

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Juan Carlos Cassagne*

Sumario: 1. El nuevo escenario; 1.1 Sobre el neoconstitucionalismo y el positivismo; 1.2 La declinación del positivismo legalista y el auge de las tendencias “iusnaturalistas”; 1.3 Acerca de la distinción entre moral y derecho; 2. La estructura del ordenamiento; 2.1 Las normas; 2.2 Los principios generales: su diferencia con las normas; Las directrices o directivas políticas; 2.3 Los principios son preceptivos. Características de los mandatos. La confusión o identidad entre derecho y principio; 3. El papel de los principios generales; 4. Los paradigmas del derecho público y su proyección al acto administrativo; 4.1 El surgimiento de los paradigmas; 4.2 La dignidad de la persona; 5. Los nuevos paradigmas; 5.1 El principio “pro homine” y su función ordenadora. El principio “in dubio pro libertate”; 5.2 El principio de la confianza legítima; 5.3 El principio de la tutela judicial y administrativa efectiva; 6. Reflexiones finales.

1. El nuevo escenario

1.1 Sobre el neoconstitucionalismo y el positivismo

El auge que tuvieron los principios generales en algunos países europeos por obra de la jurisprudencia (como la del Consejo de Estado francés)¹ y en otros, a raíz de la sanción de los nuevos textos constitucionales (vgr. España, Alemania e Italia), originó distintas corrientes interpretativas que terminaron desplazando la supremacía de la ley como centro del sistema jurídico junto a una serie de dogmas consecuentes que sostenían el cuadro básico del positivismo legalista.

En ese cuadro figuraban desde la limitación del papel del juez a la mera aplicación de la norma, el rechazo de los valores o de la moral como integrantes del derecho, hasta la idea de que la tarea de interpretación consistía más en una operación lógica de subsunción antes que en una ponderación basada en el razonamiento práctico o en la argumentación jurídica, como ahora sostiene. Obviamente, en ese

* Catedrático da Universidade de Buenos Aires e Advogado.

¹ DEBBASCH, Charles, *Droit Administratif*, ed. Económica, Paris, 2002, p. 115 y ss.; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit Administratif, Cours*, 10ª ed., Montchrestien, Paris, 2007, p. 273 y ss., expone un nutrido conjunto de principios generales del derecho, que resultan aplicables aún en ausencia de texto normativo, desarrollados por el Consejo de Estado a partir de los casos “Dame Trompier-Gravier (1944)” y “Aramú” (1945).”

esquema positivista, los principios generales del derecho no tenían cabida y la justicia se consideraba una cuestión metafísica, ajena al mundo jurídico.

A partir de la segunda guerra mundial, la mayoría de esos antiguos dogmas cayeron en forma bastante generalizada y uniforme en los principales países europeos². No obstante, un sector doctrinario trató de rescatar algunos restos del naufragio refugiándose en lo que algunos juristas denominan neoconstitucionalismo, el cual aparece con un rumbo radicalmente opuesto al que practicaban las escuelas positivistas de antaño, a pesar de algunas rectificaciones notables³, que se adelantaron a la evolución del pensamiento de esas corrientes filosóficas.

Encandilados con el nuevo esquema que han propuesto algunos de los teóricos europeos del nuevo del constitucionalismo son pocos los que han advertido que la mayoría de los países de América (fieles en este punto a la tradición y al sistema de la Constitución norteamericana) estuvieron regidos, desde sus orígenes⁴, por principios de un sistema que, aunque con los vicios y defectos de los nuevos Estados, obedecía a la lógica de una arquitectura constitucional superior que, recién muchos años después, adoptaron las constituciones europeas de posguerra⁵.

Esa superioridad de la concepción americana se basó en tres elementos fundamentales que se introdujeron en los marcos de los derechos constitucionales positivos: a) la concepción de la Constitución como norma suprema⁶ que prevalece sobre las leyes ordinarias en virtud de un pacto (basado en el consentimiento del pueblo) que garantiza la estabilidad de los derechos en el marco de una Constitución rígida; b) el reconocimiento en la Constitución de los valores republicanos y derechos fundamentales por encima de la ley ordinaria sobre la que predominan la dignidad del hombre⁷ y sus libertades como objetivo central de la vida política⁸ y; c) una justicia imparcial e independiente que aplica e interpreta directamente la Constitución garantizando la limitación de los poderes, que es algo así como la médula del modelo norteamericano.

Las bases de ese esquema constitucional permiten afirmar que, para los países americanos, el sistema que los europeos denominan Estado Constitucional de Derecho

² KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, trad. del alemán, ed. Temis, Bogotá, 2007, p. 11 y ss.

³ LACLAU, Martín, *Relación entre lógica y Derecho en el último periodo de Kelsen*, La Ley 1982-B-p.s. 700-701.

⁴ Véase: DURAN MARTINEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, La Ley, Montevideo 2012, p. 9 y ss., especialmente p. 13.

⁵ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, UNAM-Fontamara, 2ª ed., México, 1997, p. 16, señala dicha circunstancia y aunque no desarrolla el tema es uno de los pocos juristas europeos que lo advierte.

⁶ BREWER CARIAS, Alan Randolph, *Principios fundamentales del derecho público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, p. 13 y ss., apunta que la idea de la Constitución como norma suprema de aplicación inmediata y fundamento del orden jurídico posee una tradición normativa que se remonta a la Constitución venezolana de 1811 (op. cit. p. 19), véase del mismo autor: *La Constitución de Cádiz y el constitucionalismo americano*, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José de Costa Rica, 2012, p. 21 y ss.

⁷ Véase: DURAN MARTINEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo ...*, cit. p. 30 y ss.

⁸ Cfr. BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 56.

no es una novedad⁹, pues siempre lo tuvieron desde los comienzos de la Constitución norteamericana. En tal sentido, las nuevas repúblicas de América siguieron este aspecto básico del modelo, no obstante la mixtura con otras fuentes que armonizan con el sistema norteamericano y aún lo profundizan, como la Constitución de Cádiz que tuvo gran influencia en las constituciones de los países iberoamericanos¹⁰.

El peligro de transplantar este nuevo constitucionalismo europeo a América no se encuentra entonces en la raíz del sistema adoptado sino en la incorporación de otras ideas al proceso de construcción e interpretación del derecho positivo constitucional. Entre ellas se destacan las basadas en ideologías que conciben el derecho como un mero mecanismo de dominación económica, confundiendo la incuestionable protección de los derechos humanos o fundamentales (en el que la dignidad de la persona constituye el valor supremo) con la socialización del derecho y de la justicia¹¹ y una pretendida hegemonía cultural que ahoga el pluralismo. El grado máximo de esta tendencia, expresada en diferentes visiones, asigna, básicamente, una absoluta preminencia a lo colectivo sobre lo individual y al Estado sobre el hombre, desplazando el principio de subsidiariedad. En esa línea, si se atribuye irrestricta prevalencia a la igualdad sobre la libertad y la propiedad, el derecho enfrenta el riesgo de nutrirse de una axiología colectivizante que, llevada al extremo, en vez de procurar la cohesión de la sociedad, introduce la confrontación y el conflicto permanente entre los distintos estamentos sociales cada uno de los cuales busca aceleradamente crecer a expensas de los otros¹².

Lejos de creer que el papel del Estado deba ser siempre neutral pensamos que su intervención estatal es, por naturaleza, subsidiaria de las fuerzas espontáneas de la sociedad, lo que no impide que intervenga, positivamente y en forma razonable, con el fin de evitar los abusos del mercado que impidan la libre competencia así como para suplir las carencias sociales de los sectores más necesitados de la población, incluso de los desocupados que no consiguen empleo. A su turno, la justicia social precisa orientarse hacia el bien común, sin discriminaciones irrazonables, mediante una política distributiva destinada a compensar las carencias sociales, de manera de no destruir la espontaneidad de los actores económicos ni la capacidad financiera de cada comunidad. Lo que no hay que confundir es la política social con los principios generales del sistema jurídico y los derechos fundamentales del hombre, preexistentes a cualquier acto de creación o reconocimiento estatal.

⁹ Cfr. SANTIAGO, Alfonso, *Neoconstitucionalismo*, Separata de Anales de la Academia Nacional de ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2008, señala que ciertos aspectos del neo-constitucionalismo no constituyen una novedad para los sistemas inspirados en el modelo constitucional norteamericano (p. 8).

¹⁰ Vid nuestro trabajo: *El Bicentenario de la Constitución de Cádiz, sus raíces y sus proyecciones*, La Ley, diario de fecha 20-12-2011, suplemento de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 1 y ss.

¹¹ LUQUI, Roberto Enrique, *Socialización de la justicia*, La Ley, diario de fecha 16-12-2011, p. 2 y ss.

¹² La tendencia hacia la socialización o prevalencia de los derechos colectivos sobre los derechos humanos de toda la población se muestra patente en el abuso que hacen los sectores sindicales al utilizar el derecho de huelga en los servicios públicos o esenciales como en el derecho absoluto o ilimitado que conculca otros derechos fundamentales de las personas (trabajar, circular libremente, atender su salud o vida, etc.). Sobre este tema puede verse: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Huelga y Servicios Públicos*, en *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales* (GORDILLO, Agustín, Director), Tº III, La Ley, p. 783 y ss.

Precisamente, hay que advertir que el llamado neoconstitucionalismo¹³ irrumpe en ese complejo escenario mundial, con tendencias que van de un extremo al otro¹⁴, gestadas en pleno proceso de globalización del derecho.

La aparición de esta corriente responde a variadas causas. Desde los cambios, aparentemente neutros provocados en el seno del positivismo y las conversiones transversales de sus antiguos fieles hacia posiciones afines al iusnaturalismo junto a las matrices puramente ideológicas que impulsan la socialización del derecho hasta los que desde una posición trans-positivista intentan diluir la distinción entre positivismo y iusnaturalismo (llevando quizás más agua al molino del primero) el abanico de posturas filosóficas que abarca ese proceso es prácticamente inagotable. Son escasos, los trabajos que han intentado la sistematización de las teorías¹⁵, asumiendo el riesgo inevitable de no incluir muchos de los variados aportes que impulsan las modas de turno, cuyas tendencias suelen ser tan opuestas como contradictorias¹⁶. Con todo, aun con la relatividad propia de una tendencia que exhibe algunas fisuras por ciertos efectos disvaliosos que es susceptible de producir (fundamentalmente, la socialización extrema y abusiva de los derechos individuales de las personas), no se puede desconocer que, en el plano del derecho público, viene imponiéndose la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico¹⁷, caracterizada por un condicionamiento acentuado de la Constitución sobre la ley ordinaria y la actividad administrativa.

La constitucionalización del ordenamiento supone como principal efecto el desplazamiento, como dogma absoluto, de la presunción de constitucionalidad de las leyes¹⁸ lo que implica un aumento de poderes de los jueces para controlar a los otros jueces.

Si tuviéramos que reducir sus líneas centrales (tarea, por cierto, difícil de llevar a cabo en base a un criterio objetivo) podríamos decir que una de las características más cuestionables consiste en elevar la jerarquía de los denominados “nuevos derechos”, oponiéndolos a los derechos fundamentales o humanos clásicos del derecho natural, reconocidos positivamente en la casi totalidad de las constituciones decimonónicas. Una de las técnicas que suelen utilizarse para afirmar esa primacía opera a través del planteamiento radical de los conflictos de derechos.

