



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 2 | n. 1 | janeiro/abril 2015 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico

The new constitutionalism and the bases of the legal system

JUAN CARLOS CASSAGNE*

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

jcc@cassagne.com.ar

Recibido/Received: 14.11.2014 / November 14th, 2014
Aprovado/Approved: 05.12.2014 / December 05th, 2014

Resumen

El artículo analiza los impactos que el fenómeno del nuevo constitucionalismo ha producido en el marco del Derecho Público, examinando las principales cuestiones que la constitucionalización del orden jurídico plantea. El trabajo trata de la confrontación entre ideas del positivismo y de las tendencias iusnaturalistas, enfrentando temas como ley natural y ley positiva, justicia, distinción entre moral y derecho, el carácter vinculante de los principios, entre otros. Al final, son presentadas las ideas cardinales de los nuevos paradigmas del Derecho Público y sus principios fundamentales, como dignidad de la persona, buena fe y confianza legítima.

Palabras-clave: nuevo constitucionalismo; positivismo jurídico; iusnaturalismo; justicia; principios.

Abstract

The article analyzes the impacts that the phenomenon of new constitutionalism has produced in the context of public law, examining the main issues raised by the constitutionalization of the legal order. The work deals with the confrontation between ideas of legal positivism and jusnaturalism trends, facing issues like natural law and positive law, justice, distinction between morality and law, the binding nature of the principles, among others. In the end, it presents the cardinal ideas of the new paradigms of public law and its fundamental principles such as dignity, good faith and legitimate expectations.

Keywords: new constitutionalism; legal positivism; jusnaturalism; justice; principles.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 167-224, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43660>

* Profesor Titular Consulto de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires – UBA (Buenos Aires, Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Fue Director del Instituto de Derecho Administrativo “Profesor Rafael Bielsa” y del Curso de Especialización en Derecho Administrativo (1974-1983), de la Universidad de Buenos Aires. Es profesor visitante de la Universidad de París X (Nanterre-Francia) y de la Universidad de Pau (Francia); de las Universidades españolas Autónoma de Madrid, Salamanca, San Pablo Ceu, La Coruña, Navarra, Valladolid, Escola Galega de Administración Pública; y de varias casas de estudios de Iberoamérica como la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad de la República (Uruguay) y el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá, donde fue honrado con la designación de Profesor Honorario en 1984 por sus “méritos académicos relevantes” en el campo de derecho público. Desde el año 2005 es miembro del Comité Científico de la Universidad de Salamanca en la Argentina. Ha fundado y es Director de la Revista de Derecho Administrativo, publicación trimestral especializada que se edita desde el año 1989. Es Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires e integra el Consejo Académico del Programa Master en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Es Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, ambas de Madrid. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (AIDC), con sede en París y de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. E-mail: jcc@cassagne.com.ar

SUMARIO

1. Un nuevo escenario en el Derecho Público; **2.** Positivismo y Neoconstitucionalismo; **3.** La constitucionalización del ordenamiento y los nuevos problemas que se plantean; **3.1.** La teoría de la armonización de los derechos para resolver los conflictos; **3.2.** Trascendencia de la ciencia política, de la filosofía del derecho y de su teoría general; **4.** Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado: la *summa divisio* como categoría histórica; **5.** Notas y características principales del nuevo constitucionalismo; **6.** La irrupción y auge de las tendencias iusnaturalistas: diversos sentidos del concepto de derecho; **7.** Ley natural y ley positiva: la fuente de la ley natural y el error de base del positivismo; **8.** La justicia: diferentes clases; **9.** La distinción entre moral y derecho; **10.** La estructura del ordenamiento; **11.** Las normas; **12.** Los principios generales: su diferencia con las normas y los valores. Las directivas políticas; **13.** El carácter preceptivo o vinculante de los principios. La distinción entre derecho y principio; **14.** El carácter absoluto o relativo de los derechos; **15.** Características atribuidas al orden jurídico; **16.** Los paradigmas en el derecho público; **17.** La dignidad de la persona como fuente central de todos los principios y derechos; **18.** Los nuevos paradigmas del derecho público; **19.** El principio *pro homine* y su función ordenadora. La interpretación más favorable (*in dubio pro libertate*); **20.** El principio general de la buena fe; **21.** El principio de la confianza legítima; **22.** El principio de la moral pública; **23.** La necesidad de armonizar los nuevos paradigmas; **24.** Referencias.

1. UN NUEVO ESCENARIO EN EL DERECHO PÚBLICO

La realidad actual muestra que estamos ante un nuevo escenario jurídico constitucional que se proyecta con intensidad a la mayoría de las instituciones del derecho público, particularmente al derecho administrativo. Para explicar lo que acontece se habla de neoconstitucionalismo¹ y no se puede desconocer que se ha operado un cambio radical en el sistema de las fuentes del derecho, que se refleja tanto en su interpretación como en el papel que cumplen los jueces en el Estado de Derecho.

El fenómeno que se ha generado a través de una transformación paulatina y gradual del sistema del derecho constituye un producto de la propia dinámica del Estado de Derecho que se va nutriendo de nuevas herramientas para realizar sus fines, en un escenario caracterizado por la aceleración del tiempo histórico.

Basta con advertir que el auge que tuvieron los principios generales en algunos países europeos por obra de la jurisprudencia (como la del Consejo de Estado francés)² y en otros, a raíz de la sanción de los nuevos textos constitucionales (vgr. España, Alemania e Italia) originó un proceso en el que prevalecieron distintas corrientes interpre-

¹ Para explicar el fenómeno nos parece más adecuado utilizar la expresión nuevo constitucionalismo en vez de "neoconstitucionalismo" por la carga ideológica que suelen contener las posturas de algunas doctrinas (mezcla de falso progresismo y populismo) y por las consecuencias que, para algunos sectores, puede suponer el empleo del elemento compositivo.

² DEBBASCH, Charles. **Droit Administratif**. Paris: Ed. Economica, 2002. p. 115 y ss.; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit Administratif**. 13 ed. Paris: LGDJ, 2013, p. 267 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)".

tativas 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 esquema positivista, los principios generales del derecho no tenían cabida y la justicia se consideraba una cuestión metafísica, ajena al mundo jurídico. Los derechos del hombre³ no se fundaban en la ley natural y su vigencia dependía de su reconocimiento por las normas positivas. Sin embargo, al ser el derecho administrativo –en sus orígenes– un derecho especialmente jurisprudencial⁴, fue abriéndose paso mediante la creación pretoriana de sus principios institucionales y sectoriales.

El derecho emanado de los tratados internacionales, en especial sus principios y la doctrina de la convencionalidad, contribuyeron también a sellar el nuevo modelo surgente en el que se afirma la protección de los derechos fundamentales o humanos desde la perspectiva del principio de la dignidad de la persona como centro de un sistema jurídico complejo que prevalece e informa a los demás principios.⁵

La clave que ordena ese sistema jurídico complejo que caracteriza al derecho público utiliza una metodología basada en un enfoque sistémico⁶ (propio de toda ciencia) que enlaza las partes especiales que forman el conjunto de cada rama del mundo jurídico vinculándolas con los principios generales del derecho⁷. En esa línea⁸, el derecho administrativo constituye –dentro del derecho público– un subsistema jurídico⁹.

³ Acerca del significado de los derechos humanos en la Constitución Argentina véase el trabajo de SCHIFFRIN, Leopoldo H. Notas sobre el significado de los derechos humanos en la Constitución Argentina. In: MILLER, Jonathan M; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana (Org.). **Constitución y derechos humanos**. t. 1. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 22 y ss.

⁴ RODRÍGUEZ R., Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano**. Bogotá: Temis, 2008. p. 22.

⁵ Véase: CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010.

⁶ BUNGE, Mario A. **Memorias: Entre dos mundos**. Buenos Aires: Gedisa-Eudeba, 2014. p. 234-237.

⁷ SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 1-2.

⁸ MONTAÑA PLATA, Alberto. **Fundamentos de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010. p. 25-26.

⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. 1 ed. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003. p. 174-177.

2. POSITIVISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

A partir de la segunda guerra mundial, la mayoría de los antiguos dogmas cayeron en forma bastante generalizada y uniforme en los principales países europeos¹⁰. No obstante, no faltaron quienes trataron 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 notables, que se adelantaron a la evolución del pensamiento de esas corrientes filosóficas.

En efecto, en uno de los últimos trabajos de Kelsen se observa un cambio fundamental en su concepción normativa ya que, contrariamente a lo que había afirmado en la *Reine Rechtslehre* de 1960 (en el sentido de que las normas jurídicas eran juicios hipotéticos), sostuvo que los principios lógicos (fundamentalmente el de no contradicción y el de inferencia) no son aplicables a las normas. Como las normas que crea el juez (en el último esquema kelseniano) son, en definitiva, actos reales de voluntad y no juicios lógicos¹¹, dada la indeterminación conceptual propia del derecho y del lenguaje, así como los inevitables vacíos normativos, el giro kelseniano implica reconocer que el derecho tiene su fuente más en la voluntad creadora del juez que en la subsunción a un esquema lógico formal, lo que abre un ancho cauce para que en la voluntad del juez se cuelen, aparte de las subsunciones de la lógica abstracta, las valoraciones y principios jurídicos provenientes de la ley natural, determinados conforme a las reglas de la razonabilidad práctica (Finnis).

Encandilados con el nuevo esquema que han propuesto algunos de los teóricos europeos del llamado “neoconstitucionalismo” son pocos los que han subrayado 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 orígenes¹², 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 posguerra¹³.

La superioridad de la concepción americana se basó en cuatro elementos fundamentales que se introdujeron en los marcos de los derechos constitucionales positivos:

¹⁰ KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Bogotá: Temis, 2007. p. 11 y ss.

¹¹ LACLAU, Martín, “Relación entre lógica y Derecho en el último período de Kelsen”, LL 1982-B, 699 y ss. Los dos últimos trabajos de Kelsen (Derogación y Derecho y Lógica) fueron traducidos al castellano por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicados en el **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, n. 21, México, 1974, p. 258 y ss.

¹² Véase: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010.

¹³ PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2 ed. Ciudad de Mexico: UNAM-Fontamara, 1997. p. 16, señala dicha circunstancia y aunque no desarrolla el tema es uno de los pocos juristas europeos que lo advierte.

a) la concepción de la Constitución como norma suprema¹⁴ 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 hombre¹⁵ y sus libertades como objetivo central de la vida política¹⁶; 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; y d) un control de la constitucionalidad de las leyes y de las decisiones administrativas en cabeza del Poder Judicial,¹⁷ que obliga a los jueces a no aplicar las leyes que conculcan la Constitución¹⁸.

Como la obligatoriedad de la Constitución surge, en el sistema norteamericano, (seguido en el resto de América), de una regla que le atribuye a la Constitución el carácter de norma suprema y vinculante, no fue necesario en nuestros países acudir a construcciones como fueron la regla básica de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart¹⁹, para fundar dicha obligatoriedad en elementos extra positivos de lógica formal.

Las bases de ese esquema constitucional permiten afirmar que, para los países americanos, el sistema que los europeos denominan Estado Constitucional de Derecho no es una novedad²⁰, pues siempre lo tuvieron en sus respectivos ordenamientos 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 iberoamericanos.

¹⁴ BREWER CARIAS, Alan Randolph. **Principios fundamentales del derecho público**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 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, véase del mismo autor: **La Constitución de Cádiz y el constitucionalismo americano**. San José de Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2012. p. 21 y ss.

¹⁵ Ver: DURAN MARTINEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Montevideo: La Ley, 2012. p. 30 y ss.

¹⁶ Cfr. BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**. t. 1. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010. p. 56.

¹⁷ AMAYA, Jorge Alejandro. **El control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2012, p. 121 y ss.

¹⁸ SAGUÉS, Néstor P. El control de constitucionalidad en Argentina. In: SABSAY, Daniel (Org.). **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. p. 585 y ss.

¹⁹ Ver sobre el punto el completo análisis de ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos**. 2 ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2015, p. 167 y ss. La obligatoriedad de la ley constituye, por otra parte, un principio de derecho natural.

²⁰ 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).

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 justicia y una pretendida hegemonía cultural que ahoga el pluralismo. El grado máximo de esta tendencia, expresada en diferentes visiones, asigna, básicamente, una absoluta preeminencia 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 otros²¹.

Lejos de suponer que el papel del Estado deba ser siempre neutro su intervención es, por naturaleza, subsidiaria de las fuerzas naturales 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. No hay que confundir la política social con los principios generales del sistema jurídico y los derechos fundamentales de hombre, preexistentes a cualquier acto de creación o reconocimiento del Estado o de la sociedad²².

²¹ 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. In: GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo**: Doctrinas esenciales. t. 3. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, p. 2011. p. 783 y ss.

