

El derecho administrativo ante el nuevo constitucionalismo: sobre su método y principios

The administrative law before new constitutionalism: methods and principles

Juan Carlos Cassagne*

El derecho administrativo ha hecho aportes relevantes a la consolidación de los paradigmas que exhibe el nuevo escenario del derecho público y que se sintetizan en el denominado nuevo constitucionalismo. Sin embargo, la mayoría de los ensayos que se ocuparon del tema no tuvieron en cuenta dichos antecedentes y toman como punto de partida a las Constituciones de la posguerra. La nueva estructura que adquiere el ordenamiento y sus sistema de fuentes forma parte del abandono del positivismo legalista y la necesidad de que se decanten las distintas fuentes de producción jurídica con perfiles más nítidos dándoles una mayor precisión y certeza a los principios y a los nuevos derechos. En ese proceso, no puede perderse de vista que la persona humana es la fuente de todos los principios y derechos y que su armonización se impone por sobre la asignación apriorística de preferencias de unos sobre otros, como regla general. La razonabilidad es, en este nuevo escenario, una pauta fundamental.

Palabras clave: Nuevo constitucionalismo. Derecho administrativo. Derecho Público.

The administrative law has made relevant contributions to the consolidation of the paradigms that the new scenario of public law exhibits and which are synthesized in the so - called new constitutionalism. However, most of the essays that dealt with the subject did not take into account such antecedents and take as a point of departure the postwar Constitutions. The new structure that acquires the order and its system of sources starts from the abandonment of legalistic positivism and the need to choose different sources of legal production with clearer profiles giving greater precision and certainty to the principles and new rights. In this process, one cannot lose sight of the fact that the human person is the source of all principles and rights and that their harmonization is imposed over the aprioristic allocation of preferences over one another, as a general rule. Reasonability is, in this new scenario, a fundamental guideline.

Key words: New constitutionalism. Administrative Law. Public Law.

RESUMEN / ABSTRACT

* Profesor Emérito de la Universidad Católica Argentina y Titular Consulto de la Universidad de Buenos Aires.

I. El cambio radical en el sistema de las fuentes del derecho a raíz de la declinación de la centralidad de la ley. Auge y prevalencia de los principios generales del derecho.

Aunque se suele hablar de neoconstitucionalismo, personalmente prefiero emplear el término nuevo constitucionalismo que representa una imagen algo más neutra y desprovista de la carga ideológica que anida en algunos de los primeros ensayos que intentaron explicar este fenómeno.

La mayoría de esos ensayos han prescindido de los antecedentes que había aportado el derecho administrativo a la consolidación de los paradigmas que exhibe el nuevo escenario del derecho público atribuyéndolo, en exclusiva, a las Constituciones de la posguerra europea. En efecto, con antelación a la vigencia de las cartas constitucionales de Italia, Alemania y España, el Consejo de Estado francés había reconocido la prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas positivas, lo que implicó un cambio radical en el sistema de las fuentes del derecho administrativo, registrado en un ensayo pionero de Rivero¹, cuyas pautas principales fueron desarrolladas en España, entre otros, por Eduardo García de Enterría² y Jesús González Pérez³.

Desde luego que la plasmación del dogma de la supremacía constitucional sobre las leyes, inspirada en la Constitución norteamericana⁴, adoptado por las nuevas constituciones europeas que consagraron los derechos fundamentales de los ciudadanos contribuyó, sin duda, a la formación paulatina de un conjunto de principios y nuevos derechos que se abrieron paso en medio de una jurisprudencia abierta a las transformaciones que imponía la nueva realidad jurídica y social.