¹³ SANTIAGO, Alfonso, *Neoconstitucionalismo*, op. cit., ha hecho una buena descripción del fenómeno

¹⁴ KAUFMANN, Arthur, *La filosofía... advierte que es un signo de la modernidad ir de un extremo al otro* (op. cit., p. 9).

¹⁵ HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Teoría General de la interpretación*, ed. Porrúa, México, 2009, especialmente, p. 20 y ss., aborda, en forma exhaustiva, la mayoría de los temas y doctrinas sobre la teoría de la interpretación en la filosofía del derecho y en la teoría general.

¹⁶ PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo*, La Ley, 2007-C-p. 851 y ss. apunta, siguiendo a CARBONELL, que “bajo el manto del neoconstitucionalismo se cobijan tendencias contradictorias”.

¹⁷ GUASTINI, Riccardo, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en la obra *Neoconstitucionalismo (s)*, Director Miguel CARBONELL, Universidad Autónoma de México, ed. Trotta, Madrid 2006, p. 49

¹⁸ CAJARAVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Supremacía Constitucional e interpretación en el libro Sobre Derecho Administrativo*, Tº 1, FCU, Montevideo 2007, p. 273 y ss.

Esta es la principal dificultad que plantea la línea más extrema del llamado neoconstitucionalismo ya que el llamado conflicto de derechos, aparte de afectar el principio de no contradicción¹⁹ -y no obstante la dimensión de peso que puedan tener los principios generales, no tiene en cuenta que cada uno de ellos juega un papel armónico dentro del sistema jurídico, en el cual, en principio, no hay jerarquías dogmáticas predeterminadas sean estas positivas o naturales (con excepción del derecho a la vida y sus derivaciones). El desplazamiento de un principio general por otro no debe ser un acto de puro voluntarismo judicial o doctrinario sino de ponderación de los distintos valores en juego en el caso, conforme a las exigencias de la razonabilidad práctica²⁰.

Sin embargo, a favor del llamado neoconstitucionalismo, aunque de manera desordenada (con fundamento en las diversas ideologías de sus cultores), corresponde reconocer que ha sabido conectarse con la filosofía y sobre todo, con la teoría general del derecho, para adoptar las nuevas tendencias y técnicas de interpretación de la ley y del derecho. Dichas técnicas, en cualquier caso, no necesitaban una nueva escuela para desarrollarse, por la sencilla razón que eran y son también sostenidas por los juristas que profesan un iusnaturalismo actualizado y por juristas del derecho público pertenecientes a otras disciplinas²¹.

En efecto, en un escenario caracterizado por la primacía de los principios generales y de la interpretación del derecho las nuevas tendencias no precisaban un movimiento filosófico - jurídico peculiar o típico, para desarrollarse²². A la inversa, puede advertirse que fue un movimiento que se gestó a posteriori del proceso de recepción de los principios generales nutriéndose tanto de tradiciones y principios de derecho público como de los nuevos preceptos constitucionales de la posguerra europea, en medio de un marcado divisionismo filosófico. En ese contexto, entonces, resulta impensable postular la unidad y persistencia de un fenómeno doctrinario que seguramente evolucionará hacia otros rumbos en el futuro que son, por el momento, difíciles de avizorar.

Porque si bien podría decirse que uno de los pocos acuerdos existentes entre todas las teorías de la filosofía del derecho y del derecho público radica en la defensa del Estado de Derecho y en el mantenimiento de un régimen que lo garantice de una manera efectiva, los desacuerdos surgen, entre otras cosas, en relación 1) a la determinación del contenido o fines del Estado de Derecho (liberal, social o

¹⁹ Como lo ha demostrado TOLLER, Fernando M., en el trabajo *Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos*, en la obra colectiva *La interpretación en la era del neo-constitucionalismo* (CIANCIARDO, Juan, Coord.), ed. Ábaco, Buenos Aires, 2006, p. 138 y ss.

²⁰ FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal ORREGO S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 131 y ss.

²¹ Sobre los avances producidos en el seno del derecho procesal con la potencialización del papel de los principios generales, el impulso hacia la tutela judicial efectiva y la protección de los derechos humanos, véase: GOZAINI, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 32.

²² Tan es así que dos de los más destacados cultores del movimiento post-positivista como DWORKIN y ALEKY, estuvieron relacionados con la escuela positivista de HART y para fundar sus teorías no se apoyaron en el constitucionalismo europeo de posguerra. Igualmente, desde el campo del iusnaturalismo, FINNIS, de origen australiano, estudió en Oxford, donde sobresalía la escuela de HART.

benefactor o subsidiario); 2) a la medida y extensión del régimen garantístico (lo que tiene particular incidencia en el régimen del Acto Administrativo) y 3) a la tendencia hacia la constitución de un complejo sistema de constitucionalismo internacional lejos todavía de alcanzar consenso y uniformidad²³.

1.2 La declinación del positivismo legalista y el auge de las tendencias “iusnaturalistas”

La teoría del derecho administrativo se encuentra inmersa en un escenario distinto al que existía en el siglo anterior. La pretensión de reducir el fenómeno jurídico exclusivamente a la ley positiva se ha batido en retirada y ya no quedan juristas que la sostengan. Ella ha cedido a raíz del reconocimiento de la prevalencia de los principios generales²⁴, fundados en principios de la ley natural (la justicia, la equidad y otros valores de naturaleza eminentemente moral) (vgr. el principio general de la buena fe). En realidad - como se ha dicho - las nuevas concepciones jurídicas se concentran más que en la cultura de la ley en la cultura del derecho²⁵.

A su turno, la progresiva constitucionalización de los principios generales - que abrió paso a nuevas técnicas de interpretación²⁶ ha ahondado el declive del llamado positivismo excluyente que, en su caída, ha arrastrado antiguos dogmas. En la actualidad, casi nadie sostiene que la interpretación y aplicación al caso sea una operación de pura lógica formal que consista en subsumir los hechos a la norma aplicable.

Ello no implica, desde luego, desconocer la utilidad de los estudios llevados a cabo, desde distintas visiones, para desentrañar aspectos trascendentes de la lógica formal aplicados con frecuencia en el campo de la interpretación normativa, como el concerniente a las relaciones entre el derecho y el lenguaje y el relativo a los criterios que presiden el razonamiento jurídico.

¿Qué debe entenderse por derecho? Esta es la primera dificultad que afronta cualquier jurista porque al ser el derecho un concepto multívoco y analógico - que

admite varios sentidos no necesariamente distintos ni opuestos- no existe una sola respuesta uniforme que permita establecer un único el sentido del concepto y que éste sea el correcto o verdadero. Así, cuando el ordenamiento o cualquier persona se refieren al derecho hay que indagar, previamente, el sentido de su uso, ya que puede referirse tanto al “ius” del derecho clásico (lo justo), al derecho subjetivo como facultad o poder, a la ley, al orden coactivo o al conjunto del ordenamiento jurídico. A su vez, con referencia al quehacer de los juristas se ha llegado a afirmar que hacer derecho consiste en “dar y exigir razones”²⁷.

En la dimensión del derecho como concepción ordenadora del mundo jurídico se han impuesto las dos tesis centrales del “iusnaturalismo” que predicán, por una parte, que las fuentes del ordenamiento jurídico no se limitan a las de naturaleza positiva sino que comprenden también las fuentes racionales de contenido normativo-jurídico y, por la otra, que no existen compartimentos estancos entre moral y derecho, habida cuenta que éste último contiene “condiciones de verdad que corresponden a ciertas proposiciones morales”²⁸.

Por cierto que el “iusnaturalismo” constituye una tendencia filosófica que ha desarrollado diversas etapas²⁹, cuyo análisis escapa al objeto de nuestro estudio, tanto por la extensión que demandaría su tratamiento como porque la tarea excedería los límites del tema central que abordamos.

No obstante, a la vista del nuevo escenario descripto, seguimos manteniendo, en lo sustancial, la adhesión (con los enfoques del nuevo iusnaturalismo) a la teoría trialista de GOLDSCHMIDT³⁰, que concibe al mundo jurídico compuesto por las tres dimensiones que se integran respectivamente por las normas, las conductas y los valores.

En la vereda opuesta militan distintas corrientes filosóficas herederas o emparentadas con el positivismo que han evolucionado fuertemente y que hoy día tienden a hacer más flexible el dogma que reduce el derecho a la norma jurídica admitiendo que, a la hora de repartir o adjudicar derechos, los jueces no están obligados a una aplicación mecánica de la norma legal o principio constitucional, cuya textura abierta conduce a la interpretación judicial creativa³¹.

Ha sido el gran filósofo del derecho FINNIS (buen conocedor desde las entrañas de la escuela analítica) quien sin desmerecer el derecho positivo encabeza con mayor

²³ FERRAJOLI, Lucas, *El Garantismo y la filosofía del derecho*, Univ. del Externado, Bogotá, 2000, p. 178. Por ejemplo, entre los países que no aceptan la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional se encuentran las grandes potencias como Estados Unidos y China. En forma paralela, tampoco puede afirmarse que el denominado “jus cogens” se haya totalmente generalizado en el mundo, no obstante que algunos tribunales lo prediquen incluso en contra de preceptos constitucionales expresos (ej. el principio de la irretroactividad de la ley penal).

²⁴ Véase: SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Los principios en el Derecho Administrativo*, ed. Diké, Mendoza, 2000, p. 41 y ss.; VIGO, Rodolfo, *Los principios generales del derecho* en JA 1986-III, 860; COVIELLO, Pedro J.J., *Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino*, REDA, N° 62, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 1088 y ss., y nuestro libro: *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, ed. Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid, 2009, p. 19 y ss.

²⁵ Véase: VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, Porrúa, 2ª ed. México, 2005, p. 3 y ss. describe muy bien el proceso de cambio de la cultura de la ley a la cultura del derecho, en el mundo occidental.

²⁶ CIANCARDO, Juan (Coordinador), *La interpretación en la era del neo-constitucionalismo*, ed. Abaco, Buenos Aires, 2006, p. 7 y ss.; HALLIVIS Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, ed. Porrúa, México, 2009, ps. 304-308.

²⁷ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Sobre el derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, ed. Universidad Complutense, Servicio de publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, 2011, p. 7 y ss., reproducido en La Ley, diario del 13/04/2012.

²⁸ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Iusnaturalismo e interpretación jurídica* en la obra *La interpretación en la era...*, op. cit., p. 65, con cita de Michael S. MOORE (*Law as a functional kind*).

²⁹ Véase: SILVA TAMAYO, Gustavo E., *Corsi e ricorsi de los principios generales del derecho*, en REDA N° 79, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 74-86.

³⁰ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, Depalma, 4ª ed., Buenos Aires, 1973, especialmente p. 8 y ss., recoge nuestra opinión en el sentido de que la teoría trialista del mundo jurídico constituye un iusnaturalismo actualizado (op. cit., p. 383).

³¹ Sobre el tema, vid: ZAMBRANO, María del Pilar, *El liberalismo político y la interpretación constitucional* en la obra *La interpretación en la era*, op. cit., p. 85, anota que ya está bastante difundida la distinción entre positivismo excluyente (el clásico) y el positivismo incluyente (que reconoce al papel del juez en la creación del derecho).

rigor lógico-filosófico, el movimiento que propugna los principios del iusnaturalismo basado principalmente en la ley natural, sus valores básicos³² y la aplicación de las exigencias fundamentales de la razonabilidad práctica (que enseña las cosas que moralmente pueden y no pueden hacerse)³³.

