

Coviello, Pedro

Derecho administrativo y ética. Una visión luego de treinta y cinco años

Administrative law and ethics. A vision after thirty-five years

Prudentia Iuris N° 80, 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Coviello, P. (2015). Derecho administrativo y ética : una visión luego de treinta y cinco años [en línea], *Prudentia Iuris*, 80. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derecho-administrativo-etica-coviello.pdf> [Fecha de consulta:.....]

DERECHO ADMINISTRATIVO Y ÉTICA
Una visión luego de treinta y cinco años
Administrative Law and Ethics. A Vision after thirty-five years

Pedro Coviello*

Los treinta y cinco años transcurridos desde el primer número de *Prudentia Iuris* me traen recuerdos imborrables de aquellos primeros ejemplares de tapa y contratapa color ocre, con artículos de una calidad asombrosa y que tanto me sirvieron en mi comprensión de la Filosofía del Derecho. Si bien esa era la orientación de la revista, la iusfilosofía la hacía extensiva a los distintos saberes jurídicos que buscaran su asentamiento profundo en valores y principios superiores.

Por ello, al igual que en otras oportunidades en las que humildemente traté de dar mi aporte en estas páginas eminentes¹, hoy sólo trataré de dar una breve visión, muy personal, del Derecho Administrativo y la ética durante los últimos treinta y cinco años. Son los años que viví en la docencia en mi querida Pontificia Universidad Católica Argentina (desde 1977) y en el desempeño de distintos menesteres profesionales.

En especial, y dado el cariz que guía a *Prudentia Iuris*, trataré de insistir, al igual que en otras oportunidades, sobre las raíces nutricias del Derecho Administrativo.

I

Muchas veces, en este sentido, se ha visto a dicha disciplina como una estructura jurídica destinada a justificar la “arbitrariedad” estatal. Ésta era entendida como resultado de entenderse que el Estado podía hacer lo que quería, según lo que las situaciones y sus circunstancias exigieran. Se negaba de tal forma que los jueces pudieran juzgar las “razones de oportunidad, mérito o conveniencia” que determinaban el dictado de los distintos actos de los órganos estatales, salvo la muy

* Profesor Titular Ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: pjic17@hotmail.com

1 “El Derecho: ¿Realidad o norma moral? A propósito de la tesis de Michel Villey”, *Prudentia Iuris*, Nro. 29. “Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo”, *Prudentia Iuris*, Nro. 56.

restringida “legalidad formal” de ellos. (Valga el ejemplo de los decretos de necesidad y urgencia, que no hace mucho algún *enmostachado* funcionario criticó que judicialmente se los cuestionara, dado que estaban sometidos a aquéllas razones, que eran “no justiciables”).

Esa visión era, a mi juicio, producto de que parte de la dogmática de nuestra disciplina la veía desde el complejo de la Administración Pública en sus relaciones con los administrados, pero con la visión defectuosa de los autores de limitarse muchas veces a un estudio “estructural”, más que una indagación profunda de la razón de las instituciones iusadministrativas, como si no hubiera un contenido ético en la savia que las alimentaba.

Pero la persona del administrado era vista más desde el aspecto formal de su relación con el Estado y, en muchos casos, como alguien “sometido” a la decisión estatal, entendida como aquella que involucraba siempre el interés general sobre el interés particular de los “súbditos”. Tal visión era común tanto en el Derecho comparado como en el nacional. A veces, se apreciaba el complejo de que lo ético o hasta religioso era algo ajeno al estudio de dicha rama jurídica. A lo largo de los años, voces críticas se elevaron para postular una distinta formulación expositiva del Derecho Administrativo, pero a partir de la persona, no de la mera y fría descripción de la estructura relacional del Estado. Nuestros autores fueron un ejemplo de ello. Para no abundar en detalles y citas, basta mencionar a Rafael Bielsa, al bastante olvidado cordobés Félix Sarria, a Bartolomé Fiorini, a Miguel S. Marienhoff, a Juan Carlos Cassagne, o al siempre recordado Julio Rodolfo Comadira, entre otros clásicos autores de generaciones anteriores, que, cada uno con su impronta ética o religiosa, renegaron de tan estrecha visión.

Una frase que considero que resume el sentido del Derecho Administrativo en la actualidad es la de un distinguido autor español, pleno de humanidad y espíritu indagador, como Francisco González Navarro: “[...] *creo que el Derecho es para la libertad. Sobre todo el Derecho Administrativo que es el derecho del poder y que precisamente en esa finalidad encuentra su justificación*”².

Y allí surge un componente que muchas veces aparecía olvidado para los autores del Derecho Administrativo: *la libertad*. Parecía que ella estaba más situada en la provincia de los constitucionalistas que los administrativistas. Por suerte hoy en día ello no ocurre³.

No se trata de priorizar la libertad sobre cualquier otro valor, al punto de llegar a su exacerbamiento. La libertad es un instrumento ético para que pueda la persona cumplir sus fines existenciales, más allá de otros enfoques filosóficos o iusfilosóficos que se le asignen. Pero tiene los límites que le fija el Derecho.

De ello se tratará en el presente trabajo, que más que nada constituye una reflexión personal en base a aportes realizados en otras oportunidades y no una exposición erudita de tópicos académicos.

