 y pp. 11 y 14.

⁸⁶ Sección III. a. supra.

⁸⁷ Ampliar en Comadira, Julio R. (Monti, Laura M., colab), *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 328/330.

(emergente de la confrontación con los fines ínsitos en las normas atributivas 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 [...] deben 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 acto⁸⁸, y, por ende, coadyuva a la legalidad administrativa o sujeción de la Administración a la ley⁸⁹.

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 ulterior acto, las diversas medidas posibles involucradas. Mas esa labor de interpretación también debe cumplir con la razonabilidad, v. gr., ser razonable⁹⁰. No se puede interpretar irrazonablemente.

⁸⁸ Cassagne, *Derecho administrativo...*, op. cit., T. II, p. 210.

⁸⁹ Para Coviello, 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.

⁹⁰ En este sentido, Cianciardo, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en *LL* 2009-B, pp. 1249/1258, esp. p. 1249.

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 razonabilidad⁹¹. Cianciardo enseña acerca de la existencia de tres subprincipios, a saber: juicio de adecuación o idoneidad⁹², juicio de necesidad o indispensabilidad⁹³ y juicio de proporcionalidad en sentido estricto⁹⁴. 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”⁹⁵.

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).

Un ejemplo surge muy claramente de un célebre fallo en el que se analizara la validez constitucional de un decreto de necesidad y urgencia, es decir, de un reglamento: se trata de “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

⁹¹ Ampliar en Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights* (Julian Rivers, trad.), Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 66 y sus citas.

⁹² Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2ª ed., act. y ampl., Buenos Aires, Ábaco, 2009, p. 64 y sigs.; del mismo autor, *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho. Una aproximación desde las tesis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, p. 59 y sigs.

⁹³ Cianciardo, *El principio...*, *op. cit.*, p. 82 y sigs.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 107 y sigs.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 27.

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)⁹⁶.

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 o *balancing test* puede brindar resultados moralmente llamativos, que conducirían a concluir en su inhabilidad intrínseca como método exclusivo de toma de decisión⁹⁷. En todos los campos, y, en particular, en el campo de los actos 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”⁹⁸.

Algo de ello se percibe en “Peralta”, pues la medida rápida, no transparente, deviene remedio eficaz para salvar al Estado⁹⁹, 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 Legislativo¹⁰⁰.

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 perfecto¹⁰¹.

⁹⁶ “Peralta, Luis A. c/ EN”, *Fallos*: 313:1513 (1990), consids. 27, 29, 26 y 59, 2º párr., respectivamente.

⁹⁷ Para una fundada crítica al *balancing test*, véase Serna, Pedro - Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, esp. pp. 10-11.

⁹⁸ Jolivet, Régis, *Curso de filosofía* (trad. de Leandro de Sesma O. C.), Buenos Aires, Club de Lectores, 1985, p. 353

⁹⁹ “Peralta...”, cit., cons. 26.

¹⁰⁰ Alexy, *A theory of constitutional rights...*, op. cit., p. 82.

¹⁰¹ Messner, Johannes, *Social ethics. Natural law in the western world* (trad. de la 3ª ed. de 1958 por J. J. Doherty), London, rev. ed., Herder, 1965, p. 695.

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 tolerar¹⁰²; en otras palabras, costos inaceptables¹⁰³; segundo, costos incompatibles con la dignidad humana¹⁰⁴, esto es, los que, en términos kantianos, significan utilizar a las personas como meros medios¹⁰⁵ 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 pasadas¹⁰⁶; 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 democrático¹⁰⁷; 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 N° 19.549 es suficientemente categórica para erigir la relación medios-fines como criterio de validez¹⁰⁸, 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 posibles [...] y elegir aquella opción que promete brindar una mejor proporción de beneficios que daños que cualquier otra alternativa disponible”¹⁰⁹.

e) Razonabilidad o proporcionalidad y justicia. Rol de la Administración.