En efecto, aunque resulta paradójica, la tradición iusnaturalista no busca desplazar al derecho positivo sino hacer que éste sea siempre guiado por reglas y principios morales. Las reglas morales “*son una cuestión de razonabilidad objetiva, no de capricho, convención o mera decisión...*”³⁴.

Cabe anotar que la obra de FINNIS fue elogiada por HART y contribuyó, en grado sumo a la revalorización del iusnaturalismo por parte de los positivistas³⁵. Según HART “*el mérito principal y muy grande de esta aproximación iusnaturalista, es que muestra la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas y favorece la percepción de la manera en que asunciones no expresadas, el sentido común y los propósitos morales influyen en el derecho e integran su judicación (“adjudication”)*”³⁶.

1.3 Acerca de la distinción entre moral y derecho

Se trata del antiguo y clásico debate entre el positivismo y el iusnaturalismo que dividió durante mucho tiempo a la doctrina jurídica, en el cual al partir de bases e ideas diferentes, nunca lograron ponerse de acuerdo³⁷. Los positivistas puros, aunque reconocían la existencia de una moral objetiva o social³⁸, consideraron siempre que derecho era algo distinto a la moral, y no obstante reconocer que los preceptos

³² En el mismo sentido, se habla ahora de un iusnaturalismo humanista como síntesis entre el derecho positivo y el derecho natural que pone el acento más en los principios generales que contienen los valores básicos o fundamentales, que en las normas o reglas positivas; sobre el contenido de esta vertiente ver: SILVA TAMAYO, Gustavo E., *Corsi e ricorsi...*, cit., p. 86 y ss.

³³ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal ORREGO S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 134.

³⁴ FINNIS, John, *Ley natural...*, op. cit., p. 137, agrega que las exigencias de la razonabilidad práctica ofrecen “*una base racional para los legisladores, los jueces y los ciudadanos*” (op. cit. p. 317).

³⁵ ORREGO, Cristóbal S., *Estudio preliminar*, en la obra de FINNIS, *Ley natural...*, op. cit., p. 15.

³⁶ HART, H. L. A., *Essays in jurisprudence and philosophy* (Oxford University Press, Oxford, 1983, p. 11, cit. por ORREGO en el Estudio preliminar a la obra de FINNIS, *Ley natural...*, op. cit., p. 15, donde apunta que HART consideraba a la obra de FINNIS como una interpretación flexible del iusnaturalismo que, en muchos aspectos, resulta complementaria a la teoría jurídica positivista (op. cit. p. 10).

³⁷ Vid LEBLERK, Jaques, *El derecho y la sociedad*, trad. del francés, Leçons du droit naturel (Tomo I), ed. Herder, Barcelona, 1965, p. 40 y ss., GRANNERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la teoría del derecho*, trad. del italiano, Eudeba, Buenos Aires, 1977, p. 43 y ss.

³⁸ La moral y el derecho operan como círculos concéntricos. Aún cuando se reconozca la división que hizo HEGEL entre moral subjetiva y objetiva y que el derecho tiene por objeto, fundamentalmente ésta última, la protección de la conciencia individual no es ajena al orden jurídico. Es cierto que hay valores que no pueden ser objeto directo de normas jurídicas ni prescribir mandatos positivos, como la amistad y el amor a la patria, pero hay siempre mandatos negativos que los protegen. En definitiva, la integración de la moral en el derecho se lleva a cabo, en la actualidad, a través de la recepción en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia de los principios generales del derecho, se encuentren o no incorporados al ordenamiento positivo. La fuente de los citados principios se encuentra tanto en la Constitución y las leyes como en la doctrina, en la costumbre y en la jurisprudencia y en esto radica la principal diferencia con el positivismo legalista.

positivos se fundaban, en lo esencial, en principios morales, negaban la configuración de principios generales del derecho como base y fundamento del orden normativo, apoyándose solo sus fuentes formales. En ese contexto y frente a la insuficiencia del positivismo legalista para detener los abusos de las dictaduras europeas (que impulsieron el nazismo y fascismo sobre la base de un legalismo formal) fueron muchos los juristas que se convencieron de la necesidad de acudir a los principios generales, incorporarlos a las constituciones abriendo así nuevos cauces de creación por parte de la doctrina y de los jueces, que permitieron configurar nuevos principios tanto generales como sectoriales o institucionales.

Paralelamente, el dogma de la plenitud del ordenamiento pronto se agotó en ese esquema y fue reemplazado por el papel creativo del juez que aplica esos principios generales mediante la técnica de la ponderación.

En definitiva, si la moral está ligada al ámbito de los valores, a los cuales se somete y si el orden jurídico (que no es más solo el orden normativo) acepta la superioridad de principios o valores generales como fundamento del ordenamiento, es evidente que no se puede sostener que el valor sea algo extraño al derecho³⁹.

Ese panorama se proyecta, como no podría ser de otro modo, a la teoría y, consecuentemente, al régimen del acto administrativo, a través de los principios generales que juegan como mandatos que debe acatar la Administración y que están, incluso, por encima del sistema normativo. Así, la configuración del ordenamiento jurídico cobra una nueva dimensión al ampliarse significativamente el clásico bloque de legalidad. En efecto, tras la recepción de los principios generales en los derechos públicos internos de los Estados, ya fuere por la jurisprudencia o por las respectivas constituciones, el fenómeno de la globalización y, en su caso, la prevalencia de los derechos supranacionales, generalizan principios que pasan a constituir nuevos paradigmas del derecho administrativo, en el curso de un proceso que favorece la creación por parte de los jueces del derecho, el cual termina caracterizándose por una integración entre elementos estáticos (los principios generales) y dinámicos (los nuevos paradigmas e instituciones).

La aparición de estos nuevos paradigmas, aplicados conforme a las exigencias de la razón práctica, trae consigo la caída de antiguos dogmas que estaban anclados en una concepción autoritaria del derecho administrativo, aunque la tarea de erradicarlos no corra pareja en los diferentes sistemas comparados ni la transformación se proyecte de la misma manera en cuanto a su intensidad.

2. La estructura del ordenamiento

El ordenamiento jurídico se compone de normas y principios. Suele decirse (alguna vez utilizamos la expresión) que las normas representan la faz positiva del ordenamiento. En realidad, para captar el sentido de dicha expresión hay que definir

³⁹ FIGUEIREDO MOREIRA NETO de, Diogo, *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., Rio de Janeiro, 2009, p. 77 y ss., destaca el resurgimiento de los principios y la superación de los errores históricos del positivismo legalista.

primero que es una norma y que constituye un principio jurídico⁴⁰. La tarea si bien puede aparecer dotada de cierta complejidad ante las múltiples concepciones y definiciones existentes, resulta relativamente sencilla si nos atenemos a los conceptos básicos que proporcionan la lógica y la filosofía del derecho.

De ahí en más, advertimos que la positividad no es patrimonio exclusivo de la norma legal habida cuenta que es posible de crearla por vía consuetudinaria o jurisprudencial y algo similar acontece con los principios que pueden hallarse o no incorporados al ordenamiento legal positivo.

2.1 Las normas

Toda norma se caracteriza por contener una estructura tripartita, a saber: a) la descripción del supuesto de hecho, el mandato (o cópula que expresa el deber ser) y la consecuencia jurídica. Esta es, digamos, la concepción clásica sobre la norma que, desde luego, admite una serie de matizaciones, según el tipo de normas y las características peculiares de cada disciplina. Por ejemplo, el mandato, en el derecho penal suelen hallarse implícito⁴¹ y, a su vez, en el derecho administrativo, los mandatos pueden contener conceptos jurídicos indeterminados (vgr. el interés público) que deben determinarse en cada caso por los gobernantes o jueces) con arreglo a las exigencias de la razonabilidad práctica, no admitiendo más que una solución justa o respuestas de equidad. También, sobre todo en el derecho administrativo, es posible atribuir a la Administración, salvo en materia de sanciones de naturaleza penal (o de actos de gravamen, en general) la potestad de utilizar la potestad discrecional con respecto a los tres elementos que componen la estructura de la norma, lo que no siempre se ha percibido hasta ahora con claridad. Por cierto, que la atribución legal o reglamentaria de la discrecionalidad a la Administración se encuentra sometida siempre a un control judicial pleno y efectivo para garantizar los derechos de las personas que es el fin principal de la separación de los poderes.

2.2 Los principios generales: su diferencia con las normas. Las directrices o directivas políticas

Mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su

⁴⁰ Al referirnos a los principios jurídicos entendemos por tales los principios generales de todo el derecho y los de las distintas ramas, particularmente los pertenecientes al derecho administrativo.

⁴¹ El artículo 79 del Código Penal prescribe que “se aplicara reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro siempre que en este Código no se estableciera otra pena”. El supuesto de hecho es la acción de matar a otro (se entiende a una persona), la consecuencia o sanción jurídica la pena de reclusión o prisión y el mandato legal implícito es la prohibición de matar a otro. Los mandatos penales son casi siempre negativos aún cuando prescriben también mandatos positivos como en los llamados delitos de omisión en los que el sujeto debe actuar por imperio de la ley y omite hacerlo (vgr. el delito de abandono de personas prescripto en los arts. 106 y 108 del Código Penal).

consecuencia se encuentran formuladas “con similar propósito de precisión”⁴², los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción⁴³ que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto⁴⁴. Los principios carecen de supuestos de hecho⁴⁵ los que deben ser cubiertos, en principio, por los legisladores o jueces, dadas las restricciones que pesan sobre la Administración para determinar su propia competencia.

Se ha procurado distinguir entre principios y valores en el sentido de que mientras éstos últimos no permiten especificar los supuestos en que se aplican, ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción⁴⁶. Como puede apreciarse, el valor, así definido, se parece a la directiva o directriz de DWORKIN en cuanto apunta a un estándar - que al igual que el principio debe ser observado - pero que reposa en un objetivo político, económico o social que persigue la comunidad.

La diferencia entre valor y principio dista de ser clara pues independientemente de que en algunos principios existe un menor grado de concreción que en otros, los valores siempre deben ser observados cuando razonablemente son susceptibles de ser captados por el sistema jurídico. ¿Podría acaso negarse -por ejemplo- que la justicia, la buena fe, la protección de la libertad y de la igualdad no constituyen principios generales del derecho exigibles?⁴⁷. En suma, todo principio contiene un valor pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (vgr. la amistad).

Uno de los ataques más serios que ha sufrido el positivismo anglosajón⁴⁸ radica en la distinción formulada por DWORKIN entre principios, directrices y normas,

⁴² Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo uruguayo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez*, Junta de Castilla y León, ed. Netbilo, La Coruña, 2007, ps. 595-596; VIGO, Rodolfo L. (h), *Los principios generales del derecho*, JA 1986-III, 864.

⁴³ Para DE DIEGO la abstracción de los principios es superior a la de las normas correspondiendo su estudio tanto a los filósofos del derecho como a los juristas prácticos y en un pasaje del prólogo que hiciera a la obra del DEL VECCHIO afirma: “Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más amplio y comprensivo sentido son materia del filósofo del derecho; empero, hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y a éste pertenecen y dentro de su competencia están cuando descienden de aquellas alturas para encarnar en la vida, prestando espíritu, color y base a los preceptos de una legislación positiva. En el tránsito de una a otra esfera lo que ganan en concreción y acaso en intensidad, lo pierden en amplitud y extensión; al fin ese tránsito representa una mayor determinación, un acomodamiento en que la virtud del principio, antes generalísimo, se infunde en términos más particulares que a su modo la encantan y disminuyen deviniendo principios ya menos generales y más limitados” (DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., 9, ps. 6-7).