2 González Navarro, F. (1987). *Derecho Administrativo Español*, t. I, 1ª ed. EUNSA. Pamplona, 40.

3 Basta citar la muy reciente obra del profesor Cassagne, J. C. (2015). *Los grandes principios del Derecho Público. Constitucional y Administrativo*. Buenos Aires. La Ley, esp. cap. VI “El principio de libertad”, 231 y sigs.

II

Como he dicho, muchas veces se negó la consideración de aspectos iusfilosóficos y éticos –hasta religiosos– en el estudio del Derecho Administrativo. Se invocaba que toda elaboración en esta disciplina debía estar sustentada en rigurosas bases científicas. Como si ciencia y religión fueran dos compartimentos estancos. Sabemos bien que no lo son. (No sé si los negadores lo hacen para no tener peso de conciencia).

Para comprender la visión ética del Derecho Administrativo, podemos detenernos en puntos clave que son mojones que señalan el camino a recorrer en torno a su vínculo con la Moral.

1. *La persona*. En otro momento⁴, escribí que tanto el Derecho Administrativo como cualquier otra rama del Derecho deben partir de la raíz primaria de quien es su destinatario último: *la persona humana*. Es a partir de ella que debe erigirse cualquier disciplina jurídica –aunque tratare de aparentes cuestiones técnicas. Caso contrario, se construiría sin contar con los cimientos últimos que dan razón a las instituciones iusadministrativas. Olvidar esto es, en definitiva, olvidar al hombre, puesto que *una cultura no se forja sin una visión ética de la persona humana*, enraizada en valores comunes⁵. Estos dos últimos siglos han sido testigos elocuentes de ello: la cuestión social, las dos trágicas guerras, el comunismo y sus distintas variantes, el nacionalsocialismo, el fascismo, el holocausto, los *gulags*, los fanatismos religiosos, el terrorismo –en cualquiera de sus facetas– y sus víctimas, etc., son, en definitiva, consecuencias de esa visión que se tiene del hombre, esto es, si es un *individuo*, un engranaje de la gran máquina estatal, un absurdo, una realidad inmanente o un ser fatalmente destinado por un dios antojadizo y voluble.

Si se parte, entonces, de la persona, es lógico que deba existir un sustento filosófico de la visión que se tenga de la persona, en su dimensión individual y social, para no caer ni en un absolutismo socialista de confundirla o mezclarla con el mismo Estado –aunque forme parte de él, mas no en forma indivisa– ni en un absolutismo individualista⁶.

4 “Una introducción...”. Ob. cit.

5 “El valor del Derecho no es solamente una teoría. Por debajo de todos sus temas está implicado el destino mismo del hombre. La concepción que defendemos, además de testigos, tiene mártires.” Soler, S. (1948). *Los valores jurídicos*. Buenos Aires; separata de la Revista Jurídica de Córdoba, Año 1, Núm. 2. “El hombre es la *sustancia* de todo Derecho, y el individuo y sus connaturales exigencias son la originaria e intrínseca razón de los órdenes sociales. La cualidad de persona jurídica no llega al hombre por una concesión de los órganos del Estado, sino, por el contrario, el Estado tiene por supuesto suyo el Derecho del individuo. El Derecho Positivo que se revela mediante formas y datos exteriores se halla, por lo tanto, subordinado a otro Derecho cuyo fundamento está en la naturaleza humana y es directamente conocido por la razón”. *Persona, Estado y Derecho*, trad. esp. de Manuel Fraga Iribarne. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 1957, 26 y 27.

6 Aunque en la actualidad los cristianos estamos viendo que Estados aparentemente respetuosos de los Derechos Humanos, como Alemania o Noruega, les quitan los hijos a los padres o a estos los encarcelan porque se oponen a determinadas enseñanzas desviadas sobre la educación sexual o no comulgan con la política social del Estado.

2. *Servicialidad*. “El verdadero poder es el servicio”, dice nuestro Papa Francisco en forma reiterada. Ciertamente, tal expresión la repetía desde que él era nuestro Arzobispo y Gran Canciller de la Universidad Católica ante los presidentes argentinos. Así, en el *Te Deum* del 25 de mayo de 2001, dijo ante el Presidente De La Rúa: “*El poder es servicio. El poder sólo tiene sentido si está al servicio del bien común*”. Tal concepto no tiene valor sólo moral, sino político-jurídico.

El Estado no es, en este marco de apreciación, sólo una organización en torno a la cual se estructura el Derecho Administrativo y se formulan las instituciones iusadministrativas. Tal visión sólo en parte es correcta. En sentido profundo, el Estado tiene un carácter *medial* y servicial respecto a la persona y su fin está intrínsecamente vinculado a ella.

El Estado no tiene un fin para sí, *sino que su fin es el de las personas*. De esta manera, la persona no aparece, en esta visión, como un “*instrumento*” al servicio del Estado, o un *súbdito* (en el sentido de “sometido” al nudo poder estatal) o alguien que está en una mal entendida “*relación de especial sujeción*”. Antes bien, en una correcta visión, el Estado se presenta ante la sociedad como una organización *a su servicio*, lo que permite que en vez de sostener el dualismo (de raíz liberal) y hasta la confusión (de los autoritarismos o populismos) sociedad-Estado, se pueda hablar de *comunidad* en el marco de una relación servicial. (No sé quién fue que dijo que “si el Estado no sirve, no sirve”).