Finalmente, la razonabilidad o proporcionalidad integran la justicia: lo proporcional es justo, enseña Aristóteles¹¹⁰. Como apunta Zambrano, el sentido de justicia es el sentido

¹⁰² Nussbaum, Martha C., “The costs of tragedy: some moral limits of cost-benefit analysis”, en Adler, Matthew D. - Posner, Eric A., *Cost-benefit analysis. Legal, economic and philosophical perspectives*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 2000, pp. 169-200, esp. p. 198.

¹⁰³ Para construir este límite sigo a Zambrano, “El derecho como práctica...”, *op. loc. cit.*

¹⁰⁴ Nussbaum, “The costs...”, *op. cit.*, esp. p. 198.

¹⁰⁵ Infiero este límite a partir de Nozick, Robert, *Anarchy, State, and utopia*, New York, Perseus, 1974, p. 32.

¹⁰⁶ Nussbaum, “The costs...”, *op. cit.*, esp. p. 199.

¹⁰⁷ Nussbaum, “The costs...”, *op. cit.*, esp. p. 192. Ver, asimismo, Alexy, *A theory of constitutional rights...*, *op. 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.

¹⁰⁸ Grecco, Carlos M. - Guglielminetti, A. Patricia, “El principio de proporcionalidad en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina (Glosas preliminares)”, en *Documentación Administrativa*, N° 267-268, Madrid, INAP, 2004, pp. 121/134, esp. p. 132.

¹⁰⁹ “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”, cfr. Finnis, John, *Fundamentals of ethics*, Washington D.C., Georgetown University Press, 1983, pp. 86-87.

¹¹⁰ Aristóteles, *Ética Nicomáquea...*, *op. cit.*, p. 61.

de lo razonable¹¹¹. Por ende, si el acto –en rigor, las medidas en él involucradas– cumple el recaudo de razonabilidad o proporcionalidad, será justo, y viceversa. Desde la vereda de la interpretación, ya vimos que toda interpretación debe ser razonable¹¹². 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”¹¹³, vedándose, además, la arbitrariedad pues “es estructural al derecho la exclusión de perspectivas morales de interpretación que abran espacios para la arbitrariedad”¹¹⁴.

¿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”¹¹⁵, 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 en el monopolio de los órganos judiciales pues, como establece el Artículo 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 [...]”¹¹⁶.

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 poder¹¹⁷. 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.

¹¹¹ 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*, Pamplona, Universidad de Navarra, Eunsa, vol. 60 (enero junio), 2009, p. 133.

¹¹² En este sentido, Cianciardo, Juan, “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en *LL 2009-B*, pp. 1249/1258, esp. p. 1249.

¹¹³ Zambrano, Pilar, “La interpretación jurídica como co-creación”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 2009, vol. 3, pp. 375-414, esp. p. 406.

¹¹⁴ *Ibidem*, esp. p. 407.

¹¹⁵ Gómez-Lobo, *Los bienes humanos...*, *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁶ Decreto N° 229/2000. Las unidades alcanzadas son las enumeradas en el Artículo 8° de la Ley de Administración Financiera N° 24.156, cfr. Art. 6°, decreto cit.

¹¹⁷ Ampliar en Comadira, *Procedimientos administrativos...*, *op. cit.*, T. I, pp. 328-330.

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.

VI. Reflexiones finales.

Toda actuación administrativa debe tener una base moral, como solía afirmar el maestro Marienhoff. 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 Puelles¹¹⁸, se impone que, en la labor cotidiana, veamos por que los principios éticos, que anidan en los recaudos del Artículo 7°, devengan 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. Desde ese artículo, bien pueden expandirse para alcanzar a todas las decisiones de la Administración.

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, y las decisiones de la Administración en general, sean no solo válidos a la luz de la fría letra de la norma positiva, sino también moralmente buenos, emanados de una buena Administración¹¹⁹ y enderezados a facilitar el bien común.

¹¹⁸ Millán Puelles, Antonio, *Ética y realismo*, 3ª ed., Madrid, Rialp, 2007, p. 23.

¹¹⁹ 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/libe/elsj/charter/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.