²² Cfr. ESTRADA, José Manuel. **Curso de Derecho Constitucional**. 2 ed. Buenos Aires: Científica y literaria argentina, 1927. p. 47-49.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO Y LOS NUEVOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN

Como parte de un proceso que parece no detenerse hay que advertir que el llamado “neoconstitucionalismo”²³ irrumpe en el complejo escenario mundial, con tendencias que van de un extremo al otro²⁴, gestadas en el marco de la 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 teorías²⁵, asumiendo el riesgo inevitable de no incluir muchos de los variados aportes que impulsan las modas de turno, cuyas posturas suelen ser tan opuestas como contradictorias²⁶. 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 jurídico²⁷, caracterizada por un condicionamiento acentuado de la Constitución sobre la ley ordinaria y la actividad administrativa.

Este proceso supone, como principal efecto, el desplazamiento como dogma absoluto de la presunción de constitucionalidad de las leyes,²⁸ lo que implica un aumento de las facultades de los jueces para controlar a los otros poderes.

²³ SANTIAGO, Alfonso. **Neoconstitucionalismo**. Separata de Anales de la Academia Nacional de ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2008.p. 8 y ss., ha hecho una buena descripción del fenómeno.

²⁴ KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Bogotá: Temis, 2007, p. 9, advierte que es un signo de la modernidad ir de un extremo al otro.

²⁵ HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Teoría General de la interpretación**. Ciudad de México: Porrúa, 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.

²⁶ PÉREZ HUALDE, Alejandro. Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n. 12, 2008. p. 851 y ss.

²⁷ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2006, p. 49.

²⁸ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Supremacía constitucional e interpretación. In: _____. **Sobre Derecho Administrativo**. t. 1. Montevideo: FCU, 2007, p. 273 y ss. Sin embargo, tampoco resulta legítimo sustentar la presunción de inconstitucionalidad de ciertas leyes (relativas a las denominadas categorías sospechosas) pues la inconstitucionalidad debe siempre acreditarse y/o probarse en el proceso.

3.1. La teoría de la armonización de los derechos para resolver los conflictos

Al circunscribir las objeciones que merece este proceso de constitucionalización (tarea, por cierto, difícil de llevar a cabo en base a un criterio objetivo) puede decirse 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.

Esta es la principal dificultad que plantea la línea más extrema del llamado neo-constitucionalismo ya que el llamado conflicto de derechos, aparte de afectar el principio de no contradicción²⁹ y, no obstante la dimensión de peso que puedan tener los respectivos 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 práctica³⁰.

El fundamento de la teoría sobre la armonización de los derechos reposa en que el derecho, en sentido amplio, es una ciencia social y, como toda ciencia, su conocimiento y práctica deben basarse en un enfoque sistémico para poder alcanzar los fines de justicia y bien común que persigue. La pretensión de imponer, con carácter dogmático, un derecho colectivo sobre un derecho individual implica una interpretación fragmentaria del derecho y va contra la unidad que predica la visión sistémica. Incluso para la teoría que postula la naturaleza dual del derecho³¹, que reconoce su invalidez sólo cuando se supera un umbral extremo o intolerable de injusticia, la prelación de un derecho sobre otro no resulta posible dado que no existe principio alguno que establezca dicha preferencia. Los derechos no se encuentran en conflicto *a priori* y resulta necesaria su armonización mediante un método adecuado que permita ponderar y reflexionar con sentido práctico para arribar a una decisión justa.

²⁹ Como lo ha demostrado en TOLLER, Fernando M. Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos. In: CIANCIARDO, Juan (Coord.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006. p. 138 y ss.

³⁰ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 131 y ss.

³¹ ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 54 y ss., especialmente p. 73 y ss.

3.2. Trascendencia de la ciencia política, de la filosofía del derecho y de su teoría general

Sin embargo, a favor de lo que suele denominarse neoconstitucionalismo, aunque de manera desordenada (con fundamento en las diversas ideologías de sus cultores), corresponde reconocer que ha sabido conectarse con la ciencia política y 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 disciplinas³². Como en toda ciencia, la necesidad de acudir al método sistémico no puede soslayarse.

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 desarrollarse³³. 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 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 derecho internacional lejos todavía de alcanzar consenso y uniformidad³⁴.

³² 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**. t. 1. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 32. Sobre el iusnaturalismo en el ámbito del Derecho Administrativo, véase: COVIELLO, Pedro José Jorge. Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 67-99, out./dez. 2013.

³³ Tan es así que dos de las más destacados cultores del movimiento post-positivista como Dworkin y Alexy, 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, enseñó en Oxford, donde sobresalía la escuela de Hart.

³⁴ FERRAJOLI, Lucas. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá: Univ. del Externado, 2000. p. 178. Por ejemplo, entre los países que no aceptan la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional se encuentran

4. LAS FRONTERAS ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO: LA *SUMMA DIVISIO* COMO CATEGORÍA HISTÓRICA

Las diferentes ramas del derecho nunca han tenido una demarcación precisa de sus límites, dado que éstos se mueven al compás de oscilaciones históricas, sociales e incluso, políticas. Repárese, sin más, en la categorización del derecho constitucional como derecho público a pesar de que su contenido comprende la regulación básica de derechos individuales de naturaleza privada, como el derecho de propiedad.

Por otra parte, la delimitación entre lo público y lo privado y la consecuente sistematización de instituciones y principios no siempre coinciden totalmente en los ordenamientos comparados. Esto obedece a que el derecho público –particularmente el derecho administrativo– constituye una categoría histórica³⁵, al igual que cualquier otra rama del derecho. La historicidad no es patrimonio exclusivo de determinados derechos, sobre todo de los que se gestaron inicialmente como derechos especiales.

Desde una atalaya diferente, la mayoría de los juristas que se ocuparon de esta cuestión en el siglo pasado, probablemente influidos por el prejuicio positivista (Kelsen juzgaba inútil la distinción), no afrontaron la tarea de profundizar las razones y criterios que justifican la clásica *divisio*.

Más extraño aún fue el hecho de que se diera por sobreentendida una *divisio* no basada en elementos que permitieran la determinación de los criterios fundamentales de la distinción, los cuales a la luz de cualquier observador atento y no superficial, resultaba imprescindible determinar para el encuadre de las disciplinas publicistas en los respectivos órdenes jurídicos comparados y en el derecho nacional.

En paralelo, la insuficiencia de las tres principales concepciones que pretendieron fundar la distinción (teoría de los sujetos, del interés público y de los actos de imperio), llevó a algunos autores, como Goldschmidt, a basar la *divisio* en un criterio que tenía como eje el reparto o distribución de los bienes, derechos o ventajas de la relación jurídica sosteniendo que la adscripción al derecho público se producía cuando el reparto se llevaba a cabo en forma autoritaria mientras que lo típico del derecho privado radicaba en la autonomía de los repartos o atribuciones.

De la simple observación de la realidad se desprende que el derecho civil abarca repartos que no son autónomos (las relaciones de familia, por caso) los cuales, cuando está en juego el orden público no son intereses o derechos libremente disponibles (ej. la obligación alimentaria).

las grandes potencias como Estados Unidos y China. En forma paralela, tampoco puede afirmarse que el denominado *ius cogens* se haya totalmente generalizado en el mundo, no obstante que algunos tribunales lo prediquen incluso en contra de preceptos constitucionales expuestos (ej. el principio de la irretroactividad de la ley penal).

³⁵ Como pensaba Ascarelli con respecto al derecho mercantil.

A su vez, en el ámbito del derecho administrativo, pueden coexistir repartos autónomos y repartos autoritarios, aun en los contratos más típicos que celebra la Administración, qué hacen a su giro o tráfico normal. Por cierto que la autonomía del reparto ocupa un espacio preferente para los contratistas en los acuerdos bilaterales regidos en punto a su objeto por el derecho privado (vgr. la compra-venta).

El derecho público y, particularmente, el derecho administrativo, constituyen categorías históricas que se nutren con elementos y circunstancias de cada país. Originada en el derecho mercantil, la idea de la categoría histórica no se proyectó a la *divisio*, y existe cierto desinterés teórico en la búsqueda de criterios definitorios por parte de la doctrina que suele darlos por sobreentendidos, cuando no niega la división, alegando que la globalización, junto a la influencia del derecho anglo-sajón, han borrado prácticamente las diferencias entre derecho público y derecho privado³⁶.

Pero esa moda, como toda moda, será probablemente pasajera y habrá que ver si en el futuro desaparecen los códigos civiles de los derechos europeos o se unifican sus instituciones con las categorías del derecho público.

Porque mientras los teóricos del positivismo kelnesiano consideraban inútil la distinción, el derecho público desarrolló un formidable sistema propio y autónomo, basado en la estructuración de grandes principios que fueron adquiriendo operatividad, interrelacionándose con el derecho privado a través de la analogía. Desde luego que no puede desconocerse la influencia que ha tenido el derecho civil en el derecho administrativo tanto en la génesis de sus instituciones (vgr. acto y contrato administrativo), como en su desarrollo ulterior, habiéndose afirmado que creció bajo la sombra del derecho civil³⁷.

Al respecto, puede advertirse que el contenido común del derecho público en el derecho comparado, tiene como eje la figura de la potestad pública (descrita por Santi Romano en Italia) que se afirma como institución central del derecho administrativo, la cual por su carácter omnicompreensivo, desplaza a la exorbitancia como criterio que identifica al derecho público³⁸. Por ese motivo, actualmente se habla de régimen administrativo como criterio superador de la exorbitancia.

Con todo, la potestad y las consecuentes prerrogativas, que resultan fundamentales para caracterizar categorías transcendentales como el acto administrativo, no agotan el contenido de la disciplina. Basta señalar la cantidad apreciable de meros

³⁶ Sobre los criterios de distinción ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 41 y ss.

³⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. **El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones**. 2 ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 15 y ss., explica cómo se formaron las instituciones administrativas en torno a las categorías básicas del derecho civil.

³⁸ Véase: UBAUD-BERGERON, Marion. Exorbitance et droit des contrats: quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle du contrat administratif. In : BIOY, Xavier (Org.). **L'identité du droit public**. Toulouse: Presses de l'Université, 2011. p. 229 y ss.

actos administrativos o declaraciones que emite la administración, incluso desconociendo derechos adquiridos por el administrado, los actos favorables o de fomento, así como las modernas técnicas de participación y consenso en el procedimiento administrativo, para darnos cuenta que el universo del derecho administrativo es más complejo pues se integra con otros principios y técnicas que no implican el ejercicio de la potestad pública. Hay que recordar, por otra parte, que, como decía Ihering, no todo derecho es coactivo siendo la teoría de los actos favorables uno de los ejemplos más típicos del derecho administrativo.

Es verdad que la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de los poderes públicos continúa siendo uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho, tras una conquista lograda en una batalla que difícilmente se revierta, especialmente en los derechos americanos y europeos.

No obstante, un derecho público basado exclusivamente en los principios garantísticos se queda corto para cumplir, por sí mismo, con la finalidad de bien común que persigue el Estado, quien tiene que procurar la satisfacción de las necesidades colectivas, con arreglo a los principios de subsidiariedad y de solidaridad, con el objeto de permitir el libre desarrollo de las personas³⁹.

En este plano, la conceptualización, que brinda la doctrina alemana del derecho administrativo, como un derecho constitucional concretizado, representa una suerte de tautología generalizada por cuanto es algo tan obvio que no se puede negar. Lo cierto es que esta definición no permite distinguir el derecho administrativo de otras ramas e instituciones del derecho conectadas también con el derecho constitucional (vgr. el régimen de la propiedad en el derecho civil).

Al propio tiempo, los principios de eficacia y de eficiencia desempeñan un papel fundamental en el campo de la organización de la Administración Pública y al permear en los diferentes procedimientos tienden a mejorar las decisiones, hacerlas, además de razonables, más eficientes, con el objeto de lograr la mayor participación posible de los ciudadanos⁴⁰ y los consensos sociales indispensables para una buena Administración.⁴¹

³⁹ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar**. Madrid: Lustel, 2012, p. 97 y ss., especialmente p. 225.

⁴⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.

⁴¹ El concepto de buena administración ha sido tratado por: MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 13, n. 54, p. 13-44, out./dez. 2013. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 117-149, abr./jun. 2010; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012; RUOCCO, Graciela. La "buena administración" y el "interés general". **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 49, p. 27-45, jul./set. 2012.

De ese modo, se abren infinitas posibilidades de regulación e incluso de auto-regulación, que provienen de entidades intermedias cuyas organizaciones actúan de un modo independiente, sin subordinarse al poder político de turno.

En ese escenario sobresalen las funciones que cumplen las llamadas autoridades regulatorias independientes, las cuales muestran un desarrollo más abierto y flexible que amplía el ámbito del principio de separación de poderes, en el marco de una realidad en la que interactúan múltiples organismos públicos de control, a los que se les impone respetar los principios de imparcialidad e independencia que han pasado a ser principios supra-nacionales (caso “*Baena*” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En sustitución del antiguo Poder de Policía sobre el servicio público aparece la regulación económica con el objetivo central de promover la competencia. Del Estado prestador se pasa al Estado regulador y garante, en el que cobra una dimensión activa el principio de subsidiariedad, cuando la iniciativa privada no alcanza a cubrir las necesidades colectivas, sobre todo en el campo de la asistencia y de la previsión social.

