

DERECHO ADMINISTRATIVO



Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)

Juan Carlos Cassagne

*Profesor emérito de la UCA y profesor consulto de la UBA.
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 de Madrid*



A Tomás Ramón Fernández

A MODO DE PRÓLOGO*

En el campo del derecho se llevan a cabo, cada tanto, grandes transformaciones que modifican instituciones caducas y amplían o limitan sus alcances, dando vida a nuevos principios y reglas compatibles con los fines que presiden el cambio o la adaptación del sistema jurídico.

La idea de escribir este libro sobre los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo) nació como una necesidad de actualizar y, en algunos casos, renovar nuestro pensamiento acerca de esos trascendentes principios, a partir de una serie de ensayos y trabajos que tuvieron como eje central el abordaje del principio de legalidad¹. Esa idea se vio más tarde motorizada por el interés intelectual que nos despertó el desarrollo del nuevo constitucionalismo, la proyección de sus paradigmas al derecho administrativo y la trascendencia de la obra de FINNIS en el campo de la filosofía del derecho, uno de los grandes impulsores de la Nueva Escuela de Derecho Natural (NEDN) la cual, contrariamente a lo que puede suponerse, implica una revalorización del derecho positivo sin mengua de la jerarquía de los principios generales.

El nuevo constitucionalismo, aún con los riesgos que comporta su utilización ideológica, sobre todo la interpretación colectivista igualitaria más radicalizada (una suerte de falso progresismo), no se puede desconocer en tanto es parte de una realidad que ha provocado una vuelta de campana en la concepción misma del derecho, que tiene como centro la dignidad de la persona humana y los principios generales los cuales, de un modo u otro, se derivan de dicho paradigma fundamental o se vinculan con él, presidiendo el ordenamiento jurídico.

El declive del positivismo, a partir de la segunda guerra mundial, generó una transformación significativa en el plano de las fuentes del derecho provo-

* El autor quiere dejar constancia de su especial agradecimiento a María Eugenia Zacagnino por la eficiente colaboración que le prestó en la compilación de los originales de esta obra y para corregir los sucesivos capítulos con el aporte de valiosas sugerencias.

¹ En nuestro libro *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Madrid-Buenos Aires, 2011.

cando la pérdida de la centralidad de la ley y su sustitución por el papel trascendente que adquirieron los principios generales (provenientes tanto del derecho positivo como del derecho natural) que pasaron a funcionar como mandatos vinculantes superiores a las leyes y con operatividad directa o derivada, según sea su dependencia de las previsiones presupuestarias y las decisiones legislativas necesarias para implementarlos, como sostienen los tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional. En ese escenario, desapareció la separación absoluta entre moral y derecho potenciándose la función del juez en la interpretación del derecho, convirtiéndolo en un protagonista fundamental del sistema jurídico. En tal sentido, la indeterminación, que es propia de los principios, así como la necesidad de resolver nuevas situaciones jurídicas no previstas en las leyes, acentuaron el papel de los jueces en el proceso de creación del derecho hasta llegar a positivizarse por vía jurisprudencial.

El Estado de Derecho clásico no ha perdido la fuerza de sus atributos tradicionales pero deja de ser neutral y se convierte en Estado Subsidiario al realizar la justicia, con sentido social, a través de prestaciones positivas que garantiza con arreglo al principio de subsidiariedad, cuando no las brinda directamente en caso de insuficiencia de la iniciativa privada. Al propio tiempo, surgieron nuevos derechos constitucionales concernientes al medio ambiente, a la competencia y a los derechos de los consumidores y de los usuarios de servicios públicos, entre otros, que la reforma constitucional de 1994 incorporó a nuestro ordenamiento supremo.

En la misma línea, los tratados de derechos humanos, con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), han pasado a complementar el sistema de protección de los derechos individuales y sociales reconocidos en la llamada parte dogmática de nuestra Carta Magna, mediante mandatos que vinculan al juez, a la Administración y a todos los operadores jurídicos, tengan carácter público o privado.

Aunque buena parte de dichos tratados internacionales contienen nuevos principios de derecho público, tal novedad no implica que los derechos colectivos prevalezcan sobre los derechos fundamentales reconocidos en la primera parte de la Constitución. En esa tesitura, los principios y derechos de libertad, propiedad e igualdad deben interpretarse en forma armónica, sin negar *a priori* derecho fundamental alguno para atribuir prioridad a otro. La fórmula interpretativa derechos vs. derechos que se ha propiciado, atribuyéndoles preferencia a los derechos colectivos sobre los individuales, encierra una tesis dogmática que no se funda en un precepto constitucional expreso aparte de que conculca el principio de no contradicción. Por lo demás, los conflictos no se dan directamente entre derechos sino entre las pretensiones contrapuestas de las partes, que hasta pueden versar, en determinadas ocasiones, sobre los mismos derechos y principios, cuya solución de justicia dista de ser una tarea automática y sencilla.

Porque la interpretación justa del ordenamiento, utilizando pautas de razonabilidad y, particularmente, la técnica de la ponderación, es la tarea más difícil que deben afrontar los jueces en la actualidad, en un clima en el que impera la intolerancia en el que deberá realizar una labor constante para mantener la vigencia de los valores del Estado de Derecho sobre la base del principio de separación de poderes.

Al respecto, pese a que se mantenga la esencia de un Estado de Derecho basado en la separación de poderes y, sobre todo, en el funcionamiento independiente del poder judicial, es evidente que asistimos a una remodelación del sistema divisorio para garantizar los derechos de los ciudadanos y de las entidades privadas y/o de carácter público no estatal.

En ese marco, el clásico principio constitucional de la separación de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que tanto ha contribuido a la protección de las libertades, ha cobrado una nueva dimensión, al coexistir en los gobiernos de los Estados democráticos múltiples y diversos poderes.

Es así que el esquema constitucional de poderes compartidos y separados, adoptado por vez primera en la Constitución norteamericana de 1787 y luego en la francesa de 1791, lejos de ceñirse al reparto de competencias entre los órganos de los clásicos poderes, ha debido ensanchar considerablemente su campo de acción con el surgimiento de nuevos poderes que, bajo el control de los jueces o de tribunales administrativos, van ejerciendo funciones separadas y autónomas respecto de la Administración o del Congreso (v.gr., Consejos de la Magistratura o del Poder Judicial, Defensores del Pueblo, Ministerio Público, etc.). Entre esos nuevos poderes hay un fenómeno que no ha recibido la profundización doctrinaria que merece que es el de las autoridades regulatorias independientes, las cuales, no obstante no haber tenido recepción en las diferentes constituciones, se han generalizado de un modo sorprendente en casi todos los sistemas comparados. De tal modo, bien puede hablarse de un nuevo principio general, que afirma instituciones que precisan contar con garantías de independencia, imparcialidad y especialización funcional, sacándolas de la órbita de los poderes políticos del gobierno para ponerlas en manos de funcionarios idóneos y técnicos que actúen con neutralidad política y eficacia indiferente.