Tal *servicialidad* es la que, al mismo tiempo, determina que el Estado, como uno de los gerentes del bien común, deba velar por su logro, dirima los conflictos que en la confrontación entre los distintos intereses comunitarios puedan existir (característica típica de la función judicial, si bien existen notas similares, aunque no sustanciales, en las actividades de los otros dos Poderes), distribuya las cargas sociales conforme principios de justicia y adopte las decisiones políticas (de índole legislativa o administrativa) ordenadas al *bien común*.

3. *Bien común*. La idea de bien común es de raíz cristiana, toda vez que fue santo Tomás de Aquino quien la acuñó⁷. Hoy en día, la locución ha tenido un efecto expansivo que permitió que se la utilice aun con ideas ajenas al catolicismo o al cristianismo, a tal punto que a términos aparentemente irreductibles por su raíz individualista, como *utilidad general* o *interés general*, se los ha considerado equiparables al bien común⁸. Con ello, dichos términos han tomado un giro diferente –más solidario, ético y sustancial– que permite su utilización en forma intercambiable con el de bien común.

La doctrina del bien común tiene una dimensión estrictamente *personal*, pero a través de una visión *situada* de la persona; es decir, fuera de la cosmovisión individualista, moralmente comprometida con la realidad social. Y si se habla de la

7 Sánchez Agesta, L. (1962). *Los principios cristianos del orden político*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 167.

8 Jean Rivero, quien fue uno de los grandes administrativistas franceses, e inspirado en el pensamiento católico, sostuvo que la Administración Pública es en su actuación desinteresada porque está al servicio del interés general o bien común: *Droit administratif*, 8^a ed. Paris Edit. Dalloz, 1977, 10. Ver también la 18^a ed. (Paris. Dalloz, 2000) escrita con la colaboración de Jean Waline, 10.

persona, se hace referencia de su vida, su dignidad y su libertad. Como lo describió Messner, “[...] el orden del bien común es, ante todo y fundamentalmente, un orden de libertad, según el criterio de las esferas de responsabilidad del hombre individual y de las sociedades miembros, que se funda en los fines existenciales y en el orden de estos fines”⁹.

El bien común no constituye un fin en sí mismo. Es un *concepto instrumental* orientado al logro de los fines existenciales del hombre. Conforman un *orden* para que la persona logre esos fines. Como se aprecia, el bien común afirma y favorece la libertad auténtica de la persona, por lo que se encuentra bien distante de las concepciones que subordinaron la persona al Estado o sólo la vieron como instrumento de él (propia, entre otros, de los colectivismos) y de las que negaron la raíz social de la persona, acentuando, en algunos casos, la libertad a extremos radicales. Esto se desarrollará más adelante cuando se exponga el principio de subsidiaridad.

4. *El Estado de Derecho y el principio de legalidad.* Para el iusnaturalismo no constituyó una materia novedosa la idea de la sumisión del Estado al Derecho —de ello se trata—, puesto que desde la Biblia se reconoció dicha limitación, y no sólo los pensadores medievales lo afirmaron, sino que también encontramos la misma idea en la escolástica española¹⁰. No obstante, el mérito de la formulación del Estado de Derecho, resultado de los doctrinarios alemanes de mediados del siglo XIX, está dado porque a partir de ella se estructura toda una dogmática occidental acerca de los alcances y límites del poder estatal.

La primacía del Derecho sobre el Estado, consecuencia de su anterioridad y heteronomía respecto a él, se manifiesta no sólo en las cartas constitucionales como las de nuestro país y Estados Unidos de Norteamérica, que reconocieron en sus preámbulos a Dios como fuente de toda razón y justicia, sino en las más modernas, como la Carta Fundamental de Bonn y la Constitución española, que declararán la limitación de los poderes públicos no sólo por la ley, sino también por el Derecho (arts. 20.3 y 9.1 y 3°, y 103.1, respectivamente). La misma idea campea en los autores del Derecho Público y iusfilósofos, aunque el punto de discusión se configura a partir del basamento Derecho (entendido como anterior al Estado), es decir, si puede cimentarse en la Moral, y, de ser afirmativa la respuesta, cuál es a su vez el sustento de ella. (Como se dice, esto merece un capítulo aparte, de otro trabajo).

Sánchez Agesta escribió que el Estado de Derecho es “aquel que sirve a los *valores éticos del Derecho* mediante técnicas que están íntimamente vinculadas a los valores de justicia y seguridad que el Derecho debe realizar como instrumento de la vida humana en el orden social, o como definidor del orden de la convivencia humana en una comunidad política. Supone, pues, la respuesta al problema del

9 Messner, J. (1967). *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*. Madrid. Rialp, 208.

10 Coviello, P. “Concepción cristiana del Estado de Derecho”. En *ED*, 129-923. Íd.: “La denominada ‘zona de reserva de la Administración’ y el principio de la legalidad administrativa”. En AA. VV. *Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires. Edit. Abeledo-Perrot, 1998, 193-222.

equilibrio de los impulsos del poder y la libertad dentro del orden” (el énfasis me pertenece)¹¹.