Como después de una guerra, las fronteras entre lo público y lo privado se corren. Ello se opera al compás de los nuevos requerimientos de la política económica-social que impulsa el Estado moderno y los principios de selección peculiares de la contratación pública se extienden a empresas privadas en sus contratos con los particulares para promover la competencia.

5. NOTAS Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

Como consecuencia de un conjunto de causas concatenadas que, en forma somera, hemos descrito, no se puede desconocer que el nuevo constitucionalismo ha operado un cambio radical en: a) el sistema de las fuentes del derecho; b) la interpretación y la consecuente metodología que acompaña a la hermenéutica; c) la realización efectiva del control de constitucionalidad para afirmar la supremacía constitucional; y d) la consolidación, en algunos Estados, de un derecho supranacional que conlleva la necesidad de efectuar el llamado control de convencionalidad⁴².

En ese marco se potencian los sistemas de protección de las personas, que tienen como eje el principio de la dignidad de la persona humana, del cual se derivan una serie de principios o sub-principios (vgr. la buena fe, la confianza legítima, la buena administración, la responsabilidad estatal, la participación pública, etc.).

⁴² HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Interpretación de tratados internacionales tributarios**. Ciudad de México: Porrúa, 2011, especialmente ps. 86-98 y el artículo HALLIVIS PELAYO, Manuel. Elementos para lograr una homologación metodológica del control difuso de constitucionalidad en México. **Revista Pro-Homine**, año 1, n. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p. 133 y ss.

También aparecen, en el escenario constitucional positivo de muchos Estados (entre ellos, en el ordenamiento constitucional argentino tras la reforma de la constitución de 1994) los nuevos derechos o derechos de incidencia colectiva, tales como los derechos que protegen el ambiente (arts. 41 y 43 CN), la información adecuada y veraz (art. 41 CN), el patrimonio cultural (art. 41 CN) y la competencia (art. 43 CN), los usuarios y consumidores en la relación de consumo (art. 41 y 43 CN), la igualdad real de oportunidades (art. 75 inc. 23 CN) y los derechos de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75 CN) entre otros, a los que cabe adicionar los reconocidos en los tratados, particularmente los que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) como por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en los arts. 8 y 25 de la CADH.

En la realización efectiva de los nuevos derechos constitucionales subyace una tensión entre la libertad y la igualdad que conduce a la generación de los denominados conflictos de derechos. Aun cuando la fuente de esos nuevos derechos tiene basamento en convenciones internacionales que en algunos Estados poseen jerarquía constitucional y superioridad sobre las leyes (ej. nuestro art. 75 inc. 22 de la CN) lo cierto es que también los clásicos derechos constitucionales de primera generación (e incluso los derechos sociales de segunda generación) tienen también su anclaje en el derecho supra-nacional de los tratados internacionales (vgr. el derecho de propiedad).

Sobre la base del esbozo precedente veamos ahora que es lo que se mantiene y cuáles son los cambios que se han producido, cuya captación requiere tener en cuenta los fenómenos históricos (políticos, económicos y sociales) así como los principios que provienen de la filosofía del derecho y las técnicas interdisciplinarias de interpretación, como la lógica, ya que resulta prácticamente imposible hacer ciencia jurídica sin el acuerdo de una metodología sistemática⁴³ y abarcativa de todos los elementos que componen o complementan el conocimiento jurídico.

El nuevo constitucionalismo mantiene a rajatabla el Estado de Derecho cuyo contenido no es más la ideología liberal de antaño sino que, conservando como principio la protección de la libertad frente a las arbitrariedades de los poderes públicos, se orienta a la realización del Estado Social y Democrático de Derecho o si se prefiere el Estado de Justicia. Sin embargo, no es posible soslayar la realidad que exhiben los derechos latinoamericanos como consecuencia de la recepción de los tratados de derechos humanos en sus respectivos ordenamientos, integrando el bloque de constitucionalidad⁴⁴, lo cual ha venido a ampliar el dogma de la supremacía constitucional.

La democracia pasa a convertirse en un principio general del derecho público, prácticamente absoluto, en sentido contrario al relativismo crítico que sostuvo Kelsen.

⁴³ Ampliar en CISNEROS FARIAS, Germán. **Derecho sistemático**. Ciudad de México: Porrúa, 2005, p. 239 y ss.

⁴⁴ JINESTA LOBO, Ernesto. La construcción de un derecho administrativo común. Reformulación de las fuentes del derecho administrativo con las construcciones del derecho internacional de los derechos humanos. **Suplemento de Derecho Administrativo**, diario del 30 de marzo de 2012, p. 2.

En efecto, cualquiera fuera el ordenamiento positivo, como éste entraña una verdad relativa, las atrocidades hitlerianas encuentran su justificación en el propio relativismo que cobijaría el principio democrático⁴⁵, aunque sean repugnantes a la ley natural, lo cual constituye un absurdo lógico y político de primer orden.

La afirmación del principio democrático como derivación de la ley natural, en cuanto resulta la forma de gobierno en la que el órgano Ejecutivo y los parlamentarios resultan elegidos por el pueblo, es la que mejor armoniza con la realización del bien común, sin que necesariamente excluya la llamada monarquía constitucional, en la que la figura del Rey simboliza a la Nación a través de la sabia fórmula que prescribe que reina sin gobernar.

Ahora bien, la democracia no funcionaría con justicia y eficacia pudiendo devenir en un gobierno despótico sino tuviera como complemento el principio de separación de poderes y sus corolarios básicos, esto es, el principio de limitación del poder⁴⁶ (como en la Constitución norteamericana, un sistema de poderes limitados) y la independencia del poder judicial con garantías de inamovilidad e imparcialidad⁴⁷.

Este último principio se ha extendido a otros órganos o entes a los que se les asignan funciones regulatorias, incluso de contenido jurisdiccional, interpretándose que los principios de independencia e imparcialidad se extienden a las llamadas autoridades regulatorias independientes⁴⁸. De ese modo, el campo clásico de la separación de poderes se ha ampliado considerablemente y el sistema exhibe una suerte de poderes múltiples⁴⁹ que vienen a complementar, con el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el ejercicio de funciones estatales en base a competencias establecidas conforme al principio de especialización.

El nuevo constitucionalismo reafirma la caracterización de la Constitución como norma suprema y algunos piensan que estamos ante la llamada constitucionalización del ordenamiento, algo que en cierto modo parece redundante en América, en cuyos sistemas se consagró, a partir de la Constitución de los Estados Unidos, el principio de supremacía constitucional.

⁴⁵ KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Buenos Aires: Labor, 1934, p. 143 y ss., especialmente p. 153 y ss., llega a decir que la paradoja de la democracia es darse su sentencia de muerte (p. 144 y ss.) y que todos los metafísicos postulan la autocracia, lo cual es contrario a la verdad histórica ya que basta con el ejemplo que dio la Escuela de Salamanca al rechazar la tesis absolutista sobre el origen divino del poder para demostrar la falsedad histórica en que incurre Kelsen.

⁴⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 300 y ss. y comentario de ORREGO en el Estudio Preliminar a la obra de FINNIS (p. 27).

⁴⁷ Vid: VIGO, Rodolfo L. **De la ley al derecho**. 2 ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2005. p. 219-220.

⁴⁸ Caso "Baena" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho Administrativo y Público General**. t. 1. 2 ed. Madrid: Lustel, 2006. p. 1197 y ss., describe la diversidad y múltiples poderes de las agencias o comisiones independientes.

Por otra parte, con toda la buena intención del mundo muchos sostienen hoy –conforme a la doctrina alemana⁵⁰ que el derecho administrativo constituye un derecho constitucional concretizado lo que nos parece una generalización excesiva al punto que, de seguirse esa línea de pensamiento, hasta el Derecho Civil sería un derecho constitucional concretizado habida cuenta que se ocupa de reglamentar, entre otros derechos, el derecho constitucional de propiedad.

En ese esquema, producto de la revalorización constitucional, el derrumbe de los dogmas positivistas ha conducido a la potenciación de la función del juez como creador del derecho y no más como un aplicador mecánico de la ley a través de un proceso de subsunción.

A su turno, el reconocimiento de la prevalencia de los principios generales sobre la ley positiva abrió un ancho cauce para las técnicas propias de la argumentación jurídica y al método interpretativo de la ponderación (justificación interna y externa) cuyo adalid ha sido, sin duda, Robert Alexy⁵¹. En este escenario, se desarrolla un proceso interpretativo, primero en Alemania y luego en varios Estados europeos y americanos, en el que se adopta y desarrolla el denominado principio de proporcionalidad, descompuesto en tres tipos de juicio que debe realizar el juez en la búsqueda de la solución justa de cualquier controversia, a saber: a) el de necesidad; b) el de adecuación y c) el de proporcionalidad en sentido estricto⁵².

Para completar el cuadro de las grandes transformaciones que caracterizan el nuevo constitucionalismo, sobre todo en sus derivaciones positivas y jurisprudenciales, hay que tener en cuenta el abandono de una de las premisas del positivismo legalista que sostenía una separación absoluta entre la moral y el derecho.

6. LA IRRUPCIÓN Y AUGE DE LAS TENDENCIAS IUSNATURALISTAS: DIVERSOS SENTIDOS DEL CONCEPTO DE DERECHO

La pretensión de reducir el fenómeno jurídico exclusivamente a la ley positiva se ha batido en retirada y ya no quedan casi juristas que sostengan los dogmas básicos del positivismo puro. Esa corriente ha cedido a raíz del reconocimiento de la prevalencia de

⁵⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. In: BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. **Innovación y Reforma del Derecho Administrativo**. 2 ed. Sevilla: Inap-Global Law Press, 2012. p. 52 y ss.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 215 y ss.

⁵² BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. **RAP**, n. 135, Madrid, 1994, p. 495 y ss. Mientras en el juicio de adecuación hay que valorar la idoneidad del fin, en el de necesidad se exige valorar si la medida es la menos restrictiva de los derechos y, por último, el juicio de proporcionalidad supone una valoración entre los medios elegidos, los sacrificios y el interés general, los que deben guardar proporción o, en otros términos, ser razonables.

los principios generales⁵³, 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 en la cultura del derecho que en la cultura de la ley⁵⁴, en suma, de un derecho público que no prescinde de los fines que persigue el Estado⁵⁵.

A su turno, la progresiva constitucionalización de los principios generales –que abrió paso a nuevas técnicas de interpretación⁵⁶ 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 un proceso de subsunción de 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 y la argumentación jurídica.

¿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 premoderno (lo justo), al derecho subjetivo como facultad o poder, a la ley, al orden coactivo o al conjunto del ordenamiento jurídico⁵⁷. A su vez,

⁵³ Véase: SARMIENTO GARCÍA, Jorge. **Los principios en el Derecho Administrativo**. Mendoza: Diké, 2000. p. 41 y ss; 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: CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. p. 19 y ss.

⁵⁴ Véase: VIGO, Rodolfo L. **De la ley al derecho**. 2 ed. Mexico: Porrúa, 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.

⁵⁵ MONTAÑA PLATA, Alberto. **Fundamentos de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010. p. 46-50, señala que el error en que ha incurrido el positivismo jurídico, de tipo formal, al descuidar la teleología del Estado (p. 49-50).

⁵⁶ CIANCIARDO, Juan (Org.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006. p. 7 y ss.; HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Teoría general de la interpretación**. México: Porrúa, 2009. p. 304-308.

⁵⁷ El concepto normativo del derecho tiene arraigada tradición y es usualmente empleado por todos los filósofos del derecho y por los juristas dogmáticos los que, al propio tiempo, utilizan el concepto de derecho como poder o facultad (derecho subjetivo) que refiere a una realidad distinta. Un ejemplo del uso multívoco se advierte en la obra de FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 38 y ss. De otra parte, la tendencia al empleo de significados unívocos (desechada por Aristóteles) muestra su quiebre en la diferenciación que suele hacerse en modernos sistemas constitucionales,

con referencia al quehacer de los juristas se ha llegado a afirmar que hacer derecho consiste en “*dar y exigir razones*”⁵⁸. Sin habernos enredado en la discusión filosófica utilizamos también, desde nuestros primeros análisis, el concepto del derecho como facultad (con fundamento en Suárez) que, según Finnis, traduce el lenguaje moderno de los derechos no necesariamente opuesto al *ius* de los clásicos sino más bien usando el concepto desde una perspectiva distinta⁵⁹.

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*”⁶⁰.

Por cierto que el “*iusnaturalismo*” constituye una tendencia filosófica que ha desarrollado diversas etapas⁶¹, 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.

A la vista del nuevo escenario descrito, si bien compartimos los enfoques de la Nueva Escuela de Derecho Natural -NEDN-, seguimos manteniendo, en lo sustancial, la adhesión a la teoría trialista de Goldschmidt⁶², que concibe al mundo jurídico compuesto por las tres dimensiones que se integran respectivamente por las normas, las conductas y los valores⁶³.

como el español, entre la ley y el derecho. Mientras el término ley se refiere a la legalidad formal y material, el concepto de derecho remite a la justicia o a los principios generales del derecho.

