

**IGNACIO A. BOULIN VICTORIA**

# **DECISIONES RAZONABLES**

**El uso del principio de razonabilidad  
en la motivación administrativa**

Prólogo de  
**Alberto B. Bianchi**

**Marcial Pons**

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	9
<b>PRÓLOGO</b> .....	13
<b>INTRODUCCIÓN. LA NECESIDAD DE DEMOCRATIZAR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b> .....	17
<b>CAPÍTULO I. EXIGENCIAS DEMOCRÁTICAS INDISPENSABLES EN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES ADMINISTRATIVAS</b> .....	23
1. <b>LOS RECLAMOS DE LA DEMOCRACIA AL DERECHO ADMINISTRATIVO</b> .....	23
A. La democracia como marco del Derecho Administrativo y el reclamo de la participación .....	23
B. El reclamo de normas y procedimientos facilitadores de la discusión pública de los asuntos administrativos .....	26
C. La democracia y el reclamo por el respeto de los derechos .....	27
D. La preponderancia de la actividad administrativa sobre la actividad legislativa y el aumento de la potencialidad dañosa de la Administración .....	28
E. La exigencia de realzar la faceta republicana del art. 1 de la Constitución .....	29
2. <b>LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DE LA DISCUSIÓN PÚBLICA</b> .....	31
A. La actuación del Estado —y la Administración— en base a razones .....	31

	Pág.
B. La deliberación pública como herramienta para encontrar razones que conduzcan a decisiones correctas.....	32
C. La deliberación pública como facilitador de buenas decisiones administrativas.....	32
a) Planteo. La retórica del debate democrático.....	32
b) Los beneficios de la deliberación previa (o de cómo dos cabezas piensan más que una).....	33
c) El acatamiento de las decisiones administrativas y la mejoría de la gestión administrativa a través de la deliberación.....	35
D. La deliberación pública en la adopción de decisiones y el aumento de la legitimidad democrática en el ejercicio de la función administrativa.....	36
a) Planteo de la cuestión. Breve nota sobre la legitimidad política.....	36
b) La situación argentina. Los déficits democráticos del sistema presidencialista y la transmisión de esos problemas a la Administración.....	37
c) La crisis de legitimidad democrática de la Administración causada por las leyes abiertas que dan amplios márgenes de decisión.....	39
d) La discusión pública como recurso que permite aumentar la legitimidad democrática de la Administración Pública.....	40
e) La legitimidad democrática de la Administración y la eficiencia.....	41
<b>CAPÍTULO II. UNA COMPRENSIÓN DISTINTA DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>43</b>
1. EL SENTIDO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL CONTROL JUDICIAL.....	44
2. LA VOCACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA DEFENSA JUDICIAL DE LOS PARTICULARES.....	46
3. EL OLVIDADO VALOR DE LA DISCRECIONALIDAD.....	46
A. Las facultades discrecionales y regladas de la Administración Pública.....	48
B. El concepto tradicional de la discrecionalidad y la interdicción de la arbitrariedad.....	50

	Pág.
C. La falacia de la elección entre indiferentes: lo que es distinto no es igual.....	51
D. Opciones diversas y elecciones convenientes.....	53
E. Una explicación gráfica de la idea presentada.....	54
F. Una refinación del concepto de discrecionalidad como la facultad de escoger la alternativa más conveniente.....	57
G. Una visión desde la filosofía del Derecho.....	58
H. El concepto de discrecionalidad propuesto y la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.....	60
I. Un caso práctico que ejemplifica lo expuesto.....	64
a) La decisión de llevar adelante los proyectos hidroeléctricos Presidente Kirchner y Gobernador Cepernic en la provincia de Santa Cruz.....	64
b) Los problemas que presenta el entendimiento clásico de la discrecionalidad y su solución a través de la noción propuesta.....	66
J. La función del Derecho administrativo en la actividad discrecional.....	67
4. LA IMPORTANCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS PREVIOS EN LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL.....	68
A. El procedimiento previo como cauce de la función administrativa.....	69
B. El derecho a la participación ciudadana en los procedimientos administrativos y los deberes aparejados.....	70
<b>CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LAS DECISIONES PÚBLICAS COMO GARANTÍA CONTRA LA ARBITRARIEDAD.....</b>	<b>73</b>
1. UNA INTRODUCCIÓN AL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.....	74
A. Fundamento y orígenes del principio de razonabilidad.....	77
B. Doble función del principio de razonabilidad.....	77
a) Pauta de control que determina el contenido esencial de los derechos.....	78
b) Forma de argumentación de decisiones.....	78
2. LA ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.....	79