Este nuevo principio ha desplazado la noción de autarquía ligada a un control de tutela a cargo del Ejecutivo o de la administración central. En efecto, la autarquía, junto a las facultades para designar los miembros de los órganos directivos, más los poderes de intervención del Ejecutivo, torna ilusoria, en muchos casos, la independencia o autonomía de los entes reguladores.

La tendencia actual en el campo de las autoridades regulatorias radica, fundamentalmente, en atribuirles plena independencia técnica y funcional al par que múltiples competencias, incluso de naturaleza jurisdiccional con control amplio y suficiente de legitimidad (legalidad y razonabilidad) por

parte de los jueces. El caso de la AFSCA es paradigmático y la necesidad de independencia e imparcialidad ha sido reconocida por la jurisprudencia nacional e interamericana (caso «Baena»).

En ese escenario, el nuevo constitucionalismo (expresión que preferimos a la de neoconstitucionalismo por la carga ideológica que este término contiene) ha extendido el alcance del control judicial sobre la discrecionalidad administrativa e, incluso, de la constitucionalidad de las leyes, contribuyendo a reafirmar las tendencias imperantes en los derechos administrativo y constitucional, en cuanto a combatir las arbitrariedades e ilegalidades en que suelen incurrir los poderes públicos.

Los paradigmas de la Nueva Escuela de Derecho Natural (NEDN) enseñan que el derecho en general, y particularmente el derecho público, es una ciencia basada en principios de justicia sin que exista una separación absoluta entre moral y derecho.

Es que el derecho, como toda ciencia, no puede renunciar al enfoque sistémico por lo que los intentos del positivismo de depurar la ciencia jurídica pretendiendo quitar todos los elementos no normativos o positivos no pasaron de ser una quimera o un intento infructuoso. En suma, el derecho no puede divorciarse de la teoría de la justicia cuyo conocimiento resulta indispensable para resolver las principales cuestiones que se plantean en el derecho público.

En esa línea de pensamiento, la dogmática no puede desarrollarse en plenitud sin el auxilio de la filosofía del derecho y de la lógica formal ni el derecho público puede explicarse sin conocimientos históricos ni de los provenientes de la ciencia política.

Con ese enfoque sistémico y la metodología de la escuela iusnaturalista moderna, hemos abordado la construcción de una teoría sobre la armonización de los principios y derechos fundamentales de las personas en el Estado Social de Derecho o Estado de Justicia, que es el continuador del Estado de Derecho y no su opuesto, como pretenden quienes explican e interpretan las transformaciones operadas desde una visión puramente ideológica y no sociológica.

Este ensayo va precedido de tres capítulos introductorios. Dos de ellos, de tipo más general, resultan indispensables para captar el sentido de las concepciones que se exponen en el núcleo del libro y se refieren al nuevo constitucionalismo, la estructura del ordenamiento y la teoría de los principios generales del derecho. En un capítulo más específico hemos creído conveniente continuar, de alguna manera, la tarea que emprendió en su momento nuestro inolvidable maestro Jorge Tristán BOSCH actualizando la teoría de la separación de los poderes a la luz de las transformaciones operadas en el derecho público.

En la selección de los grandes principios y derechos (conceptos interrelacionados en los que abrigamos la pretensión de haber puesto algo de luz) hemos tenido en cuenta aquellos que revisten carácter fundamental en cual-

quier Estado de Derecho democrático civilizado como derechos de las personas (libertad, propiedad e igualdad) sobre la base que los mismos constituyen, a la vez, mandatos que vinculan a los legisladores, administradores y jueces, es decir, principios. Tampoco podía faltar en el enfoque de este ensayo la problemática que plantea el reconocimiento constitucional de los nuevos derechos y garantías que complementan el catálogo de los ya existentes, ni menos aún, el análisis del principio de la tutela judicial efectiva sobre el que pivotea todo el sistema procesal protectorio de los principios y derechos fundamentales.

Por último, el cuadro de los grandes principios de derecho público hubiera quedado incompleto si no hubiéramos agregado un capítulo con los principios institucionales y sectoriales de aplicación en el derecho administrativo, los que guardan estrecha conexión con los principios fundamentales que presiden el sistema constitucional. Y aunque somos conscientes de que se trata de un abordaje selectivo y, por tanto, no del todo completo, procuramos trazar una orientación metodológica susceptible de seguirse en ulteriores investigaciones.

En definitiva, con una visión sistémica y no fragmentaria, pretendemos contribuir, en la medida de nuestras posibilidades, a la formación de juristas con conocimientos firmes pero, sobre todo, con conciencia moral, pues son muchas las tentaciones que les acechan en un ambiente de corrupción generalizada, que no es patrimonio exclusivo de los gobernantes, legisladores ni jueces sino de toda la sociedad.

Buenos Aires, 14 de julio de 2015

JUAN CARLOS CASSAGNE

ABREVIATURAS

AGN	Auditoría General de la Nación
art.	artículo
BO	Boletín Oficial
CABA	Ciudad Autónoma de Buenos Aires
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCyCN	Código Civil y Comercial de la Nación
CN	Constitución Nacional
CNCiv.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil
CNCom.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
CNCont. Adm. Fed.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal
CNT	Comisión Nacional de Telecomunicaciones
Cód.	Código Civil
Corte Sup.	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CPCA	Código de Procedimiento Contencioso Administrativo
dec.	decreto
ED	Revista jurídica El Derecho
EDA	El Derecho Administrativo
ENARGAS	Ente Nacional Regulador de la Electricidad
ENRE	Ente Nacional Regulador del Gas
ETOSS	Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios
inc.	inciso
JA	Revista jurídica Jurisprudencia Argentina
LAF	Ley de Administración Financiera
LNE	Ley Nacional de Expropiaciones
LNPA	Ley Nacional de Procedimientos Administrativos
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
MEyJ	Ministerio de Educación y Justicia
p.	página
NEDN	Nueva Escuela de Derecho Natural

RADA	Revista Argentina de Derecho Administrativo
RAP	Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública
RDCO	Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones
RCAN	Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional
ReDA	Revista de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina
RLNPA	Reglamentación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos
SC	Secretaría de Comunicaciones
SIGEN	Sindicatura General de la Nación
ss.	siguientes
t.	tomo
t.o.	texto ordenado
v.gr.	verbi gratia

CAPÍTULO I

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO Y LAS BASES DEL ORDEN JURÍDICO