⁵⁸ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Sobre el derecho y el quehacer de los juristas**: Dar y exigir razones. Madrid: Universidad Complutense, 2011, p. 7 y ss.

⁵⁹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 234 y ss. Sin embargo, se ha destacado también que el gran profesor australiano emplea una definición “focal” del derecho, véase: VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 123 y ss.

⁶⁰ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Iusnaturalismo e interpretación jurídica*. In: CIANCIARDO, Juan (Coord.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006. p. 65, con cita de Michael S. MOORE (*Law as a functional kind*).

⁶¹ Véase: SILVA TAMAYO, Gustavo E. *Corsi e ricorsi de los principios generales del derecho*. **ReDA**, n. 79, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. p. 74-86.

⁶² GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973. especialmente p. 8 y ss., recoge nuestra opinión en el sentido de que la teoría trialista del mundo jurídico constituye un iusnaturalismo actualizado (p. 383).

⁶³ Vid FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. t. 1. Madrid: Trotta, 2007, p. 39-40. Así también se desprende del enfoque de Ferrajoli quien, con una acentuada tendencia normativista, se inscribe en la misma línea que el trialismo que unos cuantos años atrás propugnó Werner Goldschmidt, en nuestro país. La teoría del derecho puede convertirse en un punto de encuentro “entre el punto de vista interno propio de las disciplinas dogmáticas, el punto de vista empírico externo propio de la sociología del derecho y el punto de vista axiológico externo propio de la filosofía de la justicia” (p. 39).

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 creativa⁶⁴.

Ha sido el gran filósofo del derecho Finnis (buen conocedor desde las entrañas del positivismo) quien, sin desmerecer el derecho positivo, encabeza con mayor rigor lógico-filosófico, el movimiento que propugna los principios del iusnaturalismo basado principalmente en la ley natural, sus valores básicos⁶⁵ y la aplicación de las exigencias fundamentales de la razonabilidad práctica (que enseña las cosas que moralmente pueden y no pueden hacerse)⁶⁶.

En efecto, aunque pueda parecer algo paradójal, 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...”*⁶⁷.

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 positivistas⁶⁸. 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 adjudicación (“adjudication”)*⁶⁹.

⁶⁴ Sobre el tema, vid: ZAMBRANO, María del Pilar. El liberalismo político y la interpretación constitucional. In: CIANCIARDO, Juan (Coord.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Abaco, 2006. p. 85, anota que ya está bastante difundida la distinción entre positivismo excluyente (el clásico) y el positivismo incluyente (que reconoce el papel activo del juez en la creación del derecho).

⁶⁵ 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 de los principios generales del derecho. **ReDA**, n. 79, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.p. 86 y ss.

⁶⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 134.

⁶⁷ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 137, agrega que las exigencias de la razonabilidad práctica ofrecen *“una base racional para los legisladores, los jueces y los ciudadanos”* (p. 317).

⁶⁸ ORREGO, Cristóbal S. Estudio preliminar. In: FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 15.

⁶⁹ HART, H. L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 11, cit. por ORREGO en el Estudio preliminar a la obra de FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000., p. 15, donde recuerda que HART consideró a la obra de FINNIS como una interpretación flexible del iusnaturalismo que, en muchos aspectos, resulta complementaria a la teoría jurídica positivista (p. 10).

Hallaríase incompleto el análisis que venimos haciendo sin una referencia a la definición del derecho que proporciona Finnis, cuando se explaya sobre el que denomina significado focal del concepto de derecho basado en la descripción de sus facetas centrales que, a su entender, está configurado primariamente “por reglas producidas de acuerdo con reglas jurídicas regulativas por una autoridad determinada y efectiva” para una comunidad completa, apoyada por sanciones dispuestas por instituciones juzgadoras guiadas por prescripciones orientadas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad para la realización del bien común⁷⁰.

El pensamiento “finnisiano” es complejo pero, aun cuando revela solvencia filosófica y lógica notables, no siempre resulta preciso en la terminología⁷¹, sin desconocer que algunas posturas que adopta en su concepción sobre el derecho se encuentran en discordancia con las bases iusnaturalistas que sustenta en su obra.

Tal ocurre –entre otros aspectos- con el concepto de regla que utiliza, con exclusividad, para la definición del derecho, habida cuenta que al limitarlo a las normas (legales o consuetudinarias), como resulta del significado que atribuye al término en diversos pasajes de su obra,⁷² quedarían fuera del concepto de derecho nada menos que los principios generales, sobre todo los que considera principios de segundo grado que enuncia y enumera en forma abarcativa y precisa⁷³.

Por ese motivo, para salir del mar de promiscuidad⁷⁴ que genera la caracterización de lo que es una regla parecería más adecuado definirla como un género que comprende tanto a los principios generales como las normas en sentido estricto⁷⁵, cuya configuración jurídica describimos más adelante.

Otro tanto acontece con la nota relativa a que el derecho regula su propia creación en cuanto ello implica caer en el formalismo jurídico pues si no hay derecho más

⁷⁰ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 304 y ss. La definición del derecho de Finnis es multifacética basándose en una conjunción de reglas e instituciones que interactúan en la realización del bien común, guiadas por características “como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad y el mantenimiento de la reciprocidad” entre los ciudadanos entre sí y con las autoridades legítimas. La construcción “finnisiana” encierra un significado focal que se apoya en exigencias de la razonabilidad práctica, en determinados valores básicos y “en ciertas características empíricas de las personas y sus comunidades” (p. 304).

⁷¹ VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**. De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 131.

⁷² FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 182, 219, 285, 307-308, etc.

⁷³ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 315.

⁷⁴ Una prolija descripción de la disparidad existente puede verse en: POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico**. Lima: Palestra, 2011, p. 75-117. Para un sector de la doctrina, la norma es el género y los principios y las reglas son normas en cuanto fijan una orientación para la acción o para el juicio, vid ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia**: Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Trotta, 2014, p. 183.

⁷⁵ Cfr. VIGO, Rodolfo L. **Los principios jurídicos**. Buenos Aires: Depalma, 2000. y del mismo autor **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 131, nota 177.

que cuando se dictan reglas jurídicas regulativas por una autoridad determinada y efectiva, no tendrían cabida en el sistema jurídico los principios generales del derecho fundados en preceptos morales ni la costumbre.

Por otra parte, suponer que el derecho es un sistema basado en la sanción representa una concesión innecesaria al positivismo ya que quedan afuera del concepto de derecho los repartos autónomos, los actos favorables y los actos de coordinación. Esta postura de FINNIS, en muchos pasajes de su conocido libro, no distingue entre sanción y *vis* coactiva. El uso de la fuerza que entraña todo orden coactivo es su última *ratio* y no su esencia ya que el cumplimiento de los actos por los particulares se lleva a cabo, normalmente, sin apelar a la coacción, además de que el uso de la fuerza puede proceder tanto para ejecutar una sanción como para obtener el cumplimiento de un contrato o de un acto jurídico, el cual, en principio y salvo casos de excepción (por ej. demolición de edificios que amenazan ruina) compete a los jueces⁷⁶.

Más adelante volveremos a ocuparnos de estos aspectos al abordar, con sentido crítico, algunas de las características atribuidas al orden jurídico.

Las críticas precedentes a la definición focal de Finnis no impiden reconocer que el derecho “cuando cada uno de estos términos” (se refiere a los elementos de la significación focal del derecho) “*se realiza plenamente*”⁷⁷, afirmación que debería limitarse a dos de los componentes centrales de la definición constituidos a nuestro juicio por la exigencia de la razonabilidad práctica cuando se resuelve cualquier problema de coordinación, y por su contenido axiológico que refiere al bien común como objeto, en definitiva, de la justicia⁷⁸. El bien común, que se expresa a través de conceptos jurídicos indeterminados (como interés público o bienestar general) constituye el

*“conjunto de condiciones que capacita a cada uno de los miembros de la comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores) por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad”*⁷⁹.

En la misma corriente “no positivista” se ubica la tesis de Alexy sobre la naturaleza dual del derecho, que ha retomado, en este punto, las banderas clásicas de la teoría del derecho natural. Con un enfoque moderno sostiene que existen propiedades necesarias del derecho que pertenecen a su dimensión real o fáctica (como la coerción)

⁷⁶ Cfr. nuestro libro CASSAGNE, Juan C. **El acto administrativo**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 366-367.

⁷⁷ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 305.

⁷⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 198 y VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 134.

⁷⁹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 184.

mientras que otras propiedades como la pretensión de corrección del derecho (como fuente de la relación entre moral y derecho) es constitutiva de la dimensión ideal, que permite descubrir los umbrales externos de injusticia (según la conocida fórmula de RADBRUCH) los cuales, cuando se traspasan, invalidan el derecho⁸⁰.

7. LEY NATURAL Y LEY POSITIVA: LA FUENTE DE LA LEY NATURAL Y EL ERROR DE BASE DEL POSITIVISMO

En la actualidad, ya fuera porque resulta evidente para un sector del iusnaturalismo distinguir la ley natural de la ley positiva o bien porque se considere –conforme al positivismo legalista de matriz kelseniana- que la ley natural es de inspiración metafísica que, por fundarse en la naturaleza, es algo extraño al derecho que debe ser depurado de elementos ajenos a la norma legal positiva, lo cierto es que los filósofos del derecho, con excepción de la Nedn y sus seguidores⁸¹, no han prestado debida atención al examen más o menos exhaustivo de este punto. Sin la pretensión de profundizar en el tema (lo cual excedería el propósito que perseguimos) haremos una serie de reflexiones básicas con la idea de captar su problemática central en sus grandes rasgos.

Mientras hay bastante acuerdo entre los filósofos del derecho en cuanto a que la ley positiva es la que resulta promulgada por el legislador, en sentido formal y material, y por el ejecutivo, cuando éste ejerce una función materialmente legislativa (ej. los reglamentos); para los iusnaturalistas, en la vereda opuesta al positivismo, toda ley positiva debe ser conforme a la ley natural⁸².

La diversidad de concepciones formuladas sobre el derecho natural ha sido campo propicio para las críticas que recibió del positivismo, principalmente el propugnado por Kelsen quien, por no dominar el panorama del derecho natural de la escolástica, generalizó una serie de errores que se gestaron “a posteriori” en las tendencias del iusnaturalismo. La mayoría de esos errores y críticas han sido refutados por la Nedn, particularmente en la obra de Finnis⁸³, con una profundidad filosófica y lógica remarcable.

El error básico de Kelsen sobre el derecho natural estriba en sostener que la norma fundante del derecho natural presupone una norma que diga “*deben obedecerse las leyes de la naturaleza*”⁸⁴, lo que traduce un juicio equivocado.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 89 y ss.

⁸¹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 68 y ss.

⁸² Véase: GOLDSCHMIDT, Werner. **Instrucción filosófica al derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973. con citas de Tomás Aquino y de Suárez.

⁸³ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 66 y ss.

⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2011. p. 231.

Han sido muchos los partidarios del derecho natural que antes y después de Kelsen incurrieron en ese error (repárese nada más en Villey) y carece de sentido criticarlos y traerlos a colación porque en vez de refutar al gran filósofo austríaco convalidaron su equívoco.

Los estudios hechos en el marco de la Nedn han revalorizado el pensamiento de Tomás de Aquino sobre el punto, además de actualizarlo y explicarlo en clave entendible por la modernidad.

El Aquinate jamás sostuvo que el derecho o ley natural se fundaba en la naturaleza, ni siquiera en la naturaleza humana en sí misma, sino en el orden impuesto por la razón natural que, en definitiva, se funda en el principio de razonabilidad, habida cuenta que todo hombre posee *“la inclinación natural a actuar según razón”* y que esto implica obrar en forma virtuosa⁸⁵.

En ese sentido, la interpretación que hace Finnis sobre los textos de Tomás de Aquino demuestra lo afirmado precedentemente al señalar que

“el criterio de conformidad o contrariedad respecto de la naturaleza es la razonabilidad”⁸⁶: “Y así todo lo que es contrario al orden de la razón es contrario a la naturaleza de los seres humanos en cuanto tal; y lo que es razonable está conforme con la naturaleza humana en cuanto tal. El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano consiste en estar fuera del orden de la razonabilidad... De modo que la virtud humana, que hace buena a la persona humana y a sus obras, está conforme con la naturaleza humana sólo en cuanto [tantum... in quantum] está conforme con la razón; y el vicio es contrario a la naturaleza humana solo en cuanto es contrario al orden de la razonabilidad”⁸⁷.

“En otras palabras dice Finnis, “para Tomás de Aquino la manera de descubrir que es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable. Y esta investigación nos conducirá, al final, hasta los primeros principios inderivados de razonabilidad práctica, principios que no hacen ninguna referencia a la naturaleza humana, sino solo al bien humano. Del principio al fin de sus exposiciones sobre ética, las categorías primarias para Tomás de Aquino son lo “bueno” y lo “razonable”, lo “natural” es, desde el punto de vista de su ética, un

⁸⁵ S.T. I-II, q. 94, a.3, en AQUINO, Tomás de. **Tratado de ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes**. Ciudad de México: Porrúa, 1975. p. 28.