	Pág.
A. Subprincipio de idoneidad .....	80
a) Existencia y publicidad de un fin .....	80
b) Fin constitucionalmente permisible .....	81
c) Idoneidad en la relación del medio al fin .....	81
d) Un caso paradigmático: la inspección vaginal a las mujeres que visitan internos penitenciarios ....	82
B. Subprincipio de necesidad .....	84
a) Existencia de pluralidad de medidas idóneas para obtener el fin buscado .....	84
b) Eficacia de la medida para obtener el fin .....	85
c) Incidencia de la medida elegida en los derechos del afectado .....	85
d) El subprincipio de necesidad en el caso bajo examen .....	86
C. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto .....	87
a) El método de la ponderación .....	88
b) El peso de los derechos .....	89
c) El peso del fin que se quiere obtener con la medida estatal .....	89
d) La proporcionalidad en sentido estricto en el ejemplo estudiado en este capítulo .....	90
D. Los problemas de la ponderación para evaluar medidas que afectan el contenido esencial de los derechos.	91
a) El Derecho ante el dilema de la Justicia .....	91
b) Interés público <i>versus</i> interés privado .....	92
E. La garantía del contenido esencial de los derechos como complemento al principio de proporcionalidad y la construcción del principio de razonabilidad .....	93
a) Una nueva forma de entender los derechos: en la situación concreta y en su funcionamiento real ...	94
b) Claves para determinar el contenido esencial de los derechos y los bienes públicos .....	95
c) El error de inmolar los derechos en el altar del bien común .....	96
d) La armonización del bienestar general y los derechos .....	97
e) La armonización en el supuesto de las revisiones vaginales .....	99

	Pág.
3. LAS CRÍTICAS A LA UTILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD COMO EL DISFRAZ DE LO IRRAZONADO Y DOS REFUTACIONES POSIBLES .....	102
A. Planteo de las críticas .....	102
B. Primera refutación: la utilización del principio de razonabilidad no evita en forma absoluta las malas decisiones, pero brinda mayores garantías de adoptar decisiones correctas .....	102
C. Segunda refutación: el derecho siempre necesita de personas prudentes que lo apliquen .....	103
<b>CAPÍTULO IV. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL CONTROL JUDICIAL: SUS ALCANCES Y POSIBILIDADES .....</b>	<b>105</b>
1. LOS ALCANCES DE LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD: SUS APORÍAS Y DIFICULTADES .....	105
A. Subprincipio de idoneidad .....	106
a) ¿Cuál es el alcance del control judicial sobre el fin de una medida? .....	106
b) ¿Debe el juez adivinar el fin de la medida? .....	107
c) ¿Cuál es el alcance del examen judicial sobre la idoneidad de una medida? .....	108
B. Subprincipio de necesidad en la fiscalización judicial: problemas que plantea el control de alternativas .....	109
a) ¿Qué ocurre cuándo desde cierto punto de vista la medida es más benigna o eficaz y desde otro lo es menos? .....	110
b) ¿Sobre qué momento en relación a la medida administrativa debe el juez aplicar el control? .....	111
C. Las atribuciones del juez y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto en el control judicial ....	112
D. Las dificultades intrínsecas del control del contenido esencial .....	113
2. CONCLUSIONES SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE RAZONABILIDAD .....	113

	Pág.
<b>CAPÍTULO V. LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y LA SUPERACIÓN DE SUS CONFINES ACTUALES</b> .....	117
1. LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS EN EL DERECHO ARGENTINO.....	119
A. La motivación como exigencia constitucional.....	119
B. La motivación en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo.....	119
C. Autonomía del elemento de motivación en el acto administrativo.....	121
D. Breve nota sobre la discrecionalidad y la motivación...	122
2. LOS MOTIVOS DE LA MOTIVACIÓN: HACIA UNA LECTURA DEMOCRÁTICA DEL DISCURSO ADMINISTRATIVO.....	123
A. La motivación como exigencia política y las carencias democráticas de la Administración.....	124
B. La Administración como juez y parte y la motivación.	125
C. La rendición de cuentas por parte de la Administración.....	126
D. La motivación y el examen judicial de las decisiones...	126
E. La motivación y la transparencia en el obrar estatal...	127
F. La motivación mejora el obrar administrativo.....	127
3. LAS DEFICIENCIAS DE MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y SUS CONSECUENCIAS.....	128
A. La nulidad absoluta de la decisión inmotivada.....	129
B. El sentido del agotamiento de la vía administrativa y la subsanación del vicio de falta de motivación.....	130
C. El acto inmotivado o motivado en forma gravemente defectuosa y la presunción de legitimidad.....	131
D. La objeción de la nulidad por la nulidad misma en los casos de falta de motivación.....	131
<b>CAPÍTULO VI. EL USO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS</b> .....	135
1. LA RAZONABILIDAD EN LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES QUE INCIDEN DIRECTAMENTE EN DERECHOS FUNDAMENTALES.....	136