Sumario: I.1. UN NUEVO ESCENARIO EN EL DERECHO PÚBLICO.– I.2. POSITIVISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO.– I.3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO Y LOS NUEVOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN: I.3.1. La teoría de la armonización de los derechos para resolver los conflictos.– I.3.2. Trascendencia de la ciencia política, de la filosofía del derecho y de su teoría general.– I.4. LAS FRONTERAS ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO: LA *SUMMA DIVISIO* COMO CATEGORÍA HISTÓRICA.– I.5. NOTAS Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO.– I.6. LA IRRUPCIÓN Y AUGE DE LAS TENDENCIAS IUSNATURALISTAS: DIVERSOS SENTIDOS DEL CONCEPTO DE DERECHO.– I.7. LEY NATURAL Y LEY POSITIVA: LA FUENTE DE LA LEY NATURAL Y EL ERROR DE BASE DEL POSITIVISMO.– I.8. LA JUSTICIA: DIFERENTES CLASES.– I.9. LA DISTINCIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO.– I.10. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO.– I.11. LAS NORMAS.– I.12. LOS PRINCIPIOS GENERALES: SU DIFERENCIA CON LAS NORMAS Y LOS VALORES. LAS DIRECTIVAS POLÍTICAS.– I.13. EL CARÁCTER PRECEPTIVO O VINCULANTE DE LOS PRINCIPIOS. LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO Y PRINCIPIO.– I.14. EL CARÁCTER ABSOLUTO O RELATIVO DE LOS DERECHOS.– I.15. CARACTERÍSTICAS ATRIBUIDAS AL ORDEN JURÍDICO.– I.16. LOS PARADIGMAS EN EL DERECHO PÚBLICO.– I.17. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO FUENTE CENTRAL DE TODOS LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS.– I.18. LOS NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO PÚBLICO.– I.19. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* Y SU FUNCIÓN ORDENADORA. LA INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE (*IN DUBIO PRO LIBERTATE*).– I.20. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE.– I.21. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA.– I.22. EL PRINCIPIO DE LA MORAL PÚBLICA.– I.23. LA NECESIDAD DE ARMONIZAR LOS NUEVOS PARADIGMAS.

I.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 neoconstitucionalismo² 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)³ 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 interpretativas que terminaron desplazando la supremacía de la ley como centro del sistema jurídico junto a una serie de dogmas consecuentes que sostenían el cuadro básico del positivismo legalista.

En ese cuadro figuraban desde la limitación del papel del juez a la mera aplicación de la norma, el rechazo de los valores o de la moral como integrantes del derecho, hasta la idea de que la tarea de interpretación consistía más en una operación lógica de subsunción antes que en una ponderación basada en el razonamiento práctico o en la argumentación jurídica, como ahora sostiene. Obviamente, en ese 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 hombre⁴ no se fundaban

² 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.

³ DEBBASCH, Charles, *Droit Administratif*, ed. Económica, Paris, 2002, p. 115 y ss.; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif*, 13^a ed., Montchrestien, Paris, 2013, p. 267 y ss., expone un nutrido conjunto de principios generales del derecho que resultan aplicables aun en ausencia de texto normativo, desarrollados por el Consejo de Estado a partir de los casos «Dame Trompier-Gravier» (1944) y «Aramú» (1945).

⁴ 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», en MILLER, Jonathan M. – GELLI, María Angélica – CAYUSO, Susana (Dir.), *Constitución y derechos humanos*, Tº 1, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 22 y ss.

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 jurisprudencial⁵, 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.

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.

I.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.

⁵ RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho administrativo general y colombiano*, Temis, Bogotá, 2008, p. 22.

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

⁷ SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 2003, ps. 1/2.

⁸ MONTAÑA PLATA, Alberto, *Fundamentos de derecho administrativo*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2010, ps. 25/26.

⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, Tº 1, 1ª ed., Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, ps. 20 y 174/177.

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

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: a) la concepción de la Constitución como norma suprema¹⁴

¹¹ LACLAU, Martín, «Relación entre lógica y Derecho en el último período de Kelsen», *La Ley*, 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: DURAN MARTINEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, La Ley, Montevideo 2012, p. 9 y ss., especialmente p. 13.

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

¹⁴ BREWER CARIAS, Alan Randolph, *Principios fundamentales del derecho público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, p. 13 y ss., apunta que la idea de la Constitución como norma suprema de aplicación inmediata y fundamento del orden jurídico posee una tradición normativa que se remonta a la Constitución venezolana de 1811 (op. cit., p. 19), véase del mismo autor: *La Constitución de Cádiz y el constitucionalismo americano*, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 2012, p. 21 y ss.

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 naturaleza sociológica o 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

¹⁵ Ver: DURAN MARTINEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo...*, cit., p. 30 y ss.

¹⁶ Cfr. BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 56.

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

¹⁸ SAGUÉS, Néstor P., «El control de constitucionalidad en Argentina», en SABSAY, Daniel (Dir.), *Constitución de la Nación Argentina*, Hammurabi, Buenos Aires, 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*, 2ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 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).

Constitución de Cádiz que tuvo gran influencia en las constituciones de los países iberoamericanos²¹.

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 justicia²² 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 otros²³.

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

²¹ Vid nuestro trabajo: «El Bicentenario de la Constitución de Cádiz, sus raíces y sus proyecciones», *La Ley*, 2011-F, 1318, suplemento de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 1 y ss.

²² LUQUI, Roberto Enrique, «Socialización de la justicia», *La Ley*, 2011-F, 1290.

²³ La tendencia hacia la socialización o prevalencia de los derechos colectivos sobre los derechos humanos de toda la población se muestra patente en el abuso que hacen los sectores sindicales al utilizar el derecho de huelga en los servicios públicos o esenciales como en el derecho absoluto o ilimitado que conculca otros derechos fundamentales de las personas (trabajar, circular libremente, atender su salud o vida, etc.). Sobre este tema puede verse: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, «Huelga y Servicios Públicos», en GORDILLO, Agustín (Dir.), *Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales*, Tº III, La Ley, Buenos Aires, p. 783 y ss.

y los derechos fundamentales de hombre, preexistentes a cualquier acto de creación o reconocimiento del Estado o de la sociedad²⁴.

I.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»²⁵ irrumpe en el complejo escenario mundial, con tendencias que van de un extremo al otro²⁶, 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 teorías²⁷, 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 contradictorias²⁸. 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 jurídico²⁹,

²⁴ Cfr. ESTRADA, José Manuel, *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Científica y literaria argentina, Buenos Aires, 1927, ps. 47/49.

²⁵ SANTIAGO, Alfonso, *Neoconstitucionalismo*, cit., p. 8 y ss., ha hecho una buena descripción del fenómeno.

²⁶ KAUFMANN, Arthur, *La filosofía...* advierte que es un signo de la modernidad ir de un extremo al otro (op. cit., p. 9).

²⁷ HALLIVIS PELAYO, Manuel, *Teoría General de la interpretación*, Porrúa, México, 2009, especialmente, p. 20 y ss., aborda, en forma exhaustiva, la mayoría de los temas y doctrinas sobre la teoría de la interpretación en la filosofía del derecho y en la teoría general.

²⁸ PÉREZ HUALDE, Alejandro, *Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo*, *La Ley*, 2007-C, 851 y ss. apunta, siguiendo a CARBONELL, que «bajo el manto del neoconstitucionalismo se cobijan tendencias contradictorias».

²⁹ GUASTINI, Riccardo, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en la obra CARBONELL, Miguel (Dir.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Universidad Autónoma de México, Trotta, Madrid, 2006, p. 49

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,³⁰ lo que implica un aumento de las facultades de los jueces para controlar a los otros poderes.

I.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 neoconstitucionalismo ya que el llamado conflicto de derechos, aparte de afectar el principio de no contradicción³¹ 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 práctica³².