⁸⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 69; MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999. p. 34-37, analiza en profundidad los principales errores de Kelsen sobre lo que Tomás de Aquino entendía por ley natural.

⁸⁷ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 69.

*apéndice especulativo añadido a modo de reflexión metafísica, no un instrumento con el cual moverse hacia o desde los prima principia per se nota prácticos*⁸⁸.

Una interpretación similar sobre el pensamiento tomista en este punto hizo con anterioridad Goldschmidt, aunque el desarrollo que efectuó no puede compararse al rigor argumentativo de Finnis, señaló que la *lex naturalis* es aquella parte de la ley externa que resulta conocible a los hombres mediante la razón y que *“su principio supremo estatuye: hacer lo bueno y no hacer lo malo”*⁸⁹.

Esta coincidencia de Goldschmidt con la interpretación de Finnis⁹⁰ sobre la obra de Tomás de Aquino resulta notable no solo por haberla efectuado con bastante anterioridad (la primera edición data de 1960) sino por extenderse a la concepción sobre la ley humana o positiva, la cual, según el maestro austriaco y profesor argentino tras la segunda guerra mundial, se desprende de la ley natural

*“de dos maneras: por conclusión y por determinación. Las conclusiones deducidas de la “lex naturalis” son uniformes” ... “las determinaciones, al contrario, conceden un espacio de libertad dentro del cual caben lícitamente diferentes regulaciones”*⁹¹.

Debe quedar claro, entonces, que en el pensamiento de la Nedn la ley positiva deriva siempre del primer principio⁹² del derecho natural que manda hacer el bien y evitar el mal⁹³, principio que preside un sistema complejo que poco tiene que ver con la norma básica que Kelsen ubicó en la cúspide de su pirámide jurídica. Esta norma de clausura del sistema kelseniano carece por cierto de positividad, ya que su naturaleza es más bien sociológica, como lo reconoce el propio Kelsen al definirla como

*“el hecho fundante de la producción del derecho”, admitiendo que se trata de una norma presupuesta que puede ser designada “como constitución en sentido lógico jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo”*⁹⁴.

⁸⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 69.

⁸⁹ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973 p. 476.

⁹⁰ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 311 y ss.

⁹¹ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973p. 477.

⁹² Cfr. PUY, Francisco. **Teoría científica del derecho natural**. Ciudad de México: Porrúa y Universidad Panamericana, 2006. p. 238.

⁹³ AQUINO, Tomás de. **Tratado de ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes**. Ciudad de México: Porrúa, 1975. I-II, ej. 94, a. 2 puntualiza que *“...sobre este precepto se fundan todos los demás preceptos de la ley natural: o sea que (todo aquello que ha de hacerse o evitarse cae bajo los preceptos de la ley natural en cuanto la razón práctica puede captar que tales actos son bienes humanos”*.

⁹⁴ Vid KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2011. p. 206.

Como puede advertirse, en el sistema kelseniano la norma básica no es impuesta sino presupuesta y, por tanto, no tiene nada de positiva aunque lo peor sea que, a consecuencia de la misma, “*cualquier contenido puede ser derecho*”⁹⁵ (vgr. normas de la dictadura nazi dirigidas al exterminio de judíos). Para el positivismo, la ley no puede ser moral ni inmoral, es amoral; la justicia es lo que la ley positiva estipula y el poder público tiene siempre razón⁹⁶.

En el sistema “no positivista” –en cambio– no tiene cabida una norma opuesta a la justicia la que se condensa en el primer principio antes señalado⁹⁷ y en los principios generales del derecho de primer y segundo grado⁹⁸, los cuales conforman un sistema de fuentes que se completa con las normas positivas y no al revés. Los principios generales interactúan sin que exista una prevalencia de unos sobre otros, lo que no obsta a reconocer la distinta dimensión de peso que pudieran tener para poderlos ponderar y armonizar con miras a la realización del bien común, salvo aquellos que se definan como derechos prácticamente absolutos, como el derecho a la vida (ya que salvo por el ejercicio de legítima defensa no es lícito provocar la muerte de una persona).

Como conclusión podemos decir que mientras el positivismo puro encorseta el derecho en un sistema lógico-formal basado en normas positivas, excluyendo del mismo la justicia⁹⁹, la moral y los consecuentes principios generales del derecho, el iusnaturalismo, particularmente a través de la Nedn, se revela como un sistema más amplio y abierto, que se nutre con el aporte interdisciplinario de otras ciencias y disciplinas permitiendo así enriquecer las determinaciones positivas, a condición de que no trasgredan los principios básicos de la justicia, en suma, del derecho natural.

De ese modo, se acrecienta el papel del juez en la creación del derecho reafirmando los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional los cuales constituyen principios generales del derecho público que los otros órganos

⁹⁵ Cfr. Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2011. p. 207.

⁹⁶ Cfr. BUNGE, Mario A. **Filosofía política**. Buenos Aires: Gedisa, 2009, p. 346, anota que tanto Carl Schmidt como Hans Kelsen justificaron el asesinato de Ernst Roehm y sus camisas pardas en el año 1934 por orden de Hitler y afirma que pese a su declarada neutralidad, “el positivismo jurídico es crudamente inmoral” y que “esa es la razón de que el positivismo jurídico haya sido la filosofía del derecho oficial de la Alemania nazi como de la antigua Unión Soviética”.

⁹⁷ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999. p. 38, afirma el carácter normativo del primer principio del derecho natural refutando la crítica de la filosofía analítica que suponía que Tomás de Aquino extrapolaba los principios del derecho natural de proposiciones descriptivas basadas en los rasgos de la naturaleza humana. En realidad, señala Massini Correas, la tesis de Hume en el sentido que “*de proposiciones meramente enunciativas solo podía seguirse una proposición normativa*” fue coincidente con el pensamiento de Tomás de Aquino (p. 38).

⁹⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 131 y ss.

⁹⁹ Uno de los grandes filósofos argentinos no concibe cómo el positivismo excluye a la justicia de la teoría del derecho, cuando es su principal objeto. Ha señalado también que la ciencia busca la verdad, es explicativa y que “es legal, es decir, esencialista: intenta llegar a la raíz de las cosas”; véase: BUNGE, Mario. **La ciencia, su método y su filosofía**. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1975, ps. 28/34.

del Estado no pueden alterar con leyes y/o el dictado de actos administrativos de alcance individual o generales (en sentido estricto: reglamentos).

8. LA JUSTICIA: DIFERENTES CLASES

La teoría de la justicia constituye una condición esencial para la comprensión y construcción sistémica de la dogmática jurídica, particularmente desde la visión de la nueva escuela de derecho natural (Nedn) a la que adherimos.

De acuerdo con el pensamiento que desarrolla Finnis al seguir y actualizar con un sentido moderno (sin variar lo esencial) las concepciones de Aristóteles y Tomás de Aquino, la justicia se configura como “un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la persona humana debe buscar realizar y respetar los bienes humanos no simplemente en sí misma y en su propio beneficio sino también en común, en comunidad”¹⁰⁰.

Ahora bien, la justicia constituye un complejo integrado por tres elementos que pasamos a sintetizar: a) se trata de una relación inter-subjetiva o inter-personal, es decir que revela una orientación hacia otra persona; b) contiene un deber o el mandato de cumplir lo debido (*debitum*) o sea lo que es propio, suyo de cada persona o, al menos, lo que se le adeuda en justicia y, c) implica una relación de igualdad en un sentido analógico: igualdad proporcional en relación a la cosa (aritmética) o igualdad en proporción al mérito o necesidad de una persona (geométrica)¹⁰¹.

En la construcción de Tomás de Aquino se reconocen dos grandes especies de justicia que en sus grandes rasgos se inspiran en la concepción aristotélica (justicia legal y correctiva). En un sentido abarcativo (de ahí su denominación) la justicia general comprende la ordenación de todas las relaciones humanas al bien común (que no se debe confundir con el patrimonio o acervo común de una determinada comunidad pública o privada). El bien común es el bien de todos y el de cada uno y por ese motivo todas las especies de justicia (aún la particular) deben orientarse a la realización del bien común.

La otra dimensión de la justicia es la particular que admite la subdivisión en justicia distributiva y conmutativa. La primera comprende las relaciones que vinculan a una comunidad (pública o privada) con los individuos e incluye tanto los deberes de los miembros hacia la comunidad (v.gr. las cargas públicas o la obligación de abonar una cuota social en una asociación privada) pues el concepto de comunidad no

¹⁰⁰ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 191.

¹⁰¹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 191-194.

se circunscribe al Estado¹⁰². En estos casos, la relación de igualdad es proporcional al mérito, necesidad u otros criterios distributivos¹⁰³.

La segunda especie de justicia es la conmutativa que se refiere a los cambios (no sólo a los intercambios) que se producen en las relaciones entre dos personas (incluso entre personas públicas y privadas) y en ellas la igualdad se realiza siempre en proporción a la cosa y no a la persona (proporción aritmética)¹⁰⁴.

Por tales razones, no es posible identificar la justicia legal ni la distributiva con el Estado¹⁰⁵ ni, por derivación, la justicia distributiva con el derecho público¹⁰⁶, confusión que proviene de la clasificación triádica que formuló el Cardenal Cayetano al sostener que la justicia distributiva es la justicia del Estado¹⁰⁷. Ese error en que han caído algunos autores que identifican el derecho público con la justicia distributiva obedece a suponer que cuando Tomás de Aquino se refiere al todo o la comunidad se está refiriendo al Estado¹⁰⁸ cuando la realidad indica que la justicia distributiva -como relación entre el todo y las partes- puede darse en comunidades no necesariamente estatales (v.gr. asociaciones mutuales, familia, sociedades intermedias, comunidad internacional, etc.)¹⁰⁹.

Esa realidad demuestra, por otra parte, que las relaciones de justicia particular (distributiva y conmutativa) se presentan y desarrollan en planos distintos al correspondiente al derecho privado y al derecho público y que, en ambas ramas, pueden darse relaciones de justicia distributiva y de justicia conmutativa. Por lo demás, como señaló Tomás de Aquino, la restitución o compensación debida para restablecer la igualdad debe efectuarse con arreglo a los criterios de proporción de la justicia conmutativa

¹⁰² Véase: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999.

¹⁰³ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 195-206, especialmente p. 202 y ss.

¹⁰⁴ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 216 y ss., da como ejemplo de justicia distributiva la institución de la quiebra que pertenece al derecho privado (ps. 216/221). Mientras la justicia distributiva busca compensar a todos los que sufren daños relevantes el modelo de justicia conmutativa busca compensar a quienes fueron lesionados por el acto de quien no cumplió con sus deberes de cuidado y respeto por la persona dañada (p. 209).

¹⁰⁵ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 213 y ss.

¹⁰⁶ BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 213 y ss.

¹⁰⁷ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 213 y ss. afirma que "según la opinión de Tomás de Aquino cualquiera que esté a cargo del 'acervo común' tendrá deberes de justicia distributiva; de aquí que cualquier propietario puede tener tales deberes..." puntualizando además que también el Estado y sus funcionarios tienen deberes de justicia conmutativa (p. 214).

¹⁰⁸ ROSSI, Abelardo F. **Aproximación a la justicia y a la equidad**. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 2000. p. 22.

¹⁰⁹ ROSSI, Abelardo F. **Aproximación a la justicia y a la equidad**. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 2000. p. 22. En la justicia distributiva, dice Rossi, la medida del derecho de la parte no depende de un valor fijo compensatorio proporcional al valor de la cosa o de otro valor fijo "sino de la proporción entre personas (partes) en el todo y el quantum de los bienes comunes distribuibles" (p. 38).

(v.gr. expropiación por razones de interés público, responsabilidad por actividad legítima, etc.).

Esta sucinta explicación que hemos hecho quedaría incompleta de no reconocer que, en el escenario de la justicia, suele utilizarse también la categoría de la justicia social¹¹⁰ la que indica una orientación hacia la realización del bien común (y en esto participa de la justicia general), a lo debido por la comunidad a otros semejantes que necesitan tener condiciones de vida digna como a las cargas impuestas para satisfacer las necesidades sociales que sean compatibles con el bien del conjunto de la comunidad y de las personas individualmente consideradas, en definitiva, con el bien común, no circunscribiéndose a una sola especie de justicia¹¹¹, sino que las agrupa todas, siendo más bien un criterio de orientación jurídica¹¹² y política.

9. 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 acuerdo¹¹³. Los positivistas puros, aunque reconocían la existencia de una moral objetiva o social¹¹⁴, consideraron siempre que el derecho era algo distinto a la moral, y no obstante reconocer que los preceptos positivos se fundaban 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 impusieron 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 y de incorporarlos a las constituciones, abriendo así nuevos cauces de creación por parte de la doctrina y de los jueces,

¹¹⁰ Ver y comparar: BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 151-154.

¹¹¹ MESSNER, Johannes. **Ética social, política y económica a la luz del derecho natural**. Madrid: Rialp, 1967. p. 505.

¹¹² BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 154.