Si la actividad estatal está enmarcada por el Derecho, puesto que no otra cosa es el Estado de Derecho, de lo que se está hablando es de un *orden ético*, que se exige a quienes actúan y expresan la voluntad estatal. Por lo tanto, *el comportamiento ético estatal será el de las personas que forman parte de la organización de sus poderes y entidades*.

Al lado del valor que representa la concepción del Estado de Derecho, aparece el *principio de legalidad administrativa*, tan caro a nuestra disciplina y, puede decirse, liminar en el ingreso a su estudio. Ese principio de legalidad no es sólo el apego a la norma positiva estricta, sino a un conjunto de componentes de esa legalidad o juridicidad –como gustaba decir Julio Comadira–, que, partiendo de la norma suprema, la Constitución, pasa por las leyes, los tratados, los reglamentos, los actos administrativos, los principios generales del Derecho y la equidad¹².

5. *Subsidiariedad y solidaridad*. El principio de subsidiariedad importa el reconocimiento de los distintos roles que corresponden a la comunidad política, los cuerpos o grupos intermedios y las personas. Significa admitir que existen actividades que deben ser llevadas a cabo libremente o con regulación por las personas o grupos intermedios y con el adecuado marco de autonomía y, por otro lado, la comunidad política, al lado del cumplimiento de sus fines específicos, debe intervenir en el medio social –a través de las distintas técnicas de intervención– para favorecer su desarrollo¹³.

Si volcamos la idea al rol que el Estado debe cumplir se destaca que no importa una postura negativa o abstencionista, sino *atenta y vigilante* a lo que ocurre en la sociedad. Es, por lo tanto, una actitud positiva; importa un rol comprometido con el orden social. En ese contexto, el Estado promueve, ayuda, coordina, controla, vigila y cuando determinadas situaciones así lo exigen por razones de bien común o de justicia distributiva, “suple”, es decir, reemplaza o sustituye.

No existen fórmulas determinadas para establecer cuándo debe intervenir el Estado. Sin embargo, aunque es una cuestión de hecho, puede decirse, con fundamento en dicha doctrina, que en la medida en que los individuos y el grupo social puedan cumplir eficazmente sus fines y actividades, la intervención estatal en estos campos constituirá un hecho grave e ilegítimo. Sería prácticamente un despojo hacia la sociedad¹⁴.

11 Sánchez Agesta, L. (1979). *Principios de teoría política*, 6ª ed. Madrid. Editora Nacional, 151.

12 Cf. mi trabajo “La denominada ‘zona de reserva de la Administración’ y el principio de la legalidad administrativa”, cit.

13 En la versión española se tradujo la expresión “subsidiarii officii principio” por principio de función subsidiaria. El origen de la palabra subsidiario es militar, “subsidiarii cohortes”, cuya traducción es cohortes de reserva, que intervenían cuando las formaciones principales no podían cumplir acabadamente su misión. Con ello se señala que subsidiario no significa “ayuda”, sino servir como reserva cuando no se pueda cumplir con el cometido principal. Messner, ob. cit. en nota 10, 336.

14 Sobre el rol del Estado en la realidad de los siglos XIX y XX, ver: Cassagne, J. C. (1994). *La intervención administrativa*, 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. Ariño Ortiz, G. (1993). *Economía y Estado*. Madrid. Marcial Pons.

Subsidiariedad y solidaridad son hoy en día bases del actual rol del Estado, puesto que entre todos los componentes sociales hay una interrelación que no admite un desentendimiento ni de los componentes de la comunidad ni del aparato estatal. Ambas son pautas claves del actual rol del Estado en el medio social, del que no están excluidos los individuos¹⁵. Un país sin solidaridad del lado de los habitantes no es realmente una comunidad humana, sino una fría máquina indiferente al sufrimiento del prójimo. No es que el Estado deba forzar la solidaridad. Ella es una cuestión moral, que, sí, debe fomentar a través de, entre otros medios, la educación.

De otra parte, no existe ni puede existir un modelo fijo y definido que nos señale el grado de intervención del Estado en dicho medio. Sólo pueden darse pautas a partir de los principios señalados. La vuelta a supuestos abstencionismos propugnados por el liberalismo en su sentido más recalcitrante no es tal. No se vive la realidad del siglo XIX, con las nefastas consecuencias a que dicha ideología llevó. La cuestión social no surgió por obra y gracia de la espontaneidad. Por ello, como bien lo dijo Comadira, “el Estado no puede abandonar el papel de gestor del bien común, y volver al interesado postulado del indiferentismo global”¹⁶.