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

³⁰ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, «Supremacía constitucional e interpretación», en el libro *Sobre Derecho Administrativo*, Tº 1, FCU, Montevideo, 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.

³¹ Como lo ha demostrado TOLLER, Fernando M., en el trabajo «Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos», en CIANCIARDO, Juan (Coord.), *La interpretación en la era del neo-constitucionalismo*, Ábaco, Buenos Aires, 2006, p. 138 y ss.

³² FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal ORREGO S., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 131 y ss.

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 derecho³³, 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.

I.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 disciplinas³⁴. 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 desarrollarse³⁵. A la inversa, puede advertirse que fue un movimiento que se gestó *a posteriori* del proceso de recepción de los principios generales nutriéndose

³³ ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. del alemán de Carlos BERNAL PULIDO, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 54 y ss., especialmente p. 73 y ss.

³⁴ Sobre los avances producidos en el seno del derecho procesal con la potencialización del papel de los principios generales, el impulso hacia la tutela judicial efectiva y la protección de los derechos humanos, véase: GOZAINI, Osvaldo A., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 32.

³⁵ 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.

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 uniformidad³⁶.

I.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 histórica³⁷, al igual que cualquier otra rama del derecho. La historicidad

³⁶ FERRAJOLI, Lucas, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Univ. del Externado, Bogotá, 2000, p. 178. Por ejemplo, entre los países que no aceptan la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional se encuentran las grandes potencias como Estados Unidos y China. En forma paralela, tampoco puede afirmarse que el denominado *ius cogens* se haya totalmente generalizado en el mundo, no obstante que algunos tribunales lo prediquen incluso en contra de preceptos constitucionales expresos (ej., el principio de la irretroactividad de la ley penal).

³⁷ Como pensaba ASCARELLI con respecto al derecho mercantil.

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).

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 (v.gr., 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 anglosajón, han borrado prácticamente las diferencias entre derecho público y derecho privado³⁸.

³⁸ Sobre los criterios de distinción ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Direito Administrativo e o novo Código Civil*, Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 41 y ss.

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 (v.gr., acto y contrato administrativo), como en su desarrollo ulterior, habiéndose afirmado que creció bajo la sombra del derecho civil³⁹.

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 público⁴⁰. 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 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

³⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 15 y ss., explica cómo se formaron las instituciones administrativas en torno a las categorías básicas del derecho civil.

⁴⁰ Véase: UBAUD-BERGERON, Marion, «Exorbitance et droit des contrats: quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle du contrat administratif», en BIOY, Xavier (Dir.), *L'identité du droit public*, Presses de l'Université, Toulouse, 2011, p. 229 y ss.

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 personas⁴¹.

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 (v.gr., 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 ciudadanos y los consensos sociales indispensables para una buena Administración.

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

⁴¹ Cfr. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, p. 97 y ss., especialmente p. 225.

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.

I.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 subprincipios (v.gr., la buena fe, la confianza legítima, la buena administración, la responsabilidad estatal, la participación pública, etc.).

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

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

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 supranacional de los tratados internacionales (v.gr., 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. 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,

⁴³ Ampliar en CISNEROS FARIAS, Germán, *Derecho sistemático*, Porrúa, México, 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», ED, Suplemento de Derecho Administrativo, diario del 30 de marzo de 2012, p. 2.

⁴⁵ KELSEN, Hans *Esencia y valor de la democracia*, trad. del alemán por Rafael LUENGO TAPIA y Luis LEGAZ y LACAMBRA, Labor, Barcelona-Buenos Aires, 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 (op. cit., 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.

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.

Por otra parte, con toda la buena intención del mundo muchos sostienen hoy —conforme a la doctrina alemana—⁵⁰ que el derecho administrativo constituye un derecho constitucional concretizado lo que nos parece una gene-

⁴⁶ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., 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*, 2ª ed., Porrúa, México, 2005, ps. 219/220.

⁴⁸ Caso «Baena» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Público General*, 2ª ed., Iustel, Tº I, Madrid, 2006, p. 1197 y ss., describe la diversidad y múltiples poderes de las agencias o comisiones independientes.

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

ralización 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.

I.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

⁵¹ ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica*, trad. Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 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.

reconocimiento de la prevalencia de los principios generales⁵³, fundados en principios de la ley natural (la justicia, la equidad y otros valores de naturaleza eminentemente moral) (v.gr., 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

⁵³ Véase: SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Los principios en el Derecho Administrativo*, Diké, Mendoza, 2000, p. 41 y ss; VIGO, Rodolfo L., «Los principios generales del derecho», JA 1986-III, 860; COVIELLO, Pedro J. J., «Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino», ReDA, N° 62, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 1088 y ss., y nuestro libro: *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid, 2009, p. 19 y ss.

⁵⁴ Véase: VIGO, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, 2ª ed., Porrúa, México, 2005, p. 3 y ss. describe muy bien el proceso de cambio de la cultura de la ley a la cultura del derecho, en el mundo occidental.

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

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

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, 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.

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 John FINNIS, *Ley natural...*, cit., 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, 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», Universidad Complutense, Servicio de publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, 2011, p. 7 y ss., reproducido en *La Ley*, 2012-B, 1150 y en el libro escrito en colaboración con el autor *Sobre la ley, el poder y el derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 51 y ss.

⁵⁹ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., 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*, Distribuciones Fontamara, México, 2003, p. 123 y ss.

⁶⁰ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, «Iusnaturalismo e interpretación jurídica», en *La interpretación en la era...*, cit, 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», en ReDA N° 79, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 74/86.

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.

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

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

⁶³ Vid FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Tº 1, traducción del italiano, Trotta, Madrid, 2007, ps. 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» (op. cit., p. 39).

⁶⁴ Sobre el tema, vid: ZAMBRANO, María del Pilar, «El liberalismo político y la interpretación constitucional», en *La interpretación en la era...*, cit., 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...*», cit., p. 86 y ss.

⁶⁶ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristobal ORREGO S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 134.

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 judicación (“adjudication”)⁶⁹.

Hallaríase incompleto el análisis que venimos haciendo sin una referencia a la definición del derecho que proporciona FINNIS, cuando se explyaya 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.

⁶⁷ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 137, agrega que las exigencias de la razonabilidad práctica ofrecen «una base racional para los legisladores, los jueces y los ciudadanos» (op. cit., p. 317).

⁶⁸ ORREGO, Cristobal S., *Estudio preliminar*, en la obra de FINNIS, *Ley natural...*, cit., p. 15.

⁶⁹ HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1983, p. 11, cit., por ORREGO en el Estudio preliminar a la obra de FINNIS, *Ley natural...*, cit., 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 (op. cit., p. 10).

⁷⁰ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., 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» (op. cit., p. 304).

⁷¹ VIGO, Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual...*, cit., p. 131.

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 obra⁷², 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 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.

⁷² FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., ps. 182, 219, 285, 307/308, etc.

⁷³ *Ibidem*, p. 315.

⁷⁴ Una prolija descripción de la disparidad existente puede verse en: POZZOLO, Susana, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, trad. del italiano, Palestra, Lima, 2011, ps. 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*, trad. del italiano, Trotta, Madrid, 2014, p. 183.