¹¹³ Vid LECLERCQ, Jacques. **El derecho y la sociedad**. Barcelona: Herder, 1965. p. 40 y ss., GRANNERIS, Giuseppe. **Contribución tomista a la teoría del derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 1977, p. 43 y ss.

¹¹⁴ La moral y el derecho no se hallan totalmente separados pues 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.

que permitieron configurar nuevos principios tanto generales como institucionales o sectoriales.

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 o ética¹¹⁵ 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 generales que contienen valores como fundamento del ordenamiento, es evidente que no se puede sostener que el valor sea algo extraño al derecho¹¹⁶.

Este 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, generaliza principios morales¹¹⁷ que pasan a constituir nuevos paradigmas del derecho administrativo y público en general, 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 público, 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.

10. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO

El ordenamiento jurídico se compone de normas y principios¹¹⁸. Suele decirse (alguna vez utilizamos esta expresión) que las normas representan la faz positiva

¹¹⁵ Consideramos que la ética y la moral son sinónimos, conf. COVIELLO, Pedro J. J. Reflexiones sobre la ética pública. *Revista Ius et Veritas*, n. 48, Buenos Aires, 2010. p. 223 y ss., con cita de MARITAIN, Jacques. **Introducción general a la filosofía**. 8 ed. Buenos Aires: Club de Lectores, 1949, p. 229 y ss.

¹¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Río de Janeiro: Forense, 2009. p. 77 y ss., destaca el resurgimiento de los principios y la superación de los errores históricos del positivismo legalista.

¹¹⁷ COVIELLO, Pedro J. J. Reflexiones sobre la ética pública. *Revista Ius et Veritas*, n. 48, Buenos Aires, 2010. p. 225, afirma con razón, la unidad de la moral y señala que no puede predicarse que entre la ética pública y la ética privada existan ámbitos estancos, sin perjuicio del principio de reserva privada del art. 19 de la CN.

¹¹⁸ Para un sector de la doctrina española el ordenamiento se integra también con elementos no normativos de naturaleza sociológica (comportamientos, convicciones sociales, etc.).

del ordenamiento, a cuya cabeza se encuentra la Constitución como norma suprema y obligatoria (art. 31 CN). En realidad, para captar el sentido de dicha expresión hay que definir primero qué es una norma y qué constituye un principio jurídico¹¹⁹. 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, cabe advertir 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.

Hay también una jerarquía entre las normas. La norma constitucional prevalece sobre la que tiene su fuente en la ley y lo mismo acontece con respecto a las normas de los tratados que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), que son obligatorias y vinculantes, al igual que los principios que prescriben.

11. LAS NORMAS

Toda norma se caracteriza por contener una estructura tripartita, a saber: a) la descripción del supuesto de hecho, b) el mandato (o cópula que expresa el deber ser) y c) 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 suele hallarse implícito¹²⁰ y, a su vez, en el derecho administrativo, los mandatos pueden contener conceptos jurídicos indeterminados (vgr. el interés público)¹²¹ que deben determinarse en cada caso por los gobernantes o jueces con arreglo a las exigencias de la razonabilidad práctica. 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), el poder de utilizar la facultad 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

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ 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).

¹²¹ Véase: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*. Madrid: Lustel, 2012. p. 97 y ss.

de la discrecionalidad de 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.

12. LOS PRINCIPIOS GENERALES: SU DIFERENCIA CON LAS NORMAS Y LOS VALORES. LAS 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 consecuencia se encuentran formuladas “*con similar propósito de precisión*”¹²², los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción¹²³ 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 concreto¹²⁴. Los principios carecen de supuestos de hecho¹²⁵ 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 concreción¹²⁶ y resultan vinculantes o exigibles. 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. Cuando nos referimos al valor no lo hacemos en el sentido de algo útil sino como equivalente a bien, es decir, algo objetivo que resulta estimable por su cualidad

¹²² Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Los principios generales del derecho”, JA 1986-III, 864.

¹²³ 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 enciñan y disminuyen deviniendo principios ya menos generales y más limitados*” (DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Barcelona: Bosch, 1979. ps. 6-7).

¹²⁴ Cfr. DURAN MARTINEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Montevideo: La Ley, 2012. p. 88.

¹²⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y Positivismos**. 2 ed. Ciudad de Mexico: UNAM-Fontamara, 1997. p. 30-31.

¹²⁶ PEREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 4 ed. Madrid: Tecnos, Madrid, 1991, p. 286 y ss.

intrínseca que suele ser el centro de un principio jurídico y, en cierto modo, refleja la relación de éste con la ley natural.

En el plano jurídico, 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?¹²⁷ En suma, todo principio contiene un valor pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (vgr. la amistad).

Aunque el positivismo no desconoce los valores (ni por ende la moral) ellos son sacados, arbitrariamente, del sistema jurídico al que sólo concibe integrado por normas positivas (incluso por la costumbre y la jurisprudencia).

La depuración que pretende hacer el positivismo (por eso Kelsen denominó su concepción como teoría pura) negando toda relación entre el derecho positivo y el derecho natural, adolece de graves fallas filosóficas, históricas y metodológicas que recién en este siglo (de acuerdo a nuestro criterio) han sido objeto de una refutación completa¹²⁸ de parte del iusnaturalismo (a través de la Nedn).

De ese modo, el afán depurador del positivismo kelseniano no da cabida al principio democrático dentro del sistema constitucional. En efecto, si bien Kelsen reconocía a la democracia como un valor, algo que pertenece a su propia esencia, al sostener que la democracia constituye la expresión del relativismo¹²⁹ y al no atribuir a la democracia la condición de un principio general del derecho (Kelsen no aceptaba incluir a los principios generales del derecho entre las fuentes del ordenamiento) superior a las leyes, termina legitimando cualquier régimen autoritario (nazismo o fascismo) que fuera elegido por la mayoría del pueblo, ya que siendo todas las verdades relativas no era posible deslegitimar –en el plano de su teoría- un régimen positivo cuyas teorías y prácticas políticas resultan contrarias a la ley natural (que impone, entre otros, los mandatos de no matar, no torturar, no dañar bienes ajenos, etc.). En esta concepción no caben derechos absolutos como el derecho a la vida.

La historia, además, demuestra que el auge que tuvo el positivismo para legitimar el régimen nazi ha sido uno de los motivos principales de su decadencia que ha corrido en forma paralela al triunfo de las tesis iusnaturalistas a partir de la Segunda

¹²⁷ BELADIEZ ROJO, Margarita. **Los principios jurídicos**. Madrid: Tecnos, 1997. p. 75 y ss.

¹²⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 39 y ss.

¹²⁹ KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Buenos Aires: Labor, 1934. p. 143 y ss., especialmente p. 153 y ss.

Guerra Mundial y, al menos, al abandono de los dogmas del positivismo que, durante mucho tiempo, se creyeron irrefutables.

A su vez, uno de los ataques más serios que ha sufrido el positivismo anglosajón¹³⁰ radica en la distinción formulada por Dworkin entre principios, directrices y normas, que, paradójicamente, sirve también para limitar las exageraciones interpretativas en que ha incurrido un sector del neoconstitucionalismo continental y vernáculo cuando asigna 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 lógica¹³¹ 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 como de ventaja, respecto de un particular.

13. EL CARÁCTER PRECEPTIVO O VINCULANTE DE LOS PRINCIPIOS. LA DISTINCIÓN 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.

¹³⁰ Conf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989. p. 72-73, donde señala que: "En la mayoría de los casos usaré el término 'principio' en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo '*directriz*' o '*directriz política*' al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo '*principio*' a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia) o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera".

¹³¹ 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 bien no lo es, y entonces no aporta nada la decisión".

Incluso, los principios, contenidos en el preámbulo se consideran operativos¹³². Los principios carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas determinadas, resultan, sin embargo, preceptivos y se complementan con la garantía pública¹³³ 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 optimización¹³⁴ 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 optimización¹³⁵ 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 el derecho a la vida¹³⁶ 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

¹³² TAWIL, Guido Santiago. **Estudios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 798 y ss.

¹³³ Ver, BARRA, Rodolfo Carlos. El ordenamiento institucional de los derechos humanos. **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.

¹³⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 458 y ss. Sobre las teorías de la argumentación y su proyección en los fallos judiciales véase el excelente trabajo de ZACAGNINO, María Eugenia; FERNÁNDEZ, María Alejandra In: SACRISTÁN, Estela B. (Org.). **Manual de jurisprudencia y doctrina**. Buenos Aires: La Ley, 2013. p. 619 y ss.

¹³⁵ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del derecho**: Teoría de los enunciados jurídicos. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2004, p. 30-31.

¹³⁶ Véase: FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. 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 legítima la defensa colectiva en los supuestos de guerra habiendo convenciones que regulan diversos aspectos (ej. las Convenciones de Ginebra).

teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución¹³⁷.

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 qué 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).

14. EL CARÁCTER ABSOLUTO O RELATIVO DE LOS DERECHOS

La filosofía del utilitarismo¹³⁸ sostenía que no había derechos fundamentales o humanos absolutos y hasta nuestra Corte Suprema sentó el principio de la relatividad de los derechos al declarar que, conforme al art. 14, los derechos se gozan de acuerdo a las leyes que reglamentan su ejercicio¹³⁹.

Como una suerte de paradoja, la fuerza de semejante tradición, compatible con la tesis del positivismo legalista (de un modo consciente o inconsciente) no es absoluta ya que no puede concebirse la relatividad de los derechos frente a la existencia de bienes básicos.

Se trata de bienes básicos a los que ningún sistema democrático puede limitar ni atribuir carácter relativo o subordinar a la reglamentación y, de hecho, ellos tienen carácter absoluto en aquellos Estados que practican la democracia como forma de gobierno y de vida.

Porque aun cuando haya alguno de estos derechos que no se cumpla en la realidad (como el derecho a que la autoridad no mienta y diga la verdad o el derecho a no ser condenado por razones políticas o datos falsos)¹⁴⁰ lo cierto es que los derechos públicos de mayor trascendencia para la dignidad del hombre tienen carácter absoluto

¹³⁷ Ver VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 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 (p. 4).

¹³⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 251.

¹³⁹ Fallos 136:161 (1922), *in re* "Ercolano c/ Lantieri de Renshaw".

¹⁴⁰ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 253.

en los Estados democráticos, lo cual permite descartar algunas teorías recientes que asignan prevalencia a los derechos colectivos sobre los derechos individuales.

Entre estos derechos humanos absolutos se encuentran el derecho a no ser privado de la vida así¹⁴¹ como el derecho a no ser privado de la posibilidad de procrear¹⁴² y el derecho a no ser torturado ni sufrir otros castigos denigrantes de la condición humana¹⁴³.

15. CARACTERÍSTICAS ATRIBUIDAS AL ORDEN JURÍDICO

El derecho, concebido como orden jurídico, es el instrumento esencial que utiliza la autoridad para resolver los problemas de coordinación que se plantean en el seno de una comunidad. Su fin (aunque no sea realizado en plenitud en cada país) se orienta a la previsibilidad de las relaciones humanas mediante la creación de reglas e instituciones¹⁴⁴.

Como resabios del positivismo algunos siguen sosteniendo como supuestos axiomas del derecho el de la completitud del ordenamiento (negando la posibilidad de carencias normativas), del derecho como orden coactivo¹⁴⁵ y del derecho como regulador de su propia creación, no admitiendo la creación de reglas fuera del círculo que crea y permite crear el derecho positivo.

Sin embargo, esos caracteres formales que se atribuyen al derecho pierden consistencia a poco que se los confronte con la realidad en la que operan.

En primer lugar, no es cierto que el ordenamiento constituya un orden jurídico completo y que, por tanto, no existan las llamadas lagunas del derecho, por más que estas puedan siempre cubrirse apelando a la técnica de la analogía. Se trata de un postulado ficticio como llega a reconocer el propio FINNIS¹⁴⁶ y la experiencia muestra que hay infinidad de casos de carencia de normas (la denominada carencia histórica) en que la solución jurídica se alcanza mediante un salto a la justicia material¹⁴⁷, a través de un

¹⁴¹ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999. ps. 212/225.

¹⁴² FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 253.

¹⁴³ Art. 18 *in fine* CN.

¹⁴⁴ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 296.

¹⁴⁵ Véase: VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. P. 147 y 174.

¹⁴⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 298.

¹⁴⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 294 y ss., especialmente p. 299.

acto de creación del derecho por parte del juez que perfectamente puede apoyarse en algún principio del derecho natural (no positivo).

Tampoco son consistentes los dos axiomas con que FINNIS pretende resumir las características formales del derecho¹⁴⁸. En efecto, el derecho no puede definirse exclusivamente como un orden coactivo toda vez que normalmente él puede realizarse sin apelar a la coacción. Repárese nada más que en los actos favorables (relaciones de fomento o promoción) y en la serie de vínculos contractuales y aún legales que se cumplen sin coacción (la mayor parte de los repartos autónomos) para demostrar que hay innumerable cantidad de actos jurídicos que se cumplen sin procedimientos coactivos. Que la coacción sea una posibilidad para forzar el cumplimiento de actos frente a un particular recalcitrante no implica que todo el ordenamiento jurídico sea un orden coactivo.