De ahí que si bien la solidaridad es propia de los componentes de la comunidad, es propio del Estado configurar las condiciones para que ella se dé y fructifique¹⁷. Hoy en día, no es sólo el mercado el que marca el natural desenvolvimiento de la sociedad y favorece el desarrollo personal y social. Las meras fuerza naturales no son suficientes para impedir que los fuertes puedan predominar sobre los más débiles o indefensos. El Estado, entonces, con sustento en el principio de subsidiariedad, debe necesariamente intervenir *a través de su rol regulador* para que no ocurran dichas situaciones u otras de injusticia social que el propio medio natural de las relaciones interindividuales pueda resolver¹⁸. Las normas de defensa del consumidor y de la competencia, entre otras, son manifestaciones de tal realidad. Mas, a la inversa, tampoco debe intervenir de manera de ahogar u obstruir la acción legítima de los particulares buscando subterfugios absurdos o carentes de contenido jurídico en aras de supuestos intereses comunitarios.

En fin, se trata de tópicos (solidaridad y subsidiariedad) que tienen íntima vinculación con el Derecho Administrativo, puesto que a través de sus cauces jurídicos discurre su puesta en práctica. No es una cuestión meramente técnica o política, sino jurídica, y, por ende, moral.

Puedo traer aquí lo dicho por el Papa Francisco en su mensaje a la Rota Romana en la inauguración del año judicial: “La función del Derecho se orienta a la *salus*

15 “[E]s preciso decir que siendo el bien común temporal un bien común de *personas humanas*, por ello mismo, cada una, subordinándose a la obra común, se subordina a la realización de la vida personal de las otras, de las otras *personas*”. Maritain, J. (1955). *Humanismo integral*, trad. esp. Santiago de Chile. Ercilla, 200-201.

16 Comadira, J. R. “Los sujetos reguladores en la post privatización”. En *Régimen de la Administración Pública*, N° 183-26.

17 Ver al respecto: Ariño Ortiz, ob. cit. en nota 15, 91-93.

18 Como dijo recientemente el Papa Benedicto XVI en la encíclica *Deus caritas est*: “Lo que hace falta no es un Estado que regule y domine todo, sino que generosamente reconozca y apoye, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, las iniciativas que surgen de las diversas fuerzas sociales y que unen la espontaneidad con la cercanía a los hombres necesitados de auxilio”.

*animarum*¹⁹, es decir, a la salvación de las almas. En tal idea, cobra sentido concebir al Derecho Administrativo a la luz de su base servicial hacia las personas.

6. *¿Se caracteriza el Derecho Administrativo por ser un “régimen exorbitante”?* Esta pregunta cobra actualidad frente a ataques formulados contra dicha expresión, expresión otrora bastante común en una parte muy importante de la doctrina argentina, con la denominación completa de “régimen exorbitante del Derecho Privado”. Pero que hoy muestra una faceta crítica.

Uno de los autores que más expuso en su momento sobre ella fue el profesor Juan Carlos Cassagne, quien le dio un perfil muy particular y jurídico. Esta locución tiene su origen, tal como se desarrolló en nuestro país, a partir de la utilización del término “cláusula exorbitante”, expuesta por el profesor Miguel Santiago Marienhoff, al tratar los contratos administrativos, término acuñado por el Derecho Administrativo francés²⁰. Entre otros autores que han seguido utilizando la expresión se encuentran los profesores Rodolfo Carlos Barra y Julio Rodolfo Comadira.

En nuestro país, la sola mención de dicha locución —o de la denominada “zona de reserva de la Administración”, formulada por el profesor Marienhoff y seguida por otros autores y aún por la Corte Suprema de Justicia de la Nación²¹— dio lugar a críticas en la doctrina, algunas de ellas desmedidas, como si se pretendiera justificar el ejercicio de la arbitrariedad o de la prepotencia estatal. Las palabras asustaron más que su contenido.

Nada de ello merece las letras de calamidad de los críticos. Dicha locución ha sido seguida en nuestro país tanto por la doctrina, como, aún, por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y esa crítica se desvanece en su entidad, a poco que se adviertan los límites que desde el principio se le dio a dicha fórmula dogmática.

En efecto, la idea que siempre ha campeado en sus postuladores es que la fórmula describe la existencia de *prerrogativas* del poder público y, del otro lado, un *sistema de garantías* para los administrados. Algo así como lo que se describió como la “tensión” que existe en la relación jurídico-administrativa entre *autoridad y libertad*.

En un trabajo titulado “El régimen exorbitante y las garantías del administrado”²², el profesor Cassagne expuso que el contenido del régimen exorbi-

19 OR del 30-1-2015.

20 Según esa doctrina, había contrato administrativo cuando una de las partes era el Estado, tenía un fin público y contenía explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del Derecho Privado. Este modelo fue seguido en nuestra doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El tema lo traté en su momento, entre otros trabajos, en “El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, publicado en *El Derecho*, T. 111-845 (1984); “La teoría general del contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, publicado en el número aniversario *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993*, Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, 1994.

21 Desarrollada en mi trabajo citado, “La denominada ‘zona de reserva de la Administración’ y el principio de la legalidad administrativa”. En AA. VV. (2009). *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, T. I. Caracas. Ediciones Paredes.

22 *El Derecho*, T. 82, año 1979, 929 y sigs.

tante, “restringido por la doctrina clásica de la prerrogativa de poder público, debe incluir no sólo las potestades que reflejan el imperium estatal sino aquellos otros poderes que configuran las garantías que el Derecho Público consagra a los particulares. Y de esa ecuación o equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados es la base fundamental de la armonía y justicia del sistema administrativo”.