⁷⁵ Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos*, Depalma, Buenos Aires, 2000 y del mismo autor *El iusnaturalismo actual...*, cit., p. 131, nota 177.

⁷⁶ Cfr. nuestro libro *El acto administrativo*, 3ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 366/367.

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) 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.

I.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

⁷⁷ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 305.

⁷⁸ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 198 y VIGO, Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual...*, cit., p. 134.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 184.

⁸⁰ ALEXY, Robert, *El concepto...*, cit., p. 89 y ss.

⁸¹ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 68 y ss.

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.

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*

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

⁸³ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 66 y ss.

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

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

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 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 austríaco 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» ...

⁸⁶ FINNIS, John, *Ley natural...*, p. 69; MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, ps. 34/37, analiza en profundidad los principales errores de Kelsen sobre lo que Tomás DE AQUINO entendía por ley natural.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 69.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 69.

⁸⁹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica...*, cit., p. 476.

⁹⁰ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 311 y ss.

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.

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 (v.gr., 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

⁹¹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica...*, cit., p. 477.

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

⁹³ S.T. Tomás DE AQUINO, *Tratado de la ley...*, cit. 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...*, cit., p. 206.

⁹⁵ Cfr. KELSEN, Hans, *Teoría pura...*, cit., p. 207.

⁹⁶ Cfr. BUNGE, Mario A., *Filosofía política*, Gedisa, Barcelona-Buenos Aires, 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...*, cit., 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 (op. cit., p. 38).

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

I.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

⁹⁸ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., 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*, Siglo Veinte, Buenos Aires, 1975, ps. 28/34.

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 intersubjetiva o interpersonal, es decir que revela una orientación hacia otra persona¹⁰¹; 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)¹⁰².

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 se circunscribe al Estado¹⁰³. En estos casos, la relación de igualdad es proporcional al mérito, necesidad u otros criterios distributivos¹⁰⁴.

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)¹⁰⁵.

¹⁰⁰ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 191.

¹⁰¹ GAGLIARDO, Mariano, «Santo Tomás y la justicia», ED, diario del 9 de agosto de 2012, p. 3.

¹⁰² FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., ps. 191/194.

¹⁰³ Véase: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *El derecho natural...*, cit., ps. 195/196; y HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2006, ps. 38/49.

¹⁰⁴ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., ps. 195/206, especialmente p. 202 y ss.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 216 y ss., da como ejemplo de justicia distributiva la institución de la quiebra que pertenece al derecho privado (op. cit., ps. 216/221). Mientras la justicia distributiva busca compensar a todos los que sufren daños relevantes el modelo de jus-

Por tales razones, no es posible identificar la justicia legal ni la distributiva con el Estado¹⁰⁶ ni, por derivación, la justicia distributiva con el derecho público¹⁰⁷, confusión que proviene de la clasificación triádica que formuló el Cardenal CAYETANO al sostener que la justicia distributiva es la justicia del Estado¹⁰⁸. 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 Estado¹⁰⁹ 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.)¹¹⁰.

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 (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 social¹¹¹ 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

ticia 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 (op. cit., p. 209).

¹⁰⁶ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 213 y ss.

¹⁰⁷ BARRA, Rodolfo Carlos, *Tratado de derecho administrativo*, Tº 1, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 213 y ss.

¹⁰⁸ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., 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 (op. cit., p. 214).

¹⁰⁹ ROSSI, Abelardo F., *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 22.

¹¹⁰ *Ibidem*, 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» (op. cit. en nota anterior, p. 38).

¹¹¹ Ver y comparar: BARRA, Rodolfo Carlos, *Tratado de derecho administrativo*, Tº 1, cit., ps. 151/154.

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 justicia¹¹², sino que las agrupa todas, siendo más bien un criterio de orientación jurídica¹¹³ y política.

I.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 acuerdo¹¹⁴. Los positivistas puros, aunque reconocían la existencia de una moral objetiva o social¹¹⁵, 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, que permitieron configurar nuevos principios tanto generales como institucionales o sectoriales.

¹¹² MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967, p. 505.

¹¹³ BARRA, Rodolfo Carlos, *Tratado de derecho administrativo*, Tº 1, cit., p. 154.

¹¹⁴ Vid LECLERCQ, Jacques, *El derecho y la sociedad*, trad. del francés, *Leçons du droit naturel*, Tomo I, Herder, Barcelona, 1965, p. 40 y ss., GRANNERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la teoría del derecho*, trad. del italiano, Eudeba, Buenos Aires, 1977, p. 43 y ss.

¹¹⁵ La moral y el derecho no se hallan totalmente separados pues operan como círculos concéntricos. Aun 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.

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 ética¹¹⁶ 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 derecho¹¹⁷.

Ese panorama se proyecta, como no podría ser de otro modo, a la teoría y, consecuentemente, al régimen del acto administrativo, a través de los principios generales que juegan como mandatos que debe acatar la Administración y que están, incluso, por encima del sistema normativo. Así, la configuración del ordenamiento jurídico cobra una nueva dimensión al ampliarse significativamente el clásico bloque de legalidad. En efecto, tras la recepción de los principios generales en los derechos públicos internos de los Estados, ya fuere por la jurisprudencia o por las respectivas constituciones, el fenómeno de la globalización y, en su caso, la prevalencia de los derechos supranacionales, generaliza principios morales¹¹⁸ 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.

¹¹⁶ Consideramos que la ética y la moral son sinónimos, conf. COVIELLO, Pedro J. J., «Reflexiones sobre la ética pública», *Revista Ius et Veritas*, nro. 48, Buenos Aires, 2010, p. 223 y ss., con cita de MARITAIN, Jacques, *Introducción general a la filosofía*, 8ª ed., Club de Lectores, Buenos Aires, 1949, p. 229 y ss.

¹¹⁷ FIGUEIREDO MOREIRA NETO de, Diogo, *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., Río de Janeiro, 2009, p. 77 y ss., destaca el resurgimiento de los principios y la superación de los errores históricos del positivismo legalista.

¹¹⁸ COVIELLO, Pedro J. J., «Reflexiones sobre la ética pública», cit., 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.

I.10. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO

El ordenamiento jurídico se compone de normas y principios¹¹⁹. Suele decirse (alguna vez utilizamos esta expresión) que las normas representan la faz positiva 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 jurídico¹²⁰. 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.

I.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 implícito¹²¹ y, a

¹¹⁹ Para un sector de la doctrina española el ordenamiento se integra también con elementos no normativos de naturaleza sociológica (comportamientos, convicciones sociales, etc.), véase: REBOLLO PUIG, Manuel, «Los principios generales del derecho. Atrevimiento atribulado sobre su concepto, función e inducción», ED, suplemento de Derecho Administrativo, diario del 10/06/2015, Buenos Aires.

¹²⁰ 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.

¹²¹ 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

su vez, en el derecho administrativo, los mandatos pueden contener conceptos jurídicos indeterminados (v.gr., el interés público)¹²² 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 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.