Por lo demás, la afirmación que el derecho regula su propia creación va en contra del postulado básico del iusnaturalismo que, fuera de todo dogmatismo formal, concibe la posibilidad de que las fuentes del derecho no tengan que provenir, en todos los supuestos, de autoridades sociales “sino que hay ‘algo’ jurídico, cognoscible que vale como tal aunque no se lo haya reconocido o dispuesto socialmente”¹⁴⁹. Ese “algo” jurídico es, para el iusnaturalismo y sus visiones próximas, la ley o el derecho natural y los principios generales del derecho.

16. LOS PARADIGMAS EN EL DERECHO PÚBLICO

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 instituciones¹⁵⁰.

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

¹⁴⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 294 y ss. en especial ps. 296-298.

¹⁴⁹ VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 156.

¹⁵⁰ KUHN, Tomás. **La estructura de las revoluciones científicas**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 9 y ss., especialmente p. 268 y ss.

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 fundamentales¹⁵¹. 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 práctica¹⁵². 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 preceptivos¹⁵³ y que hay principios que se ha entendido configuran derechos humanos inviolables, como el derecho a la vida¹⁵⁴, que cumplen un papel fundamental en el Estado de Derecho, en sus distintas versiones¹⁵⁵.

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

¹⁵¹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 91 y ss. especialmente ps. 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.

¹⁵² Véase: FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. 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.

¹⁵³ COVIELLO, Pedro J. J. Los principios y valores como fuentes del Derecho Administrativo. **Cuestiones del Derecho Administrativo**, RAP, Buenos Aires, 2009. p. 753.

¹⁵⁴ 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 (v.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 y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 253).

¹⁵⁵ 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**. 2 ed. Madrid: lustel, 2006. p. 321 y ss.

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 referirnos a 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 adjetivo¹⁵⁶, 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 Francés¹⁵⁷ (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 jurídico¹⁵⁸ (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.

¹⁵⁶ Vid: LINARES, Juan Francisco. **La razonabilidad de las leyes**: El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1980.

¹⁵⁷ RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo. **RAP**, n. 6, Madrid, 1951. p. 293.

¹⁵⁸ Véase GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Civitas, 1984. 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)¹⁵⁹.

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 derivada¹⁶⁰ que, cuando implican obligaciones de hacer a cargo del Estado, están sujetos al control de razonabilidad¹⁶¹. 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 económica¹⁶².

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 vida¹⁶³ que, para el pensamiento iusnaturalista, representa un derecho absolutamente inviolable.

¹⁵⁹ CELORRIO, Hernán. Derechos sociales y tutela judicial. **Estudios de Derecho Administrativo**, 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).

¹⁶⁰ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El Estado Social re-visitado. **ReDA**, n. 81, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. p. 697 y ss. habla de derechos incondicionados y condicionados; éstos últimos requieren regulación legal y recursos económicos, es decir, que no son directamente operativos.

¹⁶¹ 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”, Fallos 335:452 [2012]).

¹⁶² Por ejemplo, cuando se opone el 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 CN).

¹⁶³ La cita de un texto de Foucault que ha hecho Massini Correas (**El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999.) ilustra hasta donde llega la tesis que niega a la persona humana y sus

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 prevalecen¹⁶⁴. 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 Humanos¹⁶⁵.

17. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO FUENTE CENTRAL DE TODOS LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS

La persona humana es la fuente de todos los principios y derechos¹⁶⁶. Más aún, el fundamento¹⁶⁷ y la razón de ser del derecho radica en la persona cuya humanidad no deriva de ser una creación formal del hombre. 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 derecho¹⁶⁸.

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

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, Noam; FOUCAULT, Michel. **La naturaleza humana**: ¿justicia o poder?. Valencia: Universidad de Valencia, 1976. ps. 55-56).

¹⁶⁴ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 13 ed. Paris: LGDJ, 2013. p. 269, señala que los principios generales del derecho tienen un valor jurídico superior a cualquier clase de actos administrativos; ver también: GAUDEMET, Yves. **Droit Administratif**. 20 ed. Paris: LGDJ, 2012. ps. 132-134.

¹⁶⁵ Ampliar en: ABERASTURY, Pedro; GOTTSCHAU, Patrizia E. Interrelación del derecho supranacional en el procedimiento administrativo nacional. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Orgs.). **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa**. Buenos Aires: Eudeba y Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 95 y ss.

¹⁶⁶ LAJE, Alejandro. **Derecho a la intimidad**: Su protección en la sociedad del espectáculo. Buenos Aires: Astrea, 2014. p. 14 y ss., sostiene que es el fundamento de los derechos personalísimos como el derecho a la intimidad, verdadero derecho subjetivo de las personas.

¹⁶⁷ RABBI-BALDI CABANELLAS, Renato. **Teoría del Derecho**. Buenos Aires: Ábaco, 2008. p. 33.

¹⁶⁸ RABBI-BALDI CABANELLAS, Renato. **Teoría del Derecho**. Buenos Aires: Ábaco, 2008. p. 62.

la más noble del mundo¹⁶⁹. Esa dignidad no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias¹⁷⁰ y en ella se fundamentan los derechos del hombre como la libertad religiosa o la libertad de expresión¹⁷¹.

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 vida¹⁷², 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 material. 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 constitucional¹⁷³ 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 CN). En tal sentido, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷⁴, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁷⁵, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹⁷⁶ hasta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han incorporado

¹⁶⁹ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 24. Ver también: gonzález perez, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 29, p. 11-35, jul./set. 2007.

¹⁷⁰ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 25.

¹⁷¹ BARRA, Rodolfo Carlos. La libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema. In: GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. t. 3. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, p. 2011. p. 1171 y ss. en especial, p. 1181 y la jurisprudencia de la Corte que cita.

¹⁷² FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 251 y ss.

¹⁷³ Fallos 314:421.

¹⁷⁴ Preámbulo y arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, entre otros.

¹⁷⁵ Considerandos y arts. 7, 8, 10, 16, 17 y 19.

¹⁷⁶ Considerandos, Preámbulo y arts. I, II y XVII, entre otros.

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”¹⁷⁷.

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.)¹⁷⁸ 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 LNPA (vgr. incompetencia en razón de la materia por violar la Constitución y así, sucesivamente, con los demás elementos del acto administrativo).

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 humana¹⁷⁹.

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 legítima ¹⁸⁰ 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 interno¹⁸¹, 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 absoluta¹⁸² y la conducta del funcionario merece el reproche penal correspondiente.

18. LOS NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO PÚBLICO

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

¹⁷⁷ Art. 11.1 CADH.

¹⁷⁸ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 136 y ss.

¹⁷⁹ SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho. **ReDA**, n. 81, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. punto 2.3.

¹⁸⁰ Véase: COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 33 y ss.

¹⁸¹ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 136 y ss.

¹⁸² MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 2. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 349 y ss.

generales, aún los que se consideran nuevos paradigmas, poseen igual jerarquía objetiva en el plano de los valores básicos¹⁸³ -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 alcanzar la solución justa o correcta.

19. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* Y SU FUNCIÓN ORDENADORA. LA INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE (*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 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 persona¹⁸⁴ (física o jurídica)¹⁸⁵.

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

¹⁸³ MASSINI CORREAS, Carlos I. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999. p. 216-217.

¹⁸⁴ Véase: el caso "Madorrán" de la CSJN, Fallos 330:1989, considerando 8º.

¹⁸⁵ 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). **RAP**, 2011-1 y 2, Buenos Aires, 2011. p. 43; anota que la protección de las personas jurídicas está contemplada en el art. 1º del Protocolo Adicional Nº 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 interamericano 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 Ñanduty 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**. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 39 y ss.

consagran limitaciones o restricciones¹⁸⁶, dado que el propósito del principio consiste en “preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos”¹⁸⁷. 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 consumidores¹⁸⁸ y usuarios de servicios públicos, etc. Se ha sostenido que se trata de un “megaprincipio” cuyo sentido es orientar una dirección valorativa de razonamiento “en dirección de la protección de la persona”¹⁸⁹.

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 siendo el principio *in dubio pro libertate* (o *favor libertatis*) un derivado de aquel, dado que la autonomía o libertad del sujeto es un *príus* (aunque atado siempre a la responsabilidad personal), ya 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 tributario¹⁹⁰. La autonomía y la libertad deben prevalecer sobre la restricción que tiene que ser limitada y establecida como excepción a la regla de un modo razonable.

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”¹⁹¹, 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

¹⁸⁶ GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 15.

¹⁸⁷ CIDH, Caso Comunidad Mayagma (Sumo) Awás Tingni c/Nicaragua, de fecha 31/8/2001, publicado en La Ley 2003-C-290, voto concurrente del juez García Ramírez (párrafo 2).

¹⁸⁸ La protección de los consumidores y usuarios fue reglamentada a través de la ley 24.240 y sus modificatorias (Leyes 24.787, 24.999 u 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. **V Congreso Nacional de Derecho Administrativo del Perú**, Palestra, Lima, 2012. p. 365 y ss.

¹⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría de la decisión judicial**: Fundamentos de derecho. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008, p. 265.

¹⁹⁰ GONZALEZ PÉREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 159 y ss

¹⁹¹ Fallos 321:170.

la cual se desprende que la carga de la prueba y la de imputar el vicio al administrado es responsabilidad de la Administración¹⁹². En tales supuestos, debe requerirse, al menos, una participación voluntaria del administrado, o bien, que el vicio le sea imputable¹⁹³ o que exista dolo del administrado¹⁹⁴.

En el campo del derecho penal, el principio *in dubio pro reo* encarna el principio *pro homine* en cuanto asigna prevalencia –en caso de duda– a la protección de la libertad, habiéndose sostenido que “por las características propias que hacen a la esencia de la interpretación misma de la ley penal, el principio de menor reprochabilidad debería prevalecer sobre cualquier otro, de acuerdo a una teoría garantística y, fundamentalmente, para proteger la imparcialidad del juzgador”¹⁹⁵.

20. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE

Si tomamos por caso el acto administrativo (o el contrato de la Administración), la buena fe presupone que tanto la voluntad de la Administración como la del particular o administrado y, en general, los elementos del acto o contrato han sido producto de una conducta recta, leal y honesta. Se trata de una derivación del principio de la dignidad de la persona humana, cuya vigencia en el derecho administrativo es anterior¹⁹⁶ a la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁹⁷ y, por cierto, aunque reconoce una tradición previa al nuevo constitucionalismo, se inserta en los nuevos paradigmas constituyendo incluso una exigencia del principio de la confianza legítima, como se verá más adelante.

La buena fe se vincula con los comportamientos éticos de las personas cuya exigibilidad se incorpora al derecho que, al tener en cuenta la moral, implica otra ruptura del positivismo legalista¹⁹⁸. Ella resulta directamente aplicable al derecho administrativo y rige con independencia de su reconocimiento por el derecho positivo, si bien las tendencias de los ordenamientos se inclinan por su incorporación expresa, ya sea

¹⁹² GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. 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.

¹⁹³ GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 1979.

¹⁹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. **Ley Nacional de Procedimientos Administrativos: Comentada y Anotada**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 384.

¹⁹⁵ WAGNER, Federico. *In dubio pro reo* como límite a la interpretación de la ley penal. **RDP**, Buenos Aires, 2014.

¹⁹⁶ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 2. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. ps. 196 y 290.

¹⁹⁷ Art. 11, inc. 1.

¹⁹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 4 ed. Madrid: Thomson-Civitas. p. 21 y ss.

como principio general en el Código Civil¹⁹⁹ o bien, como ocurre en Colombia, a través de la recepción constitucional del principio (art. 83), cuya proyección al procedimiento administrativo ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia y doctrina de ese país.

21. 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 previsibilidad y seguridad jurídica que posee su relación con el Estado y adoptar las medidas necesarias para cubrir o soportar las contingencias adversas.

El principio de la confianza legítima nace en el derecho alemán²⁰⁰, en un marco de oposición entre la legalidad estricta y el principio de buena fe, la cual terminó siendo una exigencia y no su fundamento que, en realidad, se encuentra en el principio de la seguridad jurídica²⁰¹.

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 moderar, 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 europeo²⁰², hallándose en un proceso de desarrollo evolutivo en el derecho argentino²⁰³.

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 decisión²⁰⁴ y de sus derechos.²⁰⁵

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

¹⁹⁹ Art. 7º ap. 1 del Código Civil español.

²⁰⁰ COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 33, especialmente p. 35 y ss.

²⁰¹ MAURER, Hartmut. **Derecho Administrativo**: Parte General. 17 ed. Madrid: Marcial Pons. p. 67.

²⁰² COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 85 y ss.

²⁰³ 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.

²⁰⁴ TJCE Basf y otros v. Comisión, de fecha 27/2/1992.

²⁰⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010.

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 jurídica²⁰⁶ 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 integrantes²⁰⁷.

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.²⁰⁸ y aunque en los tribunales del sistema interamericano de derechos humanos no ha tenido aún recepción, el principio tiene similar encuadre a la luz de los preceptos de la CADH²⁰⁹.