En la fundamentación de dicho régimen, Cassagne se remontó en dicho artículo al iusnaturalismo clásico, al sostener que aquél constituye el aspecto normológico que se funda en los requerimientos de las dos especies de justicia: legal o general y distributiva (particular), conforme las exigencias del bien común, fin del Estado, por lo que, concluía, “el régimen exorbitante sólo se concibe, en definitiva, al servicio de ese fin de bien común, a través del cual se alcanza el bien individual”.

Precisamente, cuando enfocó el autor citado el estudio de las garantías del particular o administrado, dedicó un espacio mucho mayor que la cita de las prerrogativas (menciona: A) *garantías sustantivas*: garantía de la igualdad, el principio de legalidad, la garantía de razonabilidad o justicia, la garantía de la propiedad frente a los actos de los poderes públicos; B) *garantías adjetivas*: el informalismo a favor del administrado, el debido proceso adjetivo, integrado, éste, por el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir pruebas, el derecho a una decisión fundada).

Debo reiterar que en la exposición de nuestros autores sobre la teoría del régimen exorbitante estaba excluida toda visión que pudiera concebirse favorecedora de la arbitrariedad o prepotencia estatal. En algunos casos hubo hasta ataques injustos contra el profesor Comadira –que es mejor no mencionar la autoría–, con los citados argumentos.

No obstante, en tiempos más recientes se observa un cambio en la utilización del término. En este sentido, el profesor Cassagne, en las últimas ediciones de su obra basilar, *Derecho Administrativo* –que a partir de la 10ª edición se titula *Curso de Derecho Administrativo*²³–, ha preferido sustituirlo por *régimen administrativo*. Cito al efecto, en una de las ediciones de su obra²⁴, donde precisa, concluyendo el capítulo III, del título primero, que “el régimen exorbitante se configura como el sistema propio y típico del Derecho Administrativo. Por ello resulta, quizás, preferible que reciba la denominación de ‘régimen administrativo’ con las connotaciones que se han indicado [prerrogativas y garantías]”.

Es más, últimamente, también ha variado la noción dada sobre el acto administrativo, al que caracterizaba por su *régimen exorbitante*, para asignarle la de ostentar un *régimen administrativo*²⁵.

Quizás, en opinión personal, en punto a evitar erróneas o distorsionadas interpretaciones, sea mejor el camino de citar “régimen administrativo”, como la fórmula para describir el “modelo” de la relación jurídica iusadministrativa y sus instituciones. Aunque digo creyendo que el cambio –motivado, quizás, para no afectar inteli-

23 Cassagne, J. C. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*, T. I. Buenos Aires. La Ley, 122. En la 10ª, 77.

24 Cassagne, J. C. (2006). *Derecho Administrativo*, 8ª edición. Buenos Aires. Lexis Nexis.

25 *Ibidem*, T. II, 8ª ed., 110. *Curso...* Ob. cit., T. I, 543.

gencias bienintencionadas—, en realidad, no varía el *contenido esencial* de dicho modelo, centrado, fundamentalmente, en la persona humana, su dignidad y su amparo ante la arbitrariedad de cualquier poder público²⁶.

III

Un tema crucial en el moderno Derecho Administrativo es el del *control*. Comadira había escrito, en la obra en coautoría con Escola, al referirse al control público, que “*la juridicidad y la ética son la savia que corre por las arterias del control, y, sin ellas, éste, en un Estado de Derecho, no sólo se vacía de contenido, sino que, además, envenena la República; y que la eficacia y eficiencia sin aquéllas es puro empirismo utilitario, mal consejero a la hora de rescatar los valores perdidos por el país*” (el resaltado me pertenece)²⁷.

1. Y en este debate *moral* del control estatal, vale preguntarse: ¿puede existir un Derecho Administrativo sin control, administrativo o judicial? Un viejo caudillo político argentino decía, como producto, sobre todo, de su experiencia militar, que los hombres son buenos, pero si se los controla son mejores. (Téngase presente que en la vida militar el control es fundamental para verificar el cumplimiento de las órdenes y la eficacia de la actuación de la organización militar).

Entonces, ¿para qué existe el control, en cualquiera de sus facetas? Pura y simplemente para que las cosas se hagan bien, para que la obra realizada sea buena. No se trata exclusivamente de eficacia o de juridicidad, *sino de mejor servicio*. Y esto es un imperativo moral, no meramente burocrático para complicar la acción del dispositivo estatal.

Y las acciones se llevan a cabo para prestar un mejor servicio al público, con eficiencia y economía de medios y personal, para evitar dispendios innecesarios.

2. Pero debemos distinguir, en lo que realmente importa para este trabajo, el control técnico orientado a la eficacia en el cumplimiento de las tareas del control jurídico, especialmente el judicial. Me refiero al judicial porque es en él donde, en definitiva, concluye el control. Insisto que si no hay control judicial no es concebible el Derecho Administrativo.

En este punto debo resaltar, cuanto menos en nuestro país, que el avance en materia de control judicial de la Administración Pública se ha incrementado en forma notable y positiva y también en la admisión de remedios que permitan el acceso a la Justicia de los ciudadanos.