I.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*»¹²³, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción¹²⁴ que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los

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 (v.gr., el delito de abandono de personas prescrito en los arts. 106 y 108 del Código Penal).

¹²² Véase: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, p. 97 y ss.

¹²³ Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo uruguayo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez*, Junta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña, 2007, ps, 595-596; VIGO, Rodolfo L., «Los principios generales del derecho», JA 1986-III, 864.

¹²⁴ 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*

precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto¹²⁵. Los principios carecen de supuestos de hecho¹²⁶ 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 concreción¹²⁷ 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 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?¹²⁸. En suma, todo principio contiene un valor pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (v.gr., 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

*infunde en términos más particulares que a su modo la encantan y disminuyen deviniendo principios ya menos generales y más limitados» (DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, Bosch, Barcelona, 1979, ps. 6/7).*

¹²⁵ Cfr. DURAN MARTINEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo...*, cit., p. 88.

¹²⁶ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, cit., ps. 30/31.

¹²⁷ PEREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 286 y ss.

¹²⁸ BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, 1ª ed., reimpresión, Tecnos, Madrid, 1997, p. 75 y ss.

sido objeto de una refutación completa¹²⁹ 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 relativismo¹³⁰ 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 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 anglosajón¹³¹ radica en la distinción formulada por DWORKIN entre princi-

¹²⁹ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 39 y ss.

¹³⁰ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. del alemán por Rafael LUENGO TAPIA y Luis LEGAZ Y LECAMBRA, Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1934, p. 143 y ss., especialmente p. 153 y ss.

¹³¹ Conf. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, ps. 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

prios, 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 lógica¹³² 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.

I.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. Incluso, los principios, contenidos en el preámbulo se consideran operativos¹³³. Los principios carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas determinadas, resultan, sin embargo, preceptivos y se complementan con la garantía pública¹³⁴ que los protege, lo que tiene particular relevancia en el campo de los derechos humanos.

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».

¹³² 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».

¹³³ TAWIL, Guido Santiago, «El Preámbulo de la Constitución Nacional» en *Estudios de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 798 y ss.

¹³⁴ Ver, BARRA, Rodolfo Carlos, «El ordenamiento institucional de los derechos humanos», en *Temas de Derecho Público*, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 300, puntualiza que la exigibilidad es una cualidad inherente a todo derecho humano que se complementa con la garantía pública.

Se ha sostenido, en el campo de la teoría moderna de ALEXY sobre la argumentación jurídica, que se trata de mandatos de optimización¹³⁵ 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 optimización¹³⁶ 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 vida¹³⁷ que no pueden ser alterados por los gobernantes (legisladores, jueces o funcionarios públicos).

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

En cambio, el mandato de optimización aparece en aquellos supuestos en que más que principios se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o al funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que adopte. Son las que, en la teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución¹³⁸.

¹³⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. del alemán, Palestra, Lima, 2007, 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, en SACRISTÁN, Estela B. (Dir.), *Manual de jurisprudencia y doctrina*, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 619 y ss.

¹³⁶ ATIENZA, Manuel — RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2004, ps. 30/31.

¹³⁷ Véase: FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 251, atribuye el carácter absoluto al derecho a la vida. Pero la ley natural y el derecho positivo consagran excepciones al carácter absoluto del derecho a la vida cuando se trata de la defensa de la propia vida (legítima defensa). Aunque es un tema que exige mayores desarrollos también cabe admitir que el derecho legitima la defensa colectiva en los supuestos de guerra habiendo convenciones que regulan diversos aspectos (ej., las Convenciones de Ginebra).

¹³⁸ Ver VANOSI, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, Tº II, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 3 y ss., distingue entre cláusulas operativas y cláusulas programáticas no operativas que cumplen la función de indicar a los poderes públicos ciertas directivas para el accionar de los poderes públicos o bien, establecer reglas de interpretación dirigidas particularmente a los jueces (op. cit., p. 4).

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 (v.gr., 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).

I.14. EL CARÁCTER ABSOLUTO O RELATIVO DE LOS DERECHOS

La filosofía del utilitarismo¹³⁹ 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 ejercicio¹⁴⁰.

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)¹⁴¹ lo cierto es que los derechos públicos de mayor trascendencia para la dignidad del hombre tienen carácter absoluto 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 así¹⁴² como el derecho a no ser privado de la posibilidad de

¹³⁹ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 251.

¹⁴⁰ Fallos 136:161 (1922), *in re* «Ercolano c/ Lantieri de Renshaw».

¹⁴¹ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 253.

¹⁴² MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *El derecho natural...*, cit., ps. 212/225.

CONTENIDO

A MODO DE PRÓLOGO.....	9
ABREVIATURAS	15
CAPÍTULO I. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO Y LAS BASES DEL ORDEN JURÍDICO.....	17
I.1. Un nuevo escenario en el Derecho Público.....	18
I.2. Positivismo y neoconstitucionalismo.....	19
I.3. La constitucionalización del ordenamiento y los nuevos problemas que se plantean.....	23
I.3.1. La teoría de la armonización de los derechos para resolver los conflictos.....	24
I.3.2. Trascendencia de la ciencia política, de la filosofía del dere- cho y de su teoría general	25
I.4. Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado: la <i>summa divisio</i> como categoría histórica.....	26
I.5. Notas y características principales del nuevo constitucionalismo...	30
I.6. La irrupción y auge de las tendencias iusnaturalistas: diversos sen- tidos del concepto de derecho.....	33
I.7. Ley natural y ley positiva: la fuente de la ley natural y el error de base del positivismo.....	39
I.8. La justicia: diferentes clases	43
I.9. La distinción entre moral y derecho.....	46
I.10. La estructura del ordenamiento	48
I.11. Las normas	48
I.12. Los principios generales: su diferencia con las normas y los valo- res. Las directivas políticas.....	49
I.13. El carácter preceptivo o vinculante de los principios. La distinción entre derecho y principio	52
I.14. El carácter absoluto o relativo de los derechos	54
I.15. Características atribuidas al orden jurídico	55
I.16. Los paradigmas en el derecho público	56

I.17. La dignidad de la persona como fuente central de todos los principios y derechos.....	61
I.18. Los nuevos paradigmas del Derecho Público.....	63
I.19. El principio <i>pro homine</i> y su función ordenadora. La interpretación más favorable (<i>in dubio pro libertate</i>).....	64
I.20. El principio general de la buena fe.....	66
I.21. El principio de la confianza legítima.....	67
I.22. El principio de la moral pública.....	69
I.23. La necesidad de armonizar los nuevos paradigmas.....	70
CAPÍTULO II. LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	73
II.1. Proyección de los principios generales.....	73
II.2. Trascendencia de los principios generales.....	76
II.2.1. Características y principalidad de los principios generales.....	76
II.2.2. Sus peculiaridades en el derecho administrativo.....	79
II.2.3. La inserción de los principios del Derecho Natural en el ordenamiento y el papel de la tópica.....	83
II.3. La concepción «finnisiana» sobre los principios generales del derecho.....	85
II.4. Jerarquía y diversidad de los principios generales.....	87
II.4.1. La constitucionalización de los principios y la problemática que plantea.....	87
II.4.2. Principios fundamentales y principios institucionales o sectoriales.....	91
II.4.3. Los principios generales son fuentes formales y materiales: su grado de prelación.....	99
II.5. El papel de los principios en el ordenamiento.....	100
II.5.1. Distintas funciones que cumplen los principios generales..	100
II.5.2. Los principios generales como garantías jurídicas.....	102
II.5.3. Los principios generales como límites al ejercicio del poder reglamentario.....	102
II.5.4. La extensión del deber de resolver se extiende a la Administración.....	104
II.6. Los principios generales en el campo de la interpretación jurídica.....	106
II.6.1. Diferentes clases de interpretación.....	106
II.6.2. La analogía y los principios generales del derecho.....	107
II.6.3. El sometimiento de la Administración a la ley y al derecho.....	109
II.6.4. Las facultades discrecionales de la Administración y los principios generales del derecho.....	111

CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES ...	113
III.1. Acerca del origen de la doctrina de la separación de poderes: las características principales que entraña la concepción política de Montesquieu	114
III.2. La separación de poderes y el Estado de Derecho. La evolución del Estado de Derecho. El Estado Subsidiario. Populismo y Estado ...	118
III.3. La finalidad básica de la teoría de la separación de los poderes....	125
III.4. Las confusiones terminológicas: los conceptos de poder, órgano y función.....	128
III.5. Sobre la función administrativa	130
III.5.1. Concepciones subjetivas u orgánicas.....	131
III.5.2. El criterio objetivo o material.....	132
III.5.3. Otras teorías	133
III.6. Continuación: las funciones normativa o legislativa y jurisdiccional de la Administración Pública	135
III.6.1. La actividad reglamentaria es de sustancia normativa o legislativa	135
III.6.2. Las funciones jurisdiccionales de la Administración.....	135
III.7. Continuidad de la jurisprudencia sentada por la Corte a partir del caso «Fernández Arias».....	142
III.8. Resumen sobre la interpretación de la doctrina de la separación de los poderes en la Constitución argentina	146
III.9. La independencia del Poder Judicial: antecedentes hispánicos de las prescripciones constitucionales	147
III.9.1. La prohibición de ejercer funciones judiciales por parte del Rey y las Cortes.....	149
III.9.2. La inamovilidad de los jueces	151
III.9.3. La creación del Tribunal Supremo	152
III.10. La independencia del Poder Judicial como principio y garantía del régimen democrático y republicano	153
III.11. Sentido actual de la separación de los poderes	155
III.12. El principio de independencia de las autoridades regulatorias...	158
III.13. Constitucionalidad de la creación de las autoridades regulatorias independientes	160
CAPÍTULO IV. LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE RAZONABILIDAD. LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD	165
IV.1. El principio de legalidad.....	165
IV.1.1. Precisiones conceptuales	165
IV.1.2. Legalidad y legitimidad. Distintas formulaciones del principio de legalidad.....	168
IV.1.3. Legalidad y reserva de legalidad. La llamada preferencia de ley	169
IV.2. Discrecionalidad y arbitrariedad.....	170

IV.3. La interdicción de arbitrariedad en el derecho argentino	172
IV.4. El principio de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad	177
IV.4.1. Aspectos de la razonabilidad	178
IV.4.2. Razonabilidad e igualdad. La razonabilidad ponderativa	179
IV.4.3. Debido proceso sustantivo y debido proceso adjetivo en el derecho norteamericano. La <i>equal protection</i>	181
IV.4.4. El principio de proporcionalidad. Subprincipios que integran el principio de proporcionalidad en las doctrinas alemana y española	183
IV.5. Hacia una respuesta iusnaturalista centrada en el bien humano: la directiva de interpretación preponderante que debería regir la hermenéutica del artículo 28 de la Constitución Nacional	188
IV.6. La interdicción de arbitrariedad. La inconstitucionalidad de oficio.....	191
IV.6.1. El artículo 43 de la Constitución Nacional prescribe un mandato implícito	191
IV.6.2. La inconstitucionalidad de oficio	191
IV.6.3. La declaración judicial oficiosa de la inconstitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia de la Corte	193
CAPÍTULO V. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD	195
Sección Primera. Los sentidos de la igualdad.....	196
V.1.1. La generalización del principio constitucional de igualdad y la necesidad de una teoría integral	196
V.1.2. La igualdad: un tema clásico en la era de las nivelaciones	197
V.1.3. Justicia e igualdad.....	198
V.1.4. Sobre las especies de igualdad y la noción positivista. Los criterios de la igualdad distributiva.....	202
V.1.5. La igualdad ante la ley y la razonabilidad	204
V.1.6. La llamada paradoja de la igualdad.....	206
V.1.7. La igualdad real de oportunidades y la cláusula para el progreso, el bienestar y la justicia social (art. 75 inc. 23, primer párrafo e inc. 19 de la CN). La discriminación racial	209
V.1.8. El derecho de igualdad de los extranjeros para gozar de los derechos civiles. Las discriminaciones en materia de ciudadanía	211
Sección Segunda. El control judicial de las discriminaciones arbitrarias	213
V.2.1. Liminar sobre el control de razonabilidad en la jurisprudencia..	213
V.2.2. Carácter formal y material del principio de igualdad	215
V.2.3. El principio de igualdad y las llamadas «categorías sospechosas» del derecho norteamericano	216

V.2.4. Dos casos emblemáticos sobre discriminación que afectaron a nacionales y extranjeros.....	217
V.2.5. La discriminación por edad	219
V.2.6. La prohibición constitucional de discriminar contra la mujer. El llamado matrimonio igualitario	220
V.2.7. Las discriminaciones que afectan el derecho a la vida: el aborto	224
V.2.8. Continuación: dictamen de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas	230
CAPÍTULO VI. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD	237
VI.1. Sobre el concepto de libertad y las raíces de la concepción constitucional argentina.....	238
VI.2. La doble faz de la libertad: derecho y principio. Las garantías de la libertad.....	239
VI.3. Naturaleza política o civil de las libertades. Derechos sociales y nuevos derechos	241
VI.4. Las declaraciones de derechos que consagran libertades: su caracterización	243
VI.5. Continuación: límites constitucionales al ejercicio del poder reglamentario.....	244
VI.6. Las libertades y el principio de subsidiariedad	246
VI.7. Las libertades no patrimoniales: la libertad de expresión. Alcance y fundamento.....	249
VI.7.1. La prohibición de censura previa	251
VI.7.2. El principio protectorio innominado de la libertad de expresión y las responsabilidades ulteriores	253
VI.7.3. La interdicción constitucional de imponer, por parte del Congreso, restricciones a la libertad de expresión y la prohibición de establecer la jurisdicción federal en esa materia.....	256
VI.7.4. El derecho de rectificación o respuesta.....	259
VI.7.5. Los medios indirectos restrictivos de la libertad de expresión: la distribución de la publicidad oficial	262
VI.8. La libertad religiosa	264
VI.8.1. El caso de la Virgen en Tribunales	266
VI.8.2. Los crucifijos en las escuelas públicas.....	267
VI.9. Las libertades económicas	270
VI.9.1. Subsistencia de la libertad económica en el nuevo constitucionalismo.....	271
VI.9.2. Libertad de contratar y control de precios	272
VI.9.3. Principales cuestiones que suscita la ley 26.991.....	275
VI.10. Inaplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte en materia de control de precios.....	277