⁴⁴ Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo ...*, cit. p. 88.

⁴⁵ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, cit., ps. 30-31.

⁴⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 286 y ss.

⁴⁷ BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, ed. Tecnos, 1ª ed., reimpresión, Madrid, 1997, p. 75 y ss.

⁴⁸ Conf. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., ps. 72-73.

que, paradójicamente, sirve también para limitar las exageraciones interpretativas en que ha incurrido un sector del neoconstitucionalismo continental y vernáculo cuando asignan plena operatividad a principios y valores que encierran objetivos o directivas políticas a cumplir por los gobernantes de turno por decisión del poder constituyente, que no delegó en el Juez el poder de crear, con carácter general, los mandatos propios de las normas operativas.

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica⁴⁹ que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, que, en definitiva, se traduce en la orientación que se proporciona al juez encargado de dirimir una controversia o al órgano administrativo que aplica o interpreta el derecho ya fuera para crear una situación de gravamen o de ventaja, respecto de un particular.

2.3 Los principios son preceptivos. Características de los mandatos. La confusión o identidad entre derecho y principio

La mayoría de los autores modernos participan de la tendencia, originada a contramano del positivismo clásico, que atribuye obligatoriedad a la observancia de los principios y superioridad sobre las leyes positivas, cuyo grado de primacía se acentúa en la medida en que se incorporan, en su gran mayoría, a las nuevas constituciones. Incluso, los principios, contenidos en el preámbulo se consideran operativos⁵⁰. Los principios carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas determinadas, resultan, sin embargo, preceptivos y se complementan con la garantía pública⁵¹ que los protege, lo que tiene particular relevancia en el campo de los derechos humanos.

Se ha sostenido, en el campo de la teoría moderna de ALEXY sobre la argumentación jurídica, que se trata de mandatos de optimización⁵² cuando, en realidad, ello es peculiar solo de una clase de principios, que predicen enunciados susceptibles de ser ponderados con gradualidad, en un marco abierto e indeterminado de aplicación a los supuestos de hecho o sujetos a las orientaciones, estándares o directrices de naturaleza política, en el sentido empleado por DWORKIN.

Por el contrario, basta con reparar en la mayoría de los principios generales para darnos cuenta que no son todos mandatos de optimización y que hay mandatos de aplicación imperativa, ya sean mandatos negativos o positivos. Hasta existen principios que generan derechos del hombre que tienen primacía sobre otros como

⁴⁹ DWORKIN sostiene que: "Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien¹⁰⁰ lo es, y entonces no aporta nada la decisión".

⁵⁰ TAWIL, Guido Santiago, *El Preámbulo de la Constitución Nacional en Estudios de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 798 y ss.

⁵¹ Ver, BARRA, Rodolfo Carlos, El ordenamiento institucional de los derechos humanos, en el libro *Temas de Derecho Público*, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 300, puntualiza que la exigibilidad es una cualidad inherente a todo derecho humano que se complementa con la garantía pública.

⁵² ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, ed. Palestra, trad. del alemán, Lima, 2007, p. 458 y ss.

el derecho a la vida⁵³ que no pueden ser alterados por los gobernantes (legisladores, jueces o funcionarios públicos).

Esto acontece, por ejemplo, en el campo del derecho público, con el principio de la tutela judicial efectiva, el de la buena fe y el de verdad material, para citar algunos ejemplos en los que no hay optimización posible porque lo óptimo es la realización plena del principio.

En cambio, el mandato de optimización aparece en aquellos supuestos en que más que principios se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o al funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que adopte. Son las que, en la teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución⁵⁴.

Dada las múltiples conceptualizaciones que hay sobre el derecho en el mundo jurídico suelen confundirse o identificarse los principios con los derechos y estos, a su vez, con las garantías constitucionales. El derecho público es proclive al uso promiscuo de estos conceptos pero lo cierto es que hay una libertad de estipulación en el medio doctrinario favorecida por la textura abierta del lenguaje natural que se utiliza y la variedad de sentidos del término. Sólo el conocimiento teórico-práctico permite saber en que sentido el juez o el legislador han empleado el concepto (vgr. como principio, derecho o garantía) y si el término derecho que utilizamos se refiere al poder jurídico o facultad que habilita la pretensión procesal o a cualquiera de las otras acepciones reconocidas (ej. lo justo o el derecho concebido como ordenamiento).

3. El papel de los principios generales

Los principios generales guardan estrecha relación con la justicia o con la ley natural, en el que encuentran su fundamento⁵⁵, siendo valores que se asemejan a creencias indiscutibles, forjadas desde afuera de la persona, en las que todo el mundo cree. Los principios son universales⁵⁶, existen por sí mismos⁵⁷. Puede decirse que son

⁵³ Véase: FINNIS, John, *Ley natural...*, cit. p. 251, atribuye el carácter absoluto al derecho a la vida. Pero la ley natural y el derecho positivo consagran excepciones al carácter absoluto del derecho a la vida cuando se trata de la defensa de la propia vida (legítima defensa). Aunque es un tema que exige mayores desarrollos también cabe admitir que el derecho legitima la defensa colectiva en los supuestos de guerra habiendo convenciones que regulan diversos aspectos (ej. Las Convenciones de Ginebra).

⁵⁴ Ver VANOSI, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, Tº II, ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 3 y ss., distingue entre cláusulas operativas y cláusulas programáticas no operativas que cumplen la función de indicar a los poderes públicos ciertas directivas para el accionar de los poderes públicos o bien, establecer reglas de interpretación dirigidas particularmente a los jueces (op. cit., p. 4).

⁵⁵ Vid SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Los principios en el Derecho Administrativo*, ed. Diké, Mendoza, 2000, p. 41 y ss.

⁵⁶ El realismo moderado, de raíz aristotélico tomista, aunque postula la independencia de las cosas de las ideas (unificando el mundo sensible con el inteligible) acepta, a diferencia del nominalismo, la categoría de los universales. En la actualidad, algunos juristas suelen ser nominalistas inconscientes, como los neo-positivistas; ampliar en FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, Ariel Filosofía, Barcelona, 1994, Tº III, p. 2575 y ss., y Tº IV, p. 3603 y ss.

⁵⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº I, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, afirma que "si el Consejo de Estado francés invoca y aplica 'los principios generales del derecho' es porque éstos existen" (op. cit., p. 282).

tan obvios que nadie los puede negar o refutar (vgr. la defensa de la vida, la dignidad de la persona, el de justicia, la libertad interior y exterior, la buena fe, la razonabilidad, la tutela judicial efectiva, etc.).

Sin embargo, no obstante el auge que tuvieron las corrientes iusnaturalistas durante el siglo pasado⁵⁸, incluso las más complejas y abarcativas como el trialismo (una especie de iusnaturalismo actualizado), ellas se enfrentan a otras teorías que se desarrollan en un ámbito caracterizado por una notable diversidad en el que desfilan desde concepciones positivistas hasta metapositivistas y eclécticas⁵⁹ o bien, transpositivistas⁶⁰.

Con todo, las clasificaciones apuntadas no deben llevarnos a confundir las cosas porque muchos de los principios generales prevenientes del iusnaturalismo clásico o aún del racionalista, han pasado al derecho positivo a través de su incorporación a la Constitución y a la ley (formal y material) o mediante su recepción generalizada por vía de la jurisprudencia. Esta recepción no implica diluir la jerarquía que poseen los principios generales del derecho como fuente del ordenamiento, se encuentren o no positivizados.

Llevados al plano de los poderes, los principios constituyen el fundamento de los derechos o garantías que facultan a los particulares a invocarlos en los procesos judiciales y obtener así la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas. En suma, constituyen límites al ejercicio del poder arbitrario por parte del Estado⁶¹.

El renacimiento de los principios en el Estado de Derecho contemporáneo, implica reconocer, como se ha visto, que ha habido, en forma conciente o inconciente, una huida masiva del positivismo⁶² y de las técnicas puramente deductivas de interpretación de las normas y, por más que algunos sigan postulando una concepción estrictamente positivista del derecho, lo cierto es que, los principios de la justicia, o si se quiere de los basados en la ley natural, han socavado los cimientos de la pirámide Kelseniana, ya que ellos existen, se desarrollan y se aplican con independencia de las normas positivas⁶³. Más aún, muchas veces los principios generales representan un freno que cumple la función de garantizar los derechos de los particulares frente a los abusos en que suelen incurrir las leyes o reglamentos administrativos.

⁵⁸ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Los principios en el Derecho Administrativo*, cit., ps. 25-26.

⁵⁹ VIGO, Rodolfo L. (h), *Los principios generales del derecho*, JA 1986-III, 860, señala que en el escenario doctrinario hay cinco corrientes; la positivista, que sostiene que no hay principios fuera del derecho positivo; la historicista, que encuentra el fundamento de los principios generales en un derecho pretérito; la científicista, que sólo tiene en cuenta su elaboración por la ciencia jurídica; la metapositivista, que fundamenta el contenido de los principios fuera del derecho positivo y, por último, la ecléctica, que armoniza las distintas posturas.

⁶⁰ COVIELLO, Pedro J. J., *Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino*, REDA, N° 62, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 1088 y ss.

⁶¹ Vid: BALBIN, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, T° I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 252, con cita de un trabajo nuestro anterior *Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 47 y ss.

⁶² Una fuerte reacción contra el positivismo legalista en Uruguay en el campo del derecho administrativo puede verse en MARTINS, Daniel Hugo, *Introducción al Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 1982, p. 15 y ss.

⁶³ Véase SILVA TAMAYO, Gustavo, *Desviación de poder y abuso de derecho*, LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 29.

En cierto modo, el derecho administrativo puede describirse partiendo de una cadena formada por principios generales que se encuentran en la base del sistema jurídico, inspiran sus normas e informan su contenido permitiendo concretar, en caso de lagunas, la obra legislativa⁶⁴. Pero no existe, en realidad, un dualismo entre Derecho Natural y Derecho Positivo, sino más bien que el primero sufre un proceso de conversión jurídica por su incorporación a fórmulas técnicas que se configuran tópicamente en función de los problemas. Precisamente, esta conversión de los preceptos del derecho natural en criterios técnicos y tecnicificables es lo que se expresa en el concepto de “*principios generales del Derecho*”⁶⁵.

La característica de principalidad que poseen los principios en el mundo del derecho plantea una serie de problemas que van desde su articulación con el derecho positivo, la dimensión de peso o importancia que cabe asignarles a cada uno de ellos, en su aplicación recíproca, hasta el desarrollo de nuevos principios, como producto de las exigencias de una justicia que funciona en el marco de la cambiante realidad social.

Ese dinamismo potencial, que es propio de los principios generales del derecho, corre parejo con las peculiaridades del derecho administrativo como derecho en formación, que siempre se encuentra de cara a un proceso de adaptación a la realidad sobre la que elabora soluciones frecuentemente asistemáticas⁶⁶.