Dentro del control judicial ha sido habitual distinguir, en primer término, las

²⁶ Baste citar que, por ejemplo, en Francia, el funcionario del Consejo de Estado conocido como “*commissaire du gouvernement*”, pasó a denominarse a partir de 2009 como “*rapporteur public*”, por el simple hecho de que la primera denominación “no caía bien”.

²⁷ Comadira, J. R. y Escola, H. J. (2006). *Derecho Administrativo argentino*. México. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 225 (el texto corresponde al capítulo séptimo, punto VII, que fue íntegramente redactado por el primero).

denominadas cuestiones de legalidad, en las que bastaba simplemente confrontar la decisión estatal con lo dispuesto normativamente; aquí no se presentaban conflictos. En segundo término, estaban las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia, donde campeaban principalmente las denominadas cuestiones de discrecionalidad. Era habitual que hasta en los ordenamientos positivos se vedaran las últimas del control judicial. Valga como ejemplo lo dispuesto en el viejo “Código de Procedimiento en lo Contencioso-Administrativo” de la Provincia de Buenos Aires, del año 1906 (comúnmente conocido con el nombre de su autor, como “Código Varela”), donde en el art. 29 se consideraban demandas improcedentes las que versaren “*Sobre cuestiones en que la autoridad administrativa haya procedido en ejercicio de sus facultades discrecionales*”. Debe quedar claro que ello no era sólo propio de nuestro país, sino tanto en el ámbito del Derecho Administrativo europeo como en el propio Derecho norteamericano.

3. Hay que comprender que para los defensores de la división de poderes se entendía que dicha interferencia judicial en lo que está en lo interno, en el riñón de la Administración Pública y también de los poderes políticos, llevaba a hollar el umbral de su intimidad. Valgan ejemplos como los de la aplicación de sanciones administrativas, las decisiones en los concursos universitarios, el proceso de formación de las leyes, los acuerdos para el ascenso a oficiales, el veto a las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, las mismas sanciones aplicadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (que se consideraba que no podían ser controladas por los jueces), y otros supuestos más, que constituyen cuestiones hoy en día superadas y los jueces, sobre todo los del fuero Contencioso Administrativo Federal, no han hecho la otrora común “*self restraint*” ante estos casos que –por experiencia lo digo– son críticos para los jueces²⁸.

Precisamente, y de acuerdo a las tendencias marcadas en los últimos años, la motivación de los actos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales ha sido el instrumento más idóneo para ello²⁹.

²⁸ Estos temas los traté, entre otros, en los siguientes trabajos: “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”. En AA. VV. (2003). *Control de la Administración Pública*. Buenos Aires. Ediciones Rap. “Las pautas jurisprudenciales para el control de las potestades discrecionales: el caso ‘Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos’ (Fallos: 315:1361)”. En *El Derecho. Derecho Administrativo*, 2006, 299-301. “Alcance del control judicial de los entes reguladores”. En Cassagne, J. C. (Director) (2006). *Servicios público y poder de policía*. Buenos Aires. El Derecho, 353-368. “La zona de reserva de la Administración: su actualidad y control judicial en el marco de un Estado de Derecho”. En AA. VV. (2009). *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, T. I. Caracas. Ediciones Paredes. “El poder de sustitución del juez”. En AA. VV. (2010). *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Buenos Aires. Ediciones Rap.

²⁹ Sobre la motivación de los actos de los poderes públicos, entre otros trabajos los traté en: “La motivación de las decisiones de los órganos colegiados”. En XXXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, “Persona, procedimiento, proceso y contratos administrativos”. Buenos Aires. Ediciones Rap, 2013, 41 y sigs., y “Un precedente poco recomendable como doctrina para la motivación de los actos de los órganos colegiados: el caso ‘Caiella’”. En Cassagne, J. C. [dir.] (2013). *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximas precedentes. Derecho Administrativo*, T. I. Buenos Aires. La Ley, 649 y sigs.

4. Me detendré en la motivación de los actos de los poderes públicos, vista desde el prisma de la ética.

La motivación obedece a un principio superior: la forma republicana de gobierno, donde de lo que se trata es de que no exista arbitrariedad, secreto o capricho, sino que se den las razones por las que se actúa de determinada manera. El acceso a los documentos públicos –salvo aquellos que lógicamente se vinculen, realmente, a la seguridad nacional–, que permiten, justamente, conocer las causas por las que se decide, son en la actualidad moneda corriente en los pasillos tribunales y los leemos en los diarios. Las páginas de *El Derecho* han reflejado muchos de tales pronunciamientos judiciales en la materia.

La motivación es quizás algo más pequeño que el simple acceso a documentos públicos. Exige que cuando se dicta un acto se den las razones del porqué de ello. Obsérvese que una de las materias que son el culmen son los decretos de necesidad y urgencia, peligrosas armas jurídicas de la que gustan los gobiernos poco apegados al cuidado de las formas exigidas por la Constitución. Son típicos instrumentos decisionistas, íntimamente vinculados con la denominada “razón de Estado”. Esta doctrina –de larga (y nefasta) prosapia, que se remonta a Maquiavelo– pretende escindir la Política de la Moral, que, en otros términos más precisos, es la escisión de aquella con el Derecho³⁰. Puede ser que espíritus bienintencionados –y a menudo se vebusquen cubrir con fundamentos rodeados de elocuencia y elevación a pensamientos morales, teológicos y hasta jurídicos, lo que no es otra cosa que una tergiversación de lo que es lo jurídicamente correcto y ético a la luz del ordenamiento estatal.