Una aplicación puntual del principio de confianza legítima consiste en limitar el efecto retroactivo de la declaración de invalidez del acto administrativo²¹⁰, 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 finalidad²¹¹.

²⁰⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 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”.

²⁰⁷ GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. 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.

²⁰⁸ COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 460.

²⁰⁹ GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 106, con citas de fallos de la CIDH (Cayara v. Perú. Excepciones preliminares), párrafo 63, entre otros).

²¹⁰ Véase: COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. ps. 229-234, y las correspondientes citas jurisprudenciales.

²¹¹ MAURER, Hartmut. **Derecho Administrativo**: Parte General. 17 ed. Madrid: Marcial Pons. p. 324-325.

22. EL PRINCIPIO DE LA MORAL PÚBLICA

El empleo indistinto de los conceptos hace que consideremos a la moral como equivalente a la ética y aunque somos conscientes de que una porción de filósofos los separan, carece de sentido que nos ocupemos aquí de este problema lingüístico y conceptual. La esencia de la ética o moral consiste en perseguir el bien y no la utilidad de una persona o grupo de personas.

Hemos dicho antes que la moral no es totalmente separable del derecho (en sentido lato) puesto que no puede haber ordenamientos positivos ni principios de derecho natural que legitimen los actos externos del hombre que sean inmorales, en la medida en que sean susceptibles de proyectarse a terceros. Lo que está exento de la regulación estatal son las acciones privadas de los hombres en cuanto no afecten a la moral pública ni perjudiquen los derechos de terceros como lo proclama el artículo 19 de la CN, norma que constituye un principio general del derecho público.

La moral pública –como todo principio jurídico– constituye así un mandato vinculante que obliga a legisladores, administradores y jueces, derivado del primer principio que resume en hacer el bien y evitar el mal.

La ética²¹² o moral pública encierra un valor en sí misma que se ha cristalizado en diversos preceptos positivos de carácter nacional y supranacional; estos últimos regidos también por el principio de convencionalidad que obliga a respetar las decisiones de los tribunales internacionales y el derecho derivado que producen los diferentes organismos internacionales de los que nuestro país forma parte. Los supuestos de hecho de dicho conjunto de normas²¹³ se refieren a los procedimientos en las contrataciones públicas, la protección de los denunciantes de hechos de corrupción, el control de la gestión estatal y la sanción de nulidad para los actos que contravengan el régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses, entre otras prescripciones.

En el caso del acto administrativo se discute si la moral configura o no un elemento propio de él²¹⁴, o bien constituye un requisito o cualidad del elemento objeto²¹⁵, sobre la base de la aplicación analógica del art. 953 del Código Civil de Vélez Sarsfield²¹⁶. Al respecto, seguimos pensando que la moral se radica en el objeto del acto que es el contenido de la decisiones que adopta el órgano administrativo por cuanto los demás elementos confluyen en dicho elemento y el resultado práctico es el mismo,

²¹² Véase: CAPUTI, María Claudia. **La ética pública**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

²¹³ Art. III incisos 5°, 6°, 8° y 9° de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y art. 17 de la Ley de Ética Pública N°25.188.

²¹⁴ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 2. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 345 y ss.

²¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 617.

²¹⁶ Art. 279 del CCCN.

ya sea que se considere o no a la moral como un elemento separado y autónomo del acto administrativo.

23. LA NECESIDAD DE ARMONIZAR LOS NUEVOS PARADIGMAS

En el derecho público, particularmente en el derecho administrativo, suele llevarse 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, aparte de las funciones que debe cumplir el Estado como garante y gestor del bien común, el gran problema 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 sí 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*, así como otros principios como el de la confianza legítima y la tutela judicial y administrativa efectiva, no pretende ser abarcativo ni excluyente, ya que los tratados internacionales también contienen principios que amplían la esfera de los derechos individuales y colectivos. 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 subsidiariedad²¹⁷, cuya recepción en nuestro país se ha limitado al campo doctrinario²¹⁸.

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, al igual que todos los principios que componen el Estado de Derecho, sino entre el poder público y la dignidad humana –o si se prefiere entre la autoridad²¹⁹ 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 y, a su

²¹⁷ Véase: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, Derecho Administrativo y Estado del bienestar**. Madrid: Iustel, 2012. p. 101 y ss., y MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 245-246.

²¹⁸ Ampliar en nuestro CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 25 y ss.

²¹⁹ 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).

vez, en el plano económico-social, el modelo que prevalece es el del Estado Subsidiario de gestor principal de las prestaciones de servicio público ha pasado a ser un Estado básicamente regulador y garante de la calidad y eficiencia de las prestaciones privadas que satisfacen necesidades públicas. En este modelo, le corresponde al Estado, aparte de las funciones básicas esenciales como la seguridad y la justicia, desempeñar un papel activo en el campo social frente a la insuficiencia de los sectores privados para cubrir las necesidades colectivas, lo que dependerá del grado de desarrollo de cada país y aun cuando las economías muchas veces no son comparables, el principio de subsidiariedad se mantiene, en su faz activa, matizándose su alcance con arreglo a las diferentes situaciones y posibilidades de los Estados.

24. REFERENCIAS

ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Orgs.). **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa**. Buenos Aires: Eudeba y Fundación Konrad Adenauer, 2012.

ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMAYA, Jorge Alejandro. **El control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2012.

AQUINO, Tomás de. **Tratado de ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes**. Ciudad de México: Porrúa, 1975.

ARNÉS VÁZQUEZ, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. **RAP**, n. 135, Madrid, 1994.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**. t. 1. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. **Innovación y Reforma del Derecho Administrativo**. 2 ed. Sevilla: Inap-Global Law Press, 2012.

BARRA, Rodolfo Carlos. El ordenamiento institucional de los derechos humanos. **RAP**, Buenos Aires, 2008.

- BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: Abaco, 2002.
- BELADIEZ ROJO, Margarita. **Los principios jurídicos**. Madrid: Tecnos, 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán J. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- BIOY, Xavier (Org.). **L'identité du droit public**. Toulouse: Presses de l'Université, 2011.
- BREWER CARIAS, Alan Randolph. **La Constitución de Cádiz y el constitucionalismo americano**. San José de Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2012.
- BREWER CARIAS, Alan Randolph. **Principios fundamentales del derecho público**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2005.
- BUNGE, Mario A. **Filosofía política**. Buenos Aires: Gedisa, 2009.
- BUNGE, Mario A. **Memorias: Entre dos mundos**. Buenos Aires: Gedisa-Eudeba, 2014.
- BUNGE, Mario. **La ciencia, su método y su filosofía**. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1975.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. **Sobre Derecho Administrativo**. t. 1. Montevideo: FCU, 2007.
- CAPUTI, María Claudia. **La ética pública**. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2006.
- CASSAGNE, Juan C. **El acto administrativo**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2012.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Ley Nacional de Procedimientos Administrativos: Comentada y Anotada**. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- CELORRIO, Hernán. Derechos sociales y tutela judicial. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 3, La Ley, Montevideo, 2011.
- CHOMSKY, Noam; FOUCAULT, Michel. **La naturaleza humana: ¿justicia o poder?**. Valencia: Universidad de Valencia, 1976.
- CIANCIARDO, Juan (Coord.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006.
- CISNEROS FARIAS, Germán. **Derecho sistemático**. Ciudad de México: Porrúa, 2005.

COVIELLO, Pedro J. J. Reflexiones sobre la ética pública. **Revista Ius et Veritas**, n. 48, Buenos Aires, 2010.

COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

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.

COVIELLO, Pedro J. J. Los principios y valores como fuentes del Derecho Administrativo. **Cuestiones del Derecho Administrativo**, RAP, Buenos Aires, 2009.

COVIELLO, Pedro José Jorge. Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 67-99, out./dez. 2013.

DEBBASCH, Charles. **Droit Administratif**. Paris: Ed. Économica, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Barcelona: Bosch, 1979.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010.

DURAN MARTÍNEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Montevideo: La Ley, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989.

ESTRADA, José Manuel. **Curso de Derecho Constitucional**. 2 ed. Buenos Aires: Científica y literaria argentina, 1927.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Sobre el derecho y el quehacer de los juristas**: Dar y exigir razones. Madrid: Universidad Complutense, 2011.

FERRAJOLI, Lucas. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá: Univ. del Externado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. t. 1. Madrid: Trotta, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Río de Janeiro: Forense, 2009.

FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El Estado Social re-visitado. **ReDA**, n. 81, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Civitas, 1984.

GAUDEMET, Yves. **Droit Administratif**. 20 ed. Paris: LGDJ, 2012.

- GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- GONZALEZ PÉREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 29, p. 11-35, jul./set. 2007.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 4 ed. Madrid: Thomson-Civitas.
- GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. t. 3. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 1979.
- GOZAINI, Osvaldo A. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. t. 1. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- GRANNERIS, Giuseppe. **Contribución tomista a la teoría del derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 1977.
- GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010.
- GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Jurisdicción y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- HALLIVIS PELAYO, Manuel. Elementos para lograr una homologación metodológica del control difuso de constitucionalidad en México. **Revista Pro-Homine**, año 1, n. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.
- HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Interpretación de tratados internacionales tributarios**. Ciudad de México: Porrúa, 2011.
- HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Teoría General de la interpretación**. Ciudad de México: Porrúa, 2009.
- HART, H. L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983.
- JINESTA LOBO, Ernesto. La construcción de un derecho administrativo común. Reformulación de las fuentes del derecho administrativo con las construcciones del derecho internacional de los derechos humanos. **Suplemento de Derecho Administrativo**, diario del 30 de marzo de 2012.
- KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Bogotá: Temis, 2007.
- KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Buenos Aires: Labor, 1934.
- KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2011.
- KUHN, Tomás. **La estructura de las revoluciones científicas**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002.

LAJE, Alejandro. **Derecho a la intimidad**: Su protección en la sociedad del espectáculo. Buenos Aires: Astrea, 2014.

LECLERCQ, Jacques. **El derecho y la sociedad**. Barcelona: Herder, 1965.

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

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría de la decisión judicial**: Fundamentos de derecho. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008.

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). **RAP**, 2011-1 y 2, Buenos Aires, 2011.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 2. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

MARITAIN, Jacques. **Introducción general a la filosofía**. 8 ed. Buenos Aires: Club de Lectores, 1949.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. **El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones**. 2 ed. Madrid: Civitas, 1996.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999.

MAURER, Hartmut. **Derecho Administrativo**: Parte General. 17 ed. Madrid: Marcial Pons.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 13-44, out./dez. 2013.

MESSNER, Johannes. **Ética social, política y económica a la luz del derecho natural**. Madrid: Rialp, 1967.

MILLER, Jonathan M; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana (Org.). **Constitución y derechos humanos**. t. 1. Buenos Aires: Astrea, 1991.

MONTAÑA PLATA, Alberto. **Fundamentos de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 13 ed. Paris: LGDJ, 2013.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**. 2 ed. Madrid: lustel, 2006.

PÉREZ HUALDE, Alejandro. Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, n. 12, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 4 ed. Madrid: Tecnos, Madrid, 1991.

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. **V Congreso Nacional de Derecho Administrativo del Perú**, Palestra, Lima, 2012.

POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico**. Lima: Palestra, 2011.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y Positivismos**. 2 ed. Ciudad de México: UNAM-Fon-tamara, 1997.

PUY, Francisco. **Teoría científica del derecho natural**. Ciudad de México: Porrúa y Universidad Panamericana, 2006.

RABBI-BALDI CABANELLAS, Renato. **Teoría del Derecho**. Buenos Aires: Ábaco, 2008.

RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo. **RAP**, n. 6, Madrid, 1951.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 117-149, abr./jun. 2010.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar**. Madrid: lustel, 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Sobre el derecho fundamental a la buena administración y la posición jurídica del ciudadano. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012.

RODRÍGUEZ R., Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano**. Bogotá: Temis, 2008.

ROSSI, Abelardo F. **Aproximación a la justicia y a la equidad**. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 2000.

RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 12, n. 49, p. 27-45, jul./set. 2012.

SABSAY, Daniel (Org.). **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

- SACRISTÁN, Estela B. (Org.). **Manual de jurisprudencia y doctrina**. Buenos Aires: La Ley, 2013.
- SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho. **ReDA**, n. 81, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- SANTIAGO, Alfonso. **Neoconstitucionalismo**. Separata de Anales de la Academia Nacional de ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2008.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. 1 ed. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge. **Los principios en el Derecho Administrativo**. Mendoza: Diké, 2000.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SILVA TAMAYO, Gustavo E. Corsi e ricorsi de los principios generales del derecho. **ReDA**, n. 79, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.
- TAWIL, Guido Santiago. **Estudios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- VANOSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- VIGO, Rodolfo L. **De la ley al derecho**. 2 ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2005.
- VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003.
- VIGO, Rodolfo L. **Los principios jurídicos**. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- WAGNER, Federico. In dubio pro reo como límite a la interpretación de la ley penal. **RDP**, Buenos Aires, 2014.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia**: Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Trotta, 2014.