Y, curiosamente, esa elasticidad que muchos llegaron a predicar del derecho positivo, cuya potencia normativa se consideraba prácticamente interminable, es la que cabe reconocer a los principios generales del derecho. Pero hay que advertir que esa aptitud para expandirse no lleva en sí la idea de cambio constante, sino la de su permanencia, como base de las instituciones fundamentales del derecho público, no obstante su adaptación a una realidad en continuo movimiento.

Esto se ve claro en la evolución que se ha operado en el derecho administrativo francés y es lo que llevó a RIVERO a sostener que el Consejo de Estado consciente de que la seguridad jurídica no podía hallarse sino en la continuidad del derecho, “*ha tenido que ir a buscarla fuera de la ley para mantenerla pese a los cambios políticos y a sus repercusiones legislativas: afirmando energicamente la estabilidad de los principios pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes*”⁶⁷.

⁶⁴ ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, *Los principios generales del Derecho como fuente del derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 29.

⁶⁵ GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 63, agrega que: “*La sustantividad de éstos, paralela a la propia sustantividad de la técnica jurídica, se manifiesta por de pronto en un hecho elemental, y es que no todos ellos son concreción de ese Derecho natural o superior, sino que éste sólo informa una parte de ellos, siendo los otros expresión del orden político concreto, y otros, en fin, y no de los menos importantes, de carácter institucional o estrictamente técnico, aunque éstos vienen a encerrar frecuentemente, todos los anteriores...*” (op. cit. ps. 63-34). Entre nosotros, se ha sostenido también que el derecho natural y el derecho positivo no constituyen ordenamientos separados y que los principios generales del derecho se desprenden de la ley natural, de la cual se extraen por medio de la acción práctica: cfr. ROQUEL, Rodolfo, *Introducción a la teoría general del derecho administrativo*, Dunken, Buenos Aires, 2004, p. 88.

⁶⁶ Como lo ha puesto de relieve GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, FDA, Buenos Aires, 1995, p. V-10.

⁶⁷ RIVERO, Jean, *Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo*, RAP, N° 6, p. 293.

Frente a esta problemática, la función del juez desempeña el papel de mantener el equilibrio social a través de las diferentes formas de justicia⁶⁸, cuya realización se alcanza utilizando el mayor margen de libertad que le permite la recurrencia a los principios generales del derecho, incluso para construir nuevas soluciones jurídicas no previstas en el ordenamiento⁶⁹.

Ahora bien, los principios, en los ordenamientos modernos, tienden a positivarse y esto acontece con la mayoría de las instituciones del derecho administrativo que encuentran su directo fundamento, en la Constitución Nacional, la cual constituye la fuente primaria de gran parte de los principios generales que integran el derecho administrativo. En tal sentido, si bien como en su momento lo advirtió KAUFMANN -tras la caída de la dictadura hitleriana- junto al renacimiento del derecho natural sucedió un movimiento regresivo que se refugió en un formalismo y un funcionalismo vacíos de contenido⁷⁰, lo cierto es que, en la actualidad, tanto la aplicación de los principios generales positivizados como de los no positivizados, han adquirido una importancia desconocida en épocas anteriores en virtud del papel creativo que ha asumido la jurisprudencia inspirada, generalmente, en la doctrina de los juristas.

4. Los paradigmas del derecho público y su proyección al acto administrativo

4.1 El surgimiento de los paradigmas

El concepto de paradigma, empleado para captar el sentido de la revolución científica que se opera en el campo de las ciencias físicas y naturales y, en general, en el de la historia de las ciencias, puede ser utilizado con provecho en el ámbito de las ciencias sociales, para explicar los fenómenos propios de la transformación de las instituciones⁷¹.

⁶⁸ En el derecho público, donde predominan la justicia legal y la distributiva, existen también intercambios voluntarios que crean relaciones regidas por la justicia conmutativa (Cfr. nuestro trabajo: *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 83).

⁶⁹ El ordenamiento se halla constituido no sólo por las normas sino también por los principios generales del derecho. La admisión de los principios generales como fuente del derecho rompe la estatización del derecho que se pretendió asegurar con el dogma de la completitud del ordenamiento. Además de lo dicho en el texto la distinción entre norma y principio se apoya –según DWORKIN– en que estos tienen una dimensión que no poseen aquellas: la de peso o importancia. Al respecto, señala este autor que: “*Cuando los principios se interfieren (la política de protección de los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una medición exacta y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido, que importancia o que peso tiene*” (DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 78).

⁷⁰ KAUFMANN, Arthur, *La filosofía del derecho...*, cit., especialmente p. 13.

⁷¹ KUHN, Tomás, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. del inglés, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2002, p. 9 y ss., especialmente p. 268 y ss.

Porque es evidente que todas las ciencias se apoyan en un paradigma o conjunto de ellos, los cuales cumplen la función de ser una suerte de ley básica que alimenta sus principios de un modo continuo y generalizado.

La dinámica de los paradigmas hace que las formulaciones de los principios en el mundo del derecho requieran ser ajustadas cuando la realización del bien común lo demande, (generalmente orientado por necesidades sociales), y en la medida que éstas no excedan los principios básicos que fundamentan la justicia material, en sus diversas especies (conmutativa, distributiva y legal).

En la actualidad, el paradigma se ha convertido en una noción, ciertamente versátil, que se utiliza para diversos usos interpretativos con significados diferentes dada la libertad de estipular conceptos que es propia de la ciencia del derecho. De ese modo, mientras algunos conciben a los paradigmas como nuevas visiones del derecho y otros como principios generales o valores jurídicos no faltan quienes los circunscriben a los principios del llamado neoconstitucionalismo.

Cuando aludimos a los valores jurídicos asimilándolos a los principios generales no estamos haciendo referencia a los valores básicos fundamentales⁷². Nos referimos a los principios generales del sistema jurídico (estén o no positivizados) que, aún cuando no se relacionan en base a un orden jerárquico predeterminado, se interpretan y aplican con arreglo a las exigencias básicas de la razonabilidad práctica⁷³. Lo cierto es que hasta quienes distinguen por su grado de especificación los valores de los principios (el principio tendría un grado mayor de determinación) admiten que ambos son preceptivos⁷⁴ y que hay principios que se ha entendido configuran derechos humanos inviolables, como el derecho a la vida⁷⁵, que cumple un papel fundamental en el Estado de Derecho, en sus distintas versiones⁷⁶.

⁷² FINNIS John, *Ley Natural...*, art. p. 91 y ss. especialmente p. 113-127, enumera entre los valores básicos fundamentales, la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad, la razonabilidad práctica y la religión.

⁷³ Véase: FINNIS John, *Ley Natural...*, cit. p. 165 y ss. Al respecto se pregunta dicho autor ¿Cómo puede saber uno que una decisión es razonable prácticamente? Considera que la razonabilidad práctica como un bien que estructura nuestra búsqueda de bienes afirmando que no vivir a la altura de esas exigencias es irracional. FINNIS describe y desarrolla como tales: a) un plan de vida coherente; b) ninguna preferencia arbitraria entre los valores; c) ninguna preferencia arbitraria entre las personas; d) desprendimiento y compromiso; e) la relevancia de las consecuencias: eficiencia, dentro de lo razonable; f) respeto por todo valor básico en todo acto; g) las exigencias del bien común; h) seguir la propia conciencia e i) la moral, como producto de esas exigencias.

⁷⁴ COVIELLO, Pedro J. J., Los principios y valores como fuentes del Derecho Administrativo, en la obra “*Cuestiones del Derecho Administrativo*”, ed. RAP, Buenos Aires, 2009, p. 753.

⁷⁵ Según FINNIS, resultan inviolables y son absolutos conforme a las exigencias de razonabilidad práctica, un conjunto básico de derechos humanos, entre los que se encuentran desde “el más obvio, el derecho de no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior; pero también el derecho a que no nos mientan positivamente en ninguna situación (e.g. en la enseñanza...) en la cual se espera razonablemente una comunicación real; y el derecho a no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos; y el derecho a no ser privado, u obligado a privarse de la propia capacidad procreadora; y el derecho a ser tenido en cuenta con respecto a cualquier valoración de lo que el bien común exige” (FINNIS John, *Ley Natural...*, cit. p. 253).

⁷⁶ Sobre el Estado de Derecho y sus diferentes versiones, hasta llegar al Estado de Derecho Constitucional, la literatura jurídica europea es abundante, véase: MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tº I, 2da. Ed., Iustel, Madrid, 2006, p. 321 y ss.

Veamos ahora algunas de las razones por las cuales los juristas y aún los filósofos del derecho no se preguntan acerca de las exigencias de la razonabilidad práctica. Ello puede obedecer a una explícita o implícita adhesión a la tesis positivista ancestral que separa la moral del derecho, o bien, a una tendencia racionalista moderna, que incorpora formalmente como valores o derechos en el sistema positivo aún a los que no pueden serlo por su repugnancia a la ley natural.

En lo que sigue, vamos a concentrarnos en aquellos principios generales del derecho aplicables al derecho administrativo que consideramos de relevancia fundamental y que, por tanto, cumplen la función de los paradigmas científicos ya sea que tengan su fuente positiva en los textos constitucionales, en cláusulas de los tratados y en las leyes, así como en la jurisprudencia y en la doctrina, siempre que encarnen interpretaciones iuspublicistas que resulten armónicas con el texto constitucional de 1853-1860 y la reforma de 1994. Ello no implica desechar el comparatismo constitucional que, en cuanto resulte compatible con el derecho vernáculo, puede ser útil para la interpretación jurídica de los preceptos positivos que, en muchos aspectos, se han fundado en sus prescripciones.

El conocimiento de paradigmas sea, bajo la forma de principios generales o de garantías jurídicas, no es un fenómeno exclusivo del derecho público contemporáneo ni del llamado neoconstitucionalismo. Basta recordar la formulación y desarrollo del principio de razonabilidad y del debido proceso adjetivo⁷⁷, para citar algunos de los principios que se desarrollaron en nuestro país bajo la influencia de las instituciones del derecho constitucional norteamericano. Algo similar ocurrió con los principios generales del derecho elaborados por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés⁷⁸ (vgr. la igualdad ante las cargas públicas y la interdicción de la desviación de poder) fundados en la justicia o en la ley natural antes que del derecho positivo, los que también se proyectaron a nuestro derecho administrativo.

En Europa continental, incluso en algunos países antes de la sanción de los textos constitucionales de la posguerra, se inició un movimiento doctrinario y jurisprudencial que como reacción a los dogmas y carencias del derecho administrativo clásico, contribuyó a incorporar una serie de principios generales del derecho administrativo al sistema jurídico⁷⁹ (vgr. el informalismo, los principios pro libertate y pro actione, la buena fe, etc.).

El proceso estaba guiado por una revalorización del Estado de Derecho con una finalidad tuitiva de los derechos fundamentales o naturales (particularmente las libertades de los ciudadanos) y ponía el acento en la protección de la persona humana.

⁷⁷ Vid: LINARES, Juan Francisco, *La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2da. Ed., Astrea, Buenos Aires, 1980.

⁷⁸ RIVERO, Jean, *Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo*, RAP N° 6, Madrid, 1951, p. 293 y su clásico *Droit Administratif*, 18ª ed. Dalloz, (actualizado por Jean Waline, París, 2000, p. 72.

⁷⁹ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Civitas, Madrid 1984, especialmente p. 63 y ss.