Como un autor escribió al respecto: “Surge así, como contrapunto a la razón de Estado, otra figura no menos heredera de la Modernidad: la del Estado de Derecho”, el cual implica, entre otras cosas, reconocer que “lejos de concebirse a los derechos como mero resultado de lo establecido por la ley, se entiende que la validez de cualquier ley estará subordinada a que respete aquellos derechos previos. Todo ello invita a asumir con mayor moderación cualquier alusión a presuntas ‘razones’ peculiares. A estas alturas, resultaría suicida descuidar el esfuerzo por hacer entrar en razón a un Estado que, falto de controles, degenera en bárbaro Leviatán”³¹.

Las tendencias modernas hacia la transparencia y la ética pública se oponen a ello. Como ejemplo en nuestro país está –aunque aún es ignorada por muchos– la ley 25.188, de ética pública, del año 1999, que en su art. 2º dispone: “Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético: [...] e) *Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia* en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan” (el énfasis me pertenece)³².

30 Sampay, A. E. (1951). *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires. Politéia, 225 y 466, n. 1. Legón, F. J. (1961). *Tratado de Derecho Político general*, T. II. Buenos Aires. Ediar, 381 y sigs. Friedrich, C. J. (1946). *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, trad. esp. México. Fondo de Cultura Económica, 385 y sigs.

31 Ollero, A. (1996). *Responsabilidades políticas y razón de Estado*. Madrid. Fundación para el análisis y los estudios sociales, 15. Es importante para estos temas la lectura del trabajo de Agamden, G. (2007). *Estado de excepción*, 3ª ed. de la traducción esp. Buenos Aires. Adriana Hidalgo Editora, *passim*, esp. cap. 1.

32 El tema de la ética pública lo traté en “Reflexiones sobre la ética pública”, en la revista *Ius et Veritas*, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 48, julio 2014.

IV

En fin, para sintetizar estas breves líneas, diría que, al igual que en el resto de las ramas jurídicas, la relación entre el Derecho y la Moral es inescindible, cualquiera que ellas fueren. En el Derecho Administrativo cobra particular relevancia en la medida que nos encontramos ante una relación jurídica entre el Estado y los particulares o administrados. Y muchas veces, o en la mayoría de los casos, las decisiones estatales recaen, de diversa forma, sobre el resto de la comunidad.

La ética o moral está ínsita en todas las manifestaciones de las relaciones jurídico administrativas –como en todo nuestro acontecer diario. Y para ello, nada mejor que reproducir las partes pertinentes de un muy interesante dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación, firmado por el entonces Procurador Rosatti, que ostenta un valor moral que es mi deber resaltar: “[...] no está de más recordar que la consideración del *Estado como primer obligado ético* que siempre ha sustentado la jurisprudencia administrativa vertida por mis antecesores, inhibe cualquier elucubración jurídica que no tenga en cuenta dónde está la necesidad y la disminución de los derechos en estos actuados. Porque, como ha tenido oportunidad de destacar este Organismo asesor [...]: [...] *el Estado Nacional, persona ética por excelencia, debe actuar no sólo dentro del orden jurídico sino también en consideración a la equidad y a los principios que la informan [...]*.”

Ese carácter ético que reviste el Estado ha sido constantemente predicado no sólo desde el Derecho, sino también, por cierto, desde la Filosofía.

”Se ha expresado en tal sentido: Como comunidad que tiene su fundamento en los fines existenciales del hombre el Estado forma parte del orden ético y es un valor de ese tipo. Forma parte de la realidad de la plenitud de la naturaleza humana, su función del bien común forma parte de la responsabilidad moral de la persona humana. El Estado como comunidad lleva, pues, consigo la dignidad de los seres morales. Y puesto que sus funciones son fundamentales para la satisfacción de las funciones humanas, culturales y vitales, su valor en relación con los valores particulares dentro esta esfera es el más amplio; por consiguiente, un valor moral del más alto rango. Santo Tomás de Aquino no vacila en designar al Estado, lo mismo que Aristóteles, como la creación más destacada de la razón humana, y en asignar, por consiguiente, a la política el lugar más elevado entre todas las artes [v. Messner, J. (1967). *Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural*. Madrid. Rialp, 857 y sigs.].

”De otra parte, no cabe albergar dudas de que la directiva constitucional de promover medidas positivas en materia de Derechos Humanos (v. art. 75, inc. 23, CN), a las que asigno no sólo un sentido compensatorio sino proactivo y amplio, y predicable respecto de todos los órganos que titularizan las funciones del poder, se erige en una pauta útil de interpretación de toda disposición normativa³³.

Quiera Dios que los valores éticos insuflen cada vez más en la faz práctica y académica la aplicación de las instituciones del Derecho Administrativo por parte de sus operadores jurídicos. Guardo mi esperanza positiva en ello.

33 Dictamen N° 549, del 11-11-2003.