

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>
ABREVIATURAS	9
PRÓLOGO	13
INTRODUCCIÓN. LA NECESIDAD DE DEMOCRATIZAR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	17
CAPÍTULO I. EXIGENCIAS DEMOCRÁTICAS INDISPENSABLES EN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES ADMINISTRATIVAS	23
1. LOS RECLAMOS DE LA DEMOCRACIA AL DERECHO ADMINISTRATIVO	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. LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DE LA DISCUSIÓN PÚBLICA	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
CAPÍTULO II. UNA COMPRENSIÓN DISTINTA DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	43
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
CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LAS DECISIONES PÚBLICAS COMO GARANTÍA CONTRA LA ARBITRARIEDAD.....	73
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
CAPÍTULO IV. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN EL CONTROL JUDICIAL: SUS ALCANCES Y POSIBILIDADES	105
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.
CAPÍTULO V. LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS Y LA SUPERACIÓN DE SUS CONFINES ACTUALES	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
CAPÍTULO VI. EL USO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS	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
CAPÍTULO VII. LA EXPERIENCIA COMPARADA: ESTADOS UNIDOS Y LA OFICINA DE INFORMACIÓN Y ASUNTOS REGULATORIOS	165
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
CONCLUSIONES. POR UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA INTELIGENTE.....	175
1. 20 REGLAS PARA MOTIVAR UNA DECISIÓN EN FORMA SUFICIENTE	176
2. DECISIONES CREATIVAS, JUSTAS Y RAZONABLES: LOS FRUTOS DE UNA ADMINISTRACIÓN DEMOCRÁTICA.....	179
BIBLIOGRAFÍA	181
FALLOS.....	187