En la continuación de ese proceso el llamado neconstitucionalismo europeo extremó la positivización de los principios y nuevos derechos mediante la instrumentación de un amplio catálogo de derechos sociales, y más tarde colectivos, estos últimos concebidos en función de la tutela de bienes comunes (vgr. la protección ambiental) y de la democracia participativa (derecho de participación)⁸⁰.

Algunos de esos nuevos principios y derechos plantean falsos dilemas a la hora de su interpretación. Fuera o no por razones ideológicas, un sector de la doctrina sostiene la operatividad directa de todos los nuevos principios y derechos incorporándolos al orden coactivo, como si fueran normas positivas, olvidando que una buena parte de ellos son mandatos de optimización, o según la terminología que utiliza la Corte, derechos fundamentales con operatividad derivada⁸¹ que, cuando implican obligaciones de hacer a cargo del Estado, están sujetos al control de razonabilidad⁸². Ese proceso de transformación de los principios generales en normas coactivas, de contenido positivo, no ha perseguido siempre una finalidad garantista de los derechos y en ocasiones ha transgredido el principio de la razonabilidad económica⁸³.

Antes bien, la ideología ha procurado, imponer la prevalencia de los derechos colectivos sobre los derechos individuales, aún a costa de aniquilar el derecho a la vida⁸⁴

⁸⁰ CELORRIO, Hernán, *Derechos Sociales y Tutela Judicial en Estudios de Derecho Administrativo 2011 - N° 3*, La Ley, Montevideo 2011, p. 7 y ss. afirma que no hay contradicción entre los derechos civiles y políticos "correspondiendo una complementación integral de los mismos en la interpretación de sus alcances y de la debida protección (p. 8).

⁸¹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El Estado Social re-visitado*, en REDA N° 81, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, punto 4 (en prensa) habla de derechos incondicionados y condicionados; éstos últimos requieren regulación legal y recursos económicos, es decir, que no son directamente operativos.

⁸² En un caso reciente, en el que la madre de un hijo que padecía una grave discapacidad planteó una acción contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reclamando que se le reconozca y haga efectivo el derecho a una vivienda digna, la Corte hizo lugar a la pretensión ordenando al Gobierno de la Ciudad, el otorgamiento de las prestaciones de asistencia social y de salud y que garantizase a la actora, aún en forma no definitiva "un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología del niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la solución planteada". En este caso, si bien la Corte parte del reconocimiento de la operatividad efectiva de los derechos fundamentales como es el derecho a la vivienda digna precisa que esa operatividad no es directa, en el sentido de que todos los ciudadanos la pueden reclamar en sede judicial (considerando 11° in fine) sino una operatividad subordinada a su implementación por los poderes públicos (Legislativo y Ejecutivo), dado que existe "la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios y otros, así como los recursos necesarios" (considerando 11°, primera parte). Sin embargo, la Corte considera que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial" (considerando 12° primera parte). (Cfr. en la causa "Recurso de hecho Q.C.S.Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", de fecha 24/04/2012 (Q. 64 XLVI).

⁸³ Por ejemplo, cuando oponible al derecho a la vivienda digna al derecho individual del propietario, sin declaración de utilidad pública ni el cumplimiento de las demás garantías de la expropiación (art. 17 C.N.).

⁸⁴ La cita de un texto de FOUCAULT que ha hecho MASSINI CORREAS (en su obra "*El derecho natural y sus dimensiones actuales*", ed. Abaco, Buenos Aires, 1999, p. 221) ilustra hasta donde llega la tesis que niega a la persona humana y sus derechos fundamentales. Al respecto, ha llegado a decirse que: "cuando el proletariado tome el poder puede ser perfectamente posible que ejerza contra las clases sobre los que ha triunfado, un poder violento, dictatorial e incluso sangriento; no veo que objeción puede hacerse a esto", (CHOMSKY, N y FOUCAULT, Michel, *La naturaleza humana: ¿justicia o poder?*, Univ. de Valencia, Valencia, 1976, ps. 55-56).

que, para el pensamiento iusnaturalista, representa un derecho absolutamente inviolable.

Ante todo, cabe advertir que, el verdadero problema no radica en el reconocimiento positivo de los derechos y bienes colectivos cuyos valores son naturalmente protegibles en función del bien común (vgr. la protección de la salud y del medio ambiente) sino en el desconocimiento de valores básicos y en su interpretación irrazonable o bien, en la utilización demagógica por los gobernantes de turno, cualquiera sea la tendencia que representen (liberales, conservadoras, socialistas, etc.).

Los paradigmas que revisten fundamental relevancia en el derecho público, al configurar principios generales del derecho, se proyectan a la teoría del acto administrativo sobre el cual prevalecen⁸⁵. Muchos de ellos no son sino formulaciones evolucionadas de principios generales anteriormente reconocidos que tuvieron recepción positiva en los tratados internacionales integrantes de nuestro ordenamiento constitucional (art. 75 inc. 22). Ello conduce a la necesidad de aplicar en nuestro derecho administrativo no sólo las normas y principios de estos tratados sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁶.

4.2 La dignidad de la persona

La persona humana es el centro de todos los derechos. Más aún, el fundamento⁸⁷ y la razón de ser del derecho radica en la persona cuya humanidad no deriva de ser una creación formal del hombre⁸⁸. Un ordenamiento positivo que negase la condición de persona de un ser humano sería algo inconcebible, un no-derecho, una aporía que el positivismo no pudo resolver cuando sostenía que la persona era una creación del derecho⁸⁹.

En el dominio sobre la propia vida del ser más que del existir, se encuentra la raíz de la dignidad de la persona pues, como decían las Partidas, la persona del hombre es la más noble del mundo⁹⁰. Esa dignidad no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias⁹¹ y en ella se fundamentan los derechos del hombre como la libertad religiosa o la libertad de expresión⁹².

⁸⁵ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Droit Adm...*, cit., p. 276, señala que los principios generales del derecho tienen un valor jurídico superior a cualquier clase de actos administrativos.

⁸⁶ Ampliar en: ABERASTURY, Pedro y GOTTSCHAU, Patrizia E., *Interrelación del derecho supranacional en el procedimiento administrativo nacional*, en el libro *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, ed. Eudeba y Fundación Konrad Adenauer, (Pedro ABERASTURY y Hermann-Josef BLANKE, Coordinadores) Buenos Aires, p. 95 y ss.

⁸⁷ RABBI - BALDI CABANELLAS, Renato, *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2008, p. 33.

⁸⁸ TOBIAS, José W., *Persona y Mercado*. La Ley, Suplemento de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, del 28/02/2012, p. 2, señala que la "dignitas" es el fundamento último de los derechos fundamentales.

⁸⁹ RABBI - BALDI CABANELLAS, Renato, *Teoría...*, cit., p. 62.

⁹⁰ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid 1986, p. 24.

⁹¹ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad...*, cit., p. 25.

⁹² BARRA, Rodolfo Carlos, La libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, en *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, (Agustín Gordillo, Director), Tº I, La Ley, 2010, p. 1171 y ss. en especial, p. 1181 y la jurisprudencia de la Corte que cita.

De un modo u otro, todos los derechos humanos están relacionados con la dignidad de la persona que constituye algo así como el principio general básico de todo el derecho, el cual informa el contenido del ordenamiento y resulta un valor jurídico exigible. Por esa causa, el primer derecho que prevalece respecto de cualquier otro derecho es el derecho a la vida⁹³, uno de cuyos contenidos principales es el derecho a la salud, dado que la preservación de la persona representa el grado máximo de su dignidad. La persona es un fin en sí mismo para cuya realización y perfección necesita gozar de todos los derechos que se relacionan con la condición humana, con las restricciones razonables que le imponga el bien común tanto en su dimensión individual como social, espiritual y material⁹⁴. En ese arco protectorio se encuentran la libertad, la propiedad y la igualdad y aún los llamados derechos de segunda y tercera generación, con sus nuevos paradigmas, como la tutela judicial efectiva.

El valor jurídico básico de la dignidad humana ocupa un lugar central en el derecho público, siendo un principio constitucional⁹⁵ que se proyecta a la teoría del acto administrativo, a través del desarrollo de una serie de principios generales cuyos diversos contenidos se expresan mediante mandatos, prohibiciones y estímulos.

La dignidad humana, como principio básico del derecho, ha sido reconocida en numerosos tratados internacionales. Para nuestro derecho adquieren trascendencia como fuente de todo el ordenamiento, aquellos que poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.). En tal sentido, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁹⁶, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁹⁷, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁹⁸ hasta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han incorporado en sus textos el principio; en particular ésta última lo recoge al prescribir que: " Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad"⁹⁹.

El principio de la dignidad de la persona protege una variedad de situaciones (la de los funcionarios, militares, estudiantes, detenidos o reclusos, usuarios de servicios públicos etc.)¹⁰⁰ y debe observarse en todos los elementos del acto administrativo (competencia, causa, objeto, forma y finalidad). Su violación implica la inconstitucionalidad del acto por la violación de un tratado internacional que es parte integrante de la Constitución y la nulidad puede encuadrarse en cada uno de los supuestos de nulidad absoluta previstos en el art. 14 de la L.N.P.A. (vgr. incompetencia en razón de la materia por violar la Constitución y así, sucesivamente, con los demás elementos del acto administrativo).

⁹³ FINNIS John, *Ley natural*, cit., p. 251 y ss.

⁹⁴ DELPIAZZO, Carlos E., Recepción de los principios generales del derecho por el derecho positivo uruguayo, en la obra *Los principios en el derecho administrativo iberoamericano*, Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Junta de Castilla y León, ed. Netbiblo, La Coruña, España, 2008, p. 616.

⁹⁵ Fallos 314:421.

⁹⁶ Preámbulo y arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, entre otros.

⁹⁷ Considerandos y arts. 7, 8, 10, 16, 17 y 19.

⁹⁸ Considerandos, Preámbulo y arts. I, II y XVII, entre otros.

⁹⁹ Art. 11.1 CADH.

¹⁰⁰ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad...*, cit., p. 136 y ss.

No se puede desconocer tampoco, como se ha señalado, que un grupo de fallos de la Corte Suprema ha conectado el llamado Estado Constitucional de Derecho con la inmediata protección de la dignidad humana¹⁰¹.

Recordemos que en la dignidad de la persona humana se fundamentan los demás principios generales del derecho ya sean comunes a todo el derecho como el principio de buena fe, los de “pro hómine” y “pro libertate”, junto a los que son propios y típicos del derecho público, como el principio de confianza legítima¹⁰² y la tutela judicial y administrativa efectiva, que constituyen nuevos paradigmas del derecho administrativo.

Al propio tiempo, aunque los hechos y actos de los gobernantes suelen demostrar lo contrario, el ordenamiento internacional aplicable en el orden interno¹⁰³, ha potenciado la observancia de la moral pública y la lucha contra la corrupción. El acto administrativo cuyo objeto transgrede la moral pública adolece de nulidad absoluta¹⁰⁴ y la conducta del funcionario merece el reproche penal correspondiente.

5. Los nuevos paradigmas

Una primera aplicación de las exigencias de la razonabilidad práctica indica que ninguno de los nuevos paradigmas puede ser interpretado para aniquilar otro principio por fundamentos arbitrarios o preconceptos ideológicos. Si todos los principios generales, aún los que se consideran nuevos paradigmas, poseen igual jerarquía objetiva en el plano de los valores básicos¹⁰⁵ - con excepción del valor vida - la solución de un conflicto en el que se invoquen diferentes principios o derechos no es susceptible de ser predeterminada dogmáticamente, sino que requiere llevar a cabo una tarea de ponderación conforme a las circunstancias del caso y las reglas de la razonabilidad práctica, a fin de procurar la solución justa o correcta.