	Pág.
A. El subprincipio de idoneidad utilizado por la Administración y la operación sobre dos realidades distintas...	136
B. El subprincipio de necesidad en la motivación y las potencialidades comparativas.....	137
C. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto en la función administrativa y el salto de las estrecheces del proceso judicial.....	139
D. La garantía del contenido esencial en la motivación y el deber de armonizar.....	140
2. UN CASO PRÁCTICO. LA SANCIÓN A CONSULTORAS POR LA DIFUSIÓN DE ÍNDICES DE PRECIOS: LA UTILIZACIÓN DE LA RAZONABILIDAD EN DECISIONES QUE AFECTAN DERECHOS DE MODO DIRECTO.....	141
A. Los hechos del caso.....	141
B. La aplicación del principio de razonabilidad en la decisión administrativa.....	143
C. La aplicación del subprincipio de idoneidad en la motivación de la decisión que sanciona a la consultora...	144
a) La idoneidad comparativa.....	144
b) Los fines expresos y los fines reales.....	146
c) La errónea evaluación de idoneidad del medio en relación al fin.....	147
d) Conclusiones en este paso.....	148
D. La aplicación del subprincipio de necesidad.....	148
a) El análisis comparativo de adecuación de las medidas.....	148
b) La incidencia en los derechos de las medidas alternativas.....	149
c) Conclusiones de este punto.....	150
E. La aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.....	150
a) El análisis de los costos.....	150
b) La evaluación de los beneficios.....	151
c) Conclusiones relativas a la motivación en este paso.....	152
F. La garantía del contenido esencial en la motivación de las decisiones administrativas.....	152
a) La determinación del contenido esencial de los derechos involucrados.....	152



	<u>Pág.</u>
b) La determinación del contenido esencial del bien público .....	153
c) La armonización entre los derechos y los bienes públicos.....	153
d) Conclusiones relativas a la motivación en la verificación del respeto del contenido esencial .....	153
3. ALGUNOS MODOS TÍPICOS DE MOTIVAR DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD .....	154
A. Motivación que refiere al dictamen.....	154
B. La motivación de medidas en las que existió cierta deliberación pública previa .....	156
C. Vinculación de la motivación al caso concreto .....	157
D. El momento de la motivación .....	157
4. ¿Y SI LA MOTIVACIÓN NO SE REALIZA COMO AQUÍ SE PROPONE? .....	158
5. PROPUESTA SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR DEFECTOS EN LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES .....	159
A. El control estricto sobre los procedimientos y la motivación.....	159
B. El control judicial oportuno de los procedimientos previos.....	160
<b>CAPÍTULO VII. LA EXPERIENCIA COMPARADA: ESTADOS UNIDOS Y LA OFICINA DE INFORMACIÓN Y ASUNTOS REGULATORIOS .....</b>	<b>165</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	165
2. LA HISTORIA DE LA OFICINA DE INFORMACIÓN Y ASUNTOS REGULATORIOS EN ESTADOS UNIDOS.....	166
3. LA COORDINACIÓN DE LAS ACCIONES REGULATORIAS Y EL ESTUDIO DE RAZONABILIDAD DE LA MEDIDA: REQUISITOS DE UNA ADMINISTRACIÓN JUSTA.....	167
4. LA REGULACIÓN SEGÚN LA ORDEN EJECUTIVA 12.291 DE 1981.....	168
5. EL FUNCIONAMIENTO DE OIRA SEGÚN LA ORDEN EJECUTIVA 12.866 DE 1993 DEL PRESIDENTE CLINTON .....	169

	<u>Pág.</u>
6. LA ADMINISTRACIÓN OBAMA Y LA OIRA.....	171
7. CONCLUSIONES .....	172
<b>CONCLUSIONES. POR UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA INTELIGENTE.....</b>	<b>175</b>
1. 20 REGLAS PARA MOTIVAR UNA DECISIÓN EN FORMA SUFICIENTE .....	176
2. DECISIONES CREATIVAS, JUSTAS Y RAZONABLES: LOS FRUTOS DE UNA ADMINISTRACIÓN DEMOCRÁTICA.....	179
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>181</b>
<b>FALLOS.....</b>	<b>187</b>