VI.11. Libertad económica y propiedad. El estado de emergencia	279
VI.11.1. Estado de Derecho y estado de necesidad	282
VI.11.2. Los límites constitucionales de la emergencia. Los decretos de necesidad y urgencia.....	283
VI.12. Emergencia y derechos adquiridos	288
VI.13. La libertad de asociación	289
VI.14. El derecho de enseñar y aprender (el derecho a la educación)..	292
VI.15. Otros derechos y libertades. Los derechos de petición y de libre circulación	295
VI.15.1. El derecho de peticionar a las autoridades.....	295
VI.15.2. La libertad de tránsito o derecho a la libre circulación.....	297
CAPÍTULO VII. LOS NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS	299
VII.1. La incorporación de nuevos derechos a la Constitución.....	299
VII.2. La protección ambiental y el derecho a un ambiente sano.....	304
VII.2.1. Las nuevas cláusulas constitucionales	306
VII.2.2. El núcleo del derecho ambiental.....	308
VII.2.3. El deber legal de preservación del ambiente. Prohibiciones.....	308
VII.2.4. El daño ambiental y la obligación de recomponer.....	309
VII.2.5. El amparo ambiental	311
VII.2.6. Competencia en materia ambiental.....	313
VII.3. El principio protectorio de la competencia	314
VII.4. Los derechos de consumidores y usuarios	316
VII.4.1. La falsa oposición entre el interés público y el interés particular o privado	318
VII.4.2. La regla de la interpretación restrictiva de los privilegios y su extensión a las concesiones y licencias	319
VII.5. La participación pública en el control de los servicios públicos	322
VII. 5.1. Tipologías de la participación pública en los entes reguladores	326
VII.5.1.1. Derechos individuales y colectivos. La participación de las asociaciones defensoras de usuarios.....	327
VII.5.1.1.1. Derechos individuales.....	327
VII.5.1.1.2. Derechos colectivos	327
VII.5.1.2. El régimen de audiencias públicas de los entes reguladores.....	329
VII.6. El derecho de reunión.....	331
VII.7. El derecho a la salud	332
VII.8. Problemática de la legitimación en los procesos administrativos	333

VII.8.1. Tendencias actuales en materia de legitimación.....	336
VII.8.2. Los elementos que configuran la legitimación procesal activa (ordinaria y anómala o extraordinaria).....	338
VII.9. Los derechos de incidencia colectiva y el amparo constitucional.....	341
VII.10. La tutela de la legalidad y la acción popular	342
VII.11. La globalización: su influencia sobre el principio de legalidad	344

CAPÍTULO VIII. LOS PRINCIPIOS INSTITUCIONALES Y SECTORIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 349

VIII.1. Liminar	350
VIII.2. Dificultades de una sistematización de los principios generales.....	351
VIII.3. El principio de la competencia.....	352
VIII.4. El principio de la delegación administrativa.....	357
VIII.4.1. Las figuras de la suplencia y sustitución.....	359
VIII.4.2. La intervención	360
VIII.4.3. La delegación de firma y la subdelegación	361
VIII.4.4. La avocación	361
VIII.5. La delegación legislativa	363
VIII.5.1. Fuentes y objetivos del precepto constitucional (art. 76 CN).....	367
VIII.5.2. Límites materiales y formales	374
VIII.5.3. Vinculación negativa derivada de las reservas legales para el ejercicio de la delegación legislativa.....	377
VIII.5.4. El caso «Camaronera Patagónica»	380
VIII.5.5. Reflexiones conclusivas sobre la delegación legislativa.....	381
VIII.6. El principio de jerarquía.....	384
VIII.7. La inderogabilidad singular del reglamento.....	387
VIII.8. El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos.....	388
VIII.8.1. La ejecutoriedad en el derecho comparado.....	390
VIII.8.2. La ejecutoriedad y el uso de la coacción	393
VIII.9. Sobre los principios en juego en la contratación administrativa	394
VIII.9.1. El principio de concurrencia y de competencia	396
VIII.9.2. Principio de proporcionalidad y de razonabilidad	398
VIII.9.3. Principio de eficiencia	399
VIII.9.4. Principio de publicidad y difusión. Transparencia.....	400
VIII.9.5. Principio de responsabilidad.....	401
VIII.9.6. Igualdad de tratamiento para interesados y oferentes.	401
VIII.10. El principio de continuidad de los servicios públicos	402
VIII.11. La autotutela del dominio público	406
VIII.12. El principio de la responsabilidad del Estado: su fundamento filosófico y constitucional	407

VIII.12.1. El principio de igualdad ante las cargas públicas como eje del fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado.....	408
VIII.12.2. El factor de atribución: la falta de servicio en la jurisprudencia de la Corte y en la nueva ley 26.944.....	409
VIII.12.3. Un análisis retrospectivo: la concepción de AUBRY ET RAU	412
VIII.12.4. Crítica de la ley 26.944	414
VIII.12.5. El alcance de la indemnización: el principio general de la justa indemnización	416
VIII.12.6. Sobre la regulación de la responsabilidad del Estado por el Código Civil y Comercial o por leyes administrativas (nacionales y locales).....	422
VIII.13. La confianza legítima. Remisión.....	425
VIII.14. El principio de buena administración.....	426
VIII.15. Los principios generales del procedimiento administrativo	429
VIII.15.1. El principio de verdad material.....	430
VIII.15.2. El principio de oficialidad	431
VIII.15.3. El informalismo en el procedimiento administrativo	432
VIII.15.4. El principio de eficacia.....	434
VIII.15.5. La gratuidad del procedimiento.....	435
VIII.15.6. El debido proceso adjetivo	437
CAPÍTULO IX. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	439
IX.1. Introducción	439
IX.2. La triple faz de la tutela judicial efectiva (mandato vinculante, derecho y garantía).....	441
IX.3. El desarrollo del principio	442
IX.4. Fundamento del principio de la tutela judicial efectiva en el derecho argentino.....	446
IX.4.1. En el orden nacional.....	446
IX.4.2. En el orden provincial	447
IX.5. Instituciones y herramientas procesales vinculadas con el principio de la tutela judicial efectiva.....	449
IX.5.1. Razonabilidad de la duración de los procesos	450
IX.5.2. Acciones declarativas de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y actos administrativos: la causal de arbitrariedad	450
IX.5.3. Medidas precautorias (en general). Tutelas anticipadas y autosatisfactivas	455
IX.5.4. La ejecución de sentencias	457

IX.6. Los requisitos del agotamiento de la vía administrativa y del reclamo administrativo previo.....	461
IX.7. Un cambio paradigmático: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica	468
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	471
ÍNDICE TEMÁTICO	507
ÍNDICE POR AUTOR	513