Entre los nuevos paradigmas que encarnan las transformaciones ocurridas en el derecho público general y, particularmente, en el derecho administrativo hemos seleccionado tres:

5.1 el principio “pro homine” y su función ordenadora. El principio “in dubio pro libertate”.

Se trata de un principio sustantivo que se dirige tanto al agente público que dicta un acto administrativo como al juez que interpreta un principio, norma, o acto

¹⁰¹ SAMMARTINO, Patricio Marcelo E., *Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho*, punto 2.3, en REDA (en prensa).

¹⁰² Véase: COVIELLO, Pedro J. J., *La protección de la confianza del administrado*, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 33 y ss.

¹⁰³ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad...*, cit., p. 136 y ss.

¹⁰⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº II, 4º ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 349 y ss.

¹⁰⁵ MASSINI CORREAS, Carlos I., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, ed. Ábaco, Buenos Aires, 1999, p. 216-217.

o contrato administrativo. En tales casos, la aplicación e interpretación de las normas debe orientarse hacia la solución que proteja en mayor medida a la persona¹⁰⁶ (física o jurídica)¹⁰⁷.

El basamento normativo del principio se encuentra fundamentalmente, en el art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra varias prohibiciones dirigidas a los Estados: a) suprimir el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que las prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de esos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y d) excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El principio obliga a interpretar en forma favorable a la persona las normas que reconocen o amplían los derechos humanos y, a la inversa, en forma restrictiva los que consagran limitaciones o restricciones¹⁰⁸, dado que el propósito del principio consiste en “preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos”¹⁰⁹. Pero también amplía el ámbito de los derechos de la persona en cuanto a la exigibilidad de otros derechos humanos o fundamentales como el acceso a la información pública, la participación en la elaboración de los reglamentos y de los usuarios en los entes reguladores, la protección de los derechos de los consumidores¹¹⁰ y usuarios de servicios públicos¹¹¹ etc. Se ha sostenido que

¹⁰⁶ Véase: el caso “Madorrán” de la CSJN, Fallos 330:1989, considerando 8º.

¹⁰⁷ MAIRAL, Héctor A., *Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica como los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos)*, RPA, 2011-1 y 2, ed. RAP, Buenos Aires, 2011, p. 43; anota que la protección de las personas jurídicas esta contemplada en el art. 1º del Protocolo Adicional N° 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, que entró en vigor el año 1954. Asimismo, señala que en el derecho inter-americano la doctrina considera que la protección comprende sólo a las personas físicas y no a las personas jurídicas, no obstante algunos precedentes de la CIDH (casos Redio Nanduty vs. Paraguay (1987) y Cantos vs. Argentina (2001)). A favor de la protección de la persona jurídica: BIDART

CAMPOS, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 39 y ss. GUTIERREZ Colantuono, Pablo Angel, y JUSTO, Juan Bautista (colab.), *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 15.

¹⁰⁸ CIDH, Caso Comunidad Mayagma (Sumo) Awas Tingni c/Nicaragua, de fecha 31/8/2001, publicado en La Ley 2003-C-290, voto concurrente del juez García Ramírez (párrafo 2).

¹⁰⁹ La protección de los consumidores y usuarios fue reglamentada a través de la ley 24.240 y sus modificatorias (Leyes 24.787, 24.999 y 26.361); véase PERRINO, Pablo E., *La responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos privatizados frente a los usuarios*, en *Aportes para un Estado eficiente*, publicación del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo del Perú, ed. Palestra, Lima, 2012, p. 365 y ss.

¹¹¹ Véase: DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, *La protección de los derechos de los consumidores y usuarios en el derecho peruano*, en el libro *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, El Salvador, 2011, p. 719 y ss., realiza una muy completa exposición del tema a la luz del art. 65 de la Constitución peruana.

se trata de un “megaprincipio” cuyo sentido es orientar una dirección valorativa de razonamiento “en dirección de la protección de la persona”¹¹².

Claro está que es razonable argumentar que si el eje de la protección radica en la persona, el principio “pro-homine” constituye un valor básico y que el principio “in dubio pro libertate” (o “favor libertatis”) es un principio derivado de aquel, dado que la autonomía o libertad del sujeto es un “prius” (aunque atado siempre a la responsabilidad personal), puesto que la heteronomía y las limitaciones revisten siempre carácter excepcional. De este principio deriva la regla de que la Administración debe inclinarse siempre por la interpretación más favorable a la persona y el principio de que la buena fe del administrado siempre se presume, lo cual tiene particular incidencia en el ámbito tributario¹¹³.

Un claro supuesto que choca con los principios “pro-homine”, “pro libertate” y buena fe, se encuentra en la interpretación que ha efectuado la doctrina y la jurisprudencia de la Corte a partir del caso “Almagro”¹¹⁴, en torno al art. 18 de la LNPA que permite a la Administración revocar un acto regular “si el administrado hubiere conocido el vicio”. Lo cuestionable no radica en extender la excepción a la revocabilidad del acto regular al acto irregular lo cual resulta lógico, dado que no puede haber una potestad de mayor extensión para revocar el acto que tiene un vicio menor (de nulidad relativa) que el que exhibe un acto irregular que afecta el orden público administrativo (nulidad absoluta). Lo cuestionable es presumir el conocimiento del vicio por parte del administrado porque ello va en contra de los mencionados principios que predicán la regla inversa y de la cual se desprende que la carga de la prueba y la de imputar el vicio al administrado es responsabilidad de la Administración¹¹⁵. En tales supuestos, debe requerirse, al menos, una participación voluntaria del administrado, o bien, que el vicio le sea imputable¹¹⁶ o que exista dolo del administrado¹¹⁷.

5.2 El principio de la confianza legítima.

La actividad de la Administración precisa generar confianza en el administrado para que éste pueda prever razonablemente el grado de seguridad jurídica que posee su relación con el Estado y adoptar las medidas necesarias para cubrir o soportar las contingencias adversas.

¹¹² LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho.*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 265.

¹¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad*..., cit., p. 159 y ss.

¹¹⁴ Fallos 321:170.

¹¹⁵ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, y JUSTO, Juan Bautista (colab.), *Administración Pública*..., cit., p. 82, sostienen que una consecuencia fundamental del principio “consiste en desplazar hacia el Estado la carga argumentativa y probatoria sobre la validez y la aplicabilidad de una determinada restricción a un derecho”, con cita del fallo Hooft de la Corte Suprema (Fallos: 237:5118, considerando 3) de 2004.

¹¹⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T° 3, 3ª ed., Machi, Buenos Aires, 1979, p. VI-18.

¹¹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires 2009, p. 384.

El principio de la confianza legítima nace en el derecho alemán¹¹⁸, en un marco de oposición entre la legalidad estricta y el principio de buena fe, la cual terminó siendo una exigencia y no en fundamento que, en realidad, se encuentra en el principio de la seguridad jurídica¹¹⁹.

Si bien hay alguna conexión con el principio de los actos propios, el principio de la confianza legítima es una institución típica del derecho público que tiende a morigerar, por razones de justicia, los efectos de una aplicación irrestricta de la legalidad. Su aplicación, que es siempre subsidiaria, se ha proyectado en el derecho español, así como en el derecho comunitario europeo¹²⁰, hallándose en un proceso de desarrollo evolutivo en el derecho argentino¹²¹.

La finalidad del principio estriba en mantener la intangibilidad de los derechos que nacen al amparo de un acto o contrato administrativo (pilar de la competencia y la libertad económica) siempre que la verificación de la ilegalidad del acto se produzca luego de haber transcurrido un tiempo razonable susceptible de generarle al particular una legítima confianza en la estabilidad de la decisión¹²² y de sus derechos.

Se trata de situaciones con una apariencia de legalidad o ausencia de vicios manifiestos, con independencia del carácter absoluto o relativo de la invalidez, que genera el derecho a la estabilidad del acto administrativo (vgr. un permiso urbanístico revocado por la Administración por razones de legitimidad después de autorizarse el comienzo de las obras y habilitado el inmueble).

En cuanto al fundamento de la seguridad jurídica¹²³ que se esgrime como basamento del principio de la confianza legítima el Tribunal de Estrasburgo lo sitúa en el Preámbulo del Tratado que declara el Estado de Derecho como patrimonio común de todos los integrantes¹²⁴.

En el sistema argentino el fundamento se encuentra en el valor de la seguridad jurídica y en los postulados del Estado de Derecho contenidos en los artículos 14, 16, 17 y 18 de la C.N.¹²⁵ y aunque en los tribunales del sistema interamericano de

¹¹⁸ COVIELLO, Pedro J. J., *La confianza*..., cit., p. 33, especialmente p. 35 y ss.

¹¹⁹ MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo -Parte General-*, trad. del alemán, 17ª ed., Allgemeines Verwaltungsrecht, Marcial Pons, Madrid, p. 67.

¹²⁰ COVIELLO, Pedro J. J., *La confianza*..., cit., p. 85 y ss.

¹²¹ Los primeros casos en los que se menciona el principio en la jurisprudencia de la Corte son “Revestek” (Fallos 318:1531) y “Cirlafin” (no publicado) del año 1995.

¹²² TJCE Basf y otros v. Comisión, de fecha 27/2/1992.

¹²³ MEDAUAR, Odete, *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, San Pablo, 2003, p. 246 y ss. En Francia, el Consejo de Estado lo considera un principio general del derecho (C.E. Ass. 24 de marzo de 2006 Soc. KPMG) no ocurriendo lo mismo con el principio de la confianza legítima cuya aplicación –según el Consejo de Estado, se limita al derecho comunitario. CE -9 de mayo de 2001- caso “Entreprise Freymuth”.

¹²⁴ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, y JUSTO, Juan Bautista (colab.), *Administración Pública*..., cit., p. 104. Uno de los casos paradigmáticos que cita es “Pine Valley” del año 1991, en el que se consideró que un permiso urbanístico anulado había generado expectativas legítimas o razonables para ejercer los derechos derivados del acto.

¹²⁵ COVIELLO, Pedro J. J., *La protección de la confianza*..., cit., p. 460, y ss. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, y JUSTO, Juan Bautista (colab.), *Administración Pública*..., cit., p. 105.

derechos humanos no ha tenido aún recepción, el principio tiene similar encuadre a la luz de los preceptos de la CADH¹²⁶.

Una aplicación puntual del principio de confianza legítima consiste en limitar el efecto retroactivo de la declaración de invalidez del acto administrativo¹²⁷, cuando se dan los presupuestos requeridos para que el administrado haya tenido una “expectativa razonable” en la certidumbre de su derecho y haya obrado de buena fe. En el derecho alemán el principio de la protección de la confianza adquiere mayor fuerza en el caso de la revocación de actos favorables, salvo que se hubiera producido un cambio de circunstancias que transforme al acto en “antijurídico”. En este último supuesto, la protección de la confianza juega en el sentido de permitir la revocación a partir del momento en el que se produzca el cambio de las circunstancias. Excepcionalmente, se admite la revocación con efectos retroactivos “ex tunc” en aquellos supuestos en que las subvenciones o ayudas públicas no han sido empleadas conforme a su finalidad¹²⁸.

5.3 El principio de la tutela judicial y administrativa efectiva

En el plano de los principios adjetivos que hacen al derecho de defensa se ha ampliado el ámbito de protección del administrado frente a la Administración cuando: a) esta vulnera sus derechos o la ley limita el acceso a la justicia; b) permanece inactiva frente a las legítimas pretensiones materiales y formales del particular y; c) no se cumplen en el proceso judicial las reglas de la sana crítica para apreciar la prueba ofrecida y producida¹²⁹.

Con fundamento en los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, ha surgido un nuevo paradigma, el de la tutela judicial y administrativa efectiva. Este nuevo paradigma no se limita a regular el trámite del proceso sino el acceso al mismo y el posterior control por el juez en la etapa de cumplimiento de las sentencia¹³⁰, proyectándose también al ámbito administrativo en su faz adjetiva y sustantiva (vgr. en la ejecutoriedad del acto administrativo) en la medida en que las instituciones y principios que rigen para la Administración tienen, aparte de sus fines específicos, la carga de no obstaculizar la efectividad de la tutela judicial.

En esa línea han surgido serios cuestionamientos a la presunción de legitimidad¹³¹ respecto de la cual si bien creemos no debe descartarse como herramienta

¹²⁶ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, y JUSTO, Juan Bautista (colab.), *Administración Pública...*, cit., p. 106, con citas de fallos de la CIDH (Cayara v. Perú. Excepciones preliminares), párrafo 63, entre otros).

¹²⁷ Véase: COVIELLO, Pedro J. J., *La protección de la confianza...*, cit., ps. 229-234, y las correspondientes citas jurisprudenciales.

¹²⁸ MAURER, Hartmut, *Derecho Administrativo...*, cit., ps. 324-325.

¹²⁹ Sobre las reglas de la sana crítica en el proceso civil, véase: FALCÓN, Enrique, *Tratado de la prueba*, Tº I, 2ª ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 669 y ss.

¹³⁰ Ampliar en: ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 37 y ss.

¹³¹ DURAN MARTÍNEZ, Augusto, *La presunción de legitimidad del acto administrativo. Un mito innecesario y pernicioso*, en Estudios de Derecho Público, ed. Mestergraf, vol. II, Montevideo, 2008, p. 227 y ss. y RHEIN SHIRATO, Víctor, Repensando a pertinencia dos actos administrativos, en la obra *Os caminhos do acto administrativo*, ed. Revista dos Tribunais, San Pablo, 2011, ps. 125-130.

del funcionamiento de la Administración tampoco es posible presumir aberraciones jurídicas ni la validez de actos cuya nulidad resulta manifiesta y patente¹³².

Otra consecuencia de la tutela judicial efectiva se proyecta en la interdicción del uso de la coacción sobre las persona o bienes, por parte de la Administración que tras haber sido en el derecho clásico la regla general (componente de la llamada autotutela) pasa a erigirse en la excepción para ciertos y puntuales casos (vgr. protección del dominio público). Esta idea que, sostuvimos en uno de nuestros primeros estudios sobre la materia¹³³ ha sido recogida por la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires¹³⁴. En definitiva, la evolución del principio de la tutela efectiva de los derechos de las personas se dirige también a la Administración y abarca un ámbito que excede al procedimiento administrativo, en el que tiene aplicación plena¹³⁵ y superioridad frente a las normas.

A su vez, en el campo más ceñido de la tutela judicial la exigencia de su efectividad del art. 25 de la CADH, tras la caída del dogma revisor¹³⁶, acelera la tendencia a eliminar los breves plazos de caducidad¹³⁷, establecidos como requisito “sine qua non” para el acceso a la justicia y, a la supresión o, al menos, morigeración, de la regla del agotamiento de la instancia administrativa¹³⁸, cuya irrazonabilidad y falta de utilidad práctica, creemos haber demostrado¹³⁹. En cualquier caso, ante la ausencia de un sistema jurídico adecuado que garantice la protección efectiva de los derechos del administrado, seguimos pensando que el recurso jerárquico debería ser optativo, como en el sistema francés¹⁴⁰ y que la exigencia de solicitar previamente la suspensión del acto en sede administrativa en el trámite de un proceso cautelar que se promueva ante los jueces, choca abiertamente con el principio¹⁴¹ de la tutela judicial efectiva.

¹³² GORDILLO, Agustín, *El acto administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 120 y ss. CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley Nacional*, cit., ps. 275-276.

¹³³ En el libro *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971.

¹³⁴ Art. 12 de la *Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires*.

¹³⁵ Cf. DURAND, Julio C., *El procedimiento administrativo en Argentina*, en el libro *Tendencias actuales...*, cit (Pedro ABERASTURY y Hermann-Josef BLANKE, Coordinadores), p. 281 y ss.

¹³⁶ Véase: FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, *La jurisdicción administrativa revisora y la tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, ps. 29 y 55.

¹³⁷ BUSTELO, Ernesto, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la constitucionalidad de los breves plazos de caducidad para impugnar administrativas y judicialmente las decisiones administrativas en Estudios de Derecho Administrativo*, IEDA, ed. Dík, Mendoza, 2001, p. 71.

¹³⁸ CANOSA, Armando N., *Influencia del derecho a la tutela judicial efectiva en materia de agotamiento de la instancia administrativa*, ED-166-988.

¹³⁹ En el artículo *La tutela judicial efectiva y el agotamiento de la instancia administrativa*, publicado en la obra *Congreso Internacional de Derecho Administrativo, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Corte Suprema de Justicia, Sección Publicaciones, El Salvador, 2011, p. 5 y ss. Ver también: “*Subsistencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa*”, *La Ley*, 09/08/2011, 1.

¹⁴⁰ CORVALÁN, Juan Gustavo, *Agotamiento de la vía administrativa versus tutela judicial efectiva (Hacia una modulación razonable del acceso a la justicia)*, REDA, 2011, Año 33, p. 490 y ss., especialmente, 507.

¹⁴¹ Conf. CASSAGNE, Juan Carlos; GOTTSCHAU, Patrizia E. y ABERASTURY, Pedro en *Reflexiones sobre la ley de la Justicia Administrativa Alemana. Desde el derecho argentino*, en *Ley de la Justicia Administrativa Alemana*. Análisis comparado y traducción (ABERASTURY Pedro Direc.), Konrad Adenauer Stiftung-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 59.

6. Reflexiones finales

En el derecho público, particularmente en el derecho administrativo, se llevan a cabo, cada tanto, transformaciones que modifican instituciones caducas, dan vida a nuevos principios y crean reglas jurídicas compatibles con los fines que persigue el cambio o la adaptación del sistema jurídico.

El fenómeno jurídico puede compararse con el agua de un río que siempre fluye. El derecho, como el agua, mantiene su contenido sustancial que viene a ser una combinación de principios y normas, de justicia y experiencia, con exigencias morales insoslayables.

La caída del dogma positivista que postulaba la separación absoluta entre los valores morales y el derecho, representa el cambio más grande que ha habido en el plano de la filosofía del derecho, producido a partir de la segunda guerra mundial.

Lo curioso es que, el auge del nuevo constitucionalismo, ha sido posible gracias a los aportes provenientes de unos cuantos filósofos del derecho formados en el positivismo que, sin renegar de todo lo valioso que tiene el derecho positivo, se convencieron de que sin principios de justicia, el derecho se convierte en un instrumento formal que puede ser manejado a su antojo por las dictaduras autoritarias de izquierda y de derecha. Lo que sucedió con el nazismo y el fascismo es la demostración más acabada del quiebre del positivismo legalista en el derecho de raíz continental y anglosajona.

Es que el problema del mundo y de los países, es y seguirá siendo el de la limitación del poder para hacerlo compatible con los derechos humanos básicos, entre los que cuentan no solo los nuevos derechos colectivos y los derechos sociales de segunda generación, cuya primacía algunos pretenden imponer, sino también, los derechos de la persona individual que hacen a su libertad y a sus necesidades materiales y espirituales, como la propiedad y la igualdad.

Si se respeta el principio de no contradicción nunca puede ser un criterio interpretativo válido darle preferencia dogmática a un principio sobre otro ni al derecho colectivo sobre el derecho individual, en la medida que son derechos fundamentales de la persona humana. Ello implicaría negar de antemano el principio o el derecho, despojándolo de su condición esencial.

Lo que si puede haber y de hecho es lo que acontece, es que deba resolverse un conflicto entre pretensiones de partes que se apoyan en derechos que, en un determinado caso, aparecen enfrentados y en el que el juez deberá darle toda o parcialmente la razón a una u otra sobre la base de la ponderación y de las exigencias de la razonabilidad.

Es ese escenario, el nuevo constitucionalismo (expresión que preferimos a la de neoconstitucionalismo) ha contribuido a reafirmar la tendencia del derecho administrativo a prohibir las arbitrariedades de la Administración potenciando el papel que deben cumplir los principios generales en el sistema jurídico constitucional e internacional de protección de los derechos humanos, lo cual implica extender el alcance del control judicial.

En tal sentido, los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22) han complementado el sistema de protección de los derechos individuales y sociales que consagra nuestra Carta Magna haciendo preceptiva la aplicación de sus principios a la teoría del acto administrativo, conforme a las técnicas de la ponderación y a las reglas de la razonabilidad práctica.

El abordaje efectuado sobre tres paradigmas fundamentales que impregnan el contenido de las relaciones entre los particulares y la Administración como los principios “pro homine” y, su consecuente, “in dubio pro libertate”, el principio de la confianza legítima y la tutela judicial y administrativa efectiva, no pretende ser abarcativo ni excluyente, ya que los tratados internacionales también contienen otros principios. Sin embargo, cabe advertir que el desarrollo de los mismos no debe hacerse a expensas de los derechos tradicionales de libertad, propiedad e igualdad, lo cual no implica desconocer la extensión que han tenido algunos principios fundamentales, como por ejemplo, la igualdad de oportunidades, que es una proyección del principio general de igualdad, base de la justicia y cuya aplicabilidad debe ponderarse en cada caso en función de otros principios (razonabilidad y eficacia), así como el clásico principio de subsidiariedad¹⁴², cuya recepción en nuestro país se ha limitado al campo doctrinario¹⁴³.

Si tuviéramos que resumir la ecuación actual del Derecho Administrativo diríamos que ya no gira, exclusivamente, en torno del equilibrio entre autoridad y libertad que, por cierto, hay que seguir manteniendo a rajatabla, sino entre el poder público y la dignidad humana - o si se prefiere entre la autoridad¹⁴⁴ y la protección de la persona física y jurídica y de sus derechos individuales y colectivos, interpretados con arreglo a las reglas de la razonabilidad práctica mediante la utilización de la técnica de la ponderación.

Medellín, Febrero 2014
Universidad EAFIT

¹⁴² Véase: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, *Interés general, Derecho Administrativo y Estado del bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, p. 101 y ss., y MEDAUAR, Odete, *O direito Adm...*, cit., ps. 245-246.

¹⁴³ Ampliar en nuestro *Curso de derecho Administrativo*, 10ª ed, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 25 y ss.

¹⁴⁴ Autoridad que, en cualquier caso, cumple una función servicial cuya razón de ser se encuentra en el principio personalista (la primacía de la persona humana), cfr. DELPIAZZO, Carlos E., *Recepción de los principios...*, cit. p.616.