En el curso de ese proceso se operó la declinación de la centralidad de la ley como eje del sistema de las fuentes, junto a una serie de elementos y métodos de interpretación jurídica que potenciaron el papel de los jueces que abandonaron la función cuasi automática de interpretar las leyes conforme a mecanismos de subsunción, para pasar a la aplicación de los principios generales y soluciones basadas en la justicia no solo frente a las lagunas o carencias normativas sino también cuando las normas entraban en colisión con los derechos fundamentales. A su vez, la función de los jueces se potencia en el campo de la interpretación en el que el principio de razonabilidad juega

¹ RIVERO 1959, 289 y ss. y WALINE 2002, 64-66, apuntan que el Consejo de Estado no ha hesitado en afirmar la subordinación de los reglamentos autónomos previstos en el art. 37 de la Constitución francesa de 1958 a partir del caso "*Syndicat général des ingénieurs conseils*", de 1959.

² GARCÍA DE ENTERRÍA 1984.

³ GONZÁLEZ PÉREZ 1983, 44 y ss.; en el posterior trabajo "*El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*", 1983, 45 y ss.; y así como en el libro "*La dignidad de la persona*" 1986, 83 y ss.

⁴ SANTIAGO 2008, 8, señala que ciertos aspectos del neoconstitucionalismo no constituyen una novedad para los sistemas inspirados en el modelo constitucional norteamericano.

un papel central de acuerdo a nuevas técnicas de hermenéutica basada en juicios de ponderación.

En paralelo, esa función verdaderamente creativa de los jueces, permitió efectuar un control de constitucionalidad más efectivo y si bien no todos los sistemas son semejantes, el principio de separación de poderes cobró una mayor fuerza (a diferencia de Latinoamérica) proyectándose hacia las nuevas instituciones públicas de la posguerra (Consejos de la Magistratura, Agencias Independientes, etc.).

Surgieron también nuevos derechos⁵ (v.gr. en materia ambiental) y se intensificó el proceso de producción normativa y de principios a través de los tratados que, en Europa, pasaron a ser reglas comunitarias de eficacia directa y vinculante, no obstante su carácter supranacional, como consecuencia del abandono de la antigua tesis de la soberanía de los Estados.

En colisión con la idea de la democracia relativa sustentada por Kelsen, el principio democrático se afirmó con caracteres absolutos al igual que la protección de los derechos humanos o fundamentales.

Ese proceso condujo a la necesidad de armonizar la dogmática del derecho público con la filosofía del derecho y con las reglas interpretativas de la teoría general, cuyo resultado se plasmó en una nueva estructura del ordenamiento jurídico, basada tanto en principios y normas por una parte, y en derechos y garantías por la otra, cuyas nociones no habían sido bien perfiladas por la doctrina y jurisprudencia del derecho público.

II. La estructura del ordenamiento: normas y principios. Los valores. El concepto moderno del derecho subjetivo y la figura de la garantía como técnica de protección procesal, particularmente de los derechos fundamentales.

La nueva estructura que adquiere el ordenamiento ocasionó el abandono del positivismo legalista y la necesidad de que se decanten las distintas fuentes de producción jurídica con perfiles más nítidos otorgándoles una mayor precisión y certeza.

Mientras el concepto de norma se define conforme a una estructura tripartita (antecedente de hecho, mandato, y consecuencia jurídica) el principio (al menos en la doctrina alemana) se define como un mandato carente de supuestos de hecho. Tanto las normas como los principios vinculan al juez y pertenecen al género de las reglas jurídicas⁶. En cuanto a los valores, asimilados a la idea de bien, hay que reconocer que no obstante que todo principio general del derecho encierra un valor, no todo valor (v.gr. la amistad) consti-

⁵ DALLA VÍA 2011, 265 y ss.

⁶ VIGO 2000 y VILLEY Y FINNIS 2003, 131.

tuye un principio y, por tanto, hay valores no vinculantes que suelen alojarse en el ámbito de las virtudes (v.gr. la fe y la caridad).

Por otra parte, no es menor la importancia que cabe asignarle a las fórmulas que se utilizan para describir lo que es derecho y su diferenciación con la garantía jurídica, cuestiones generalmente poco clarificadas por la doctrina de los publicistas.

Es sabido que por derecho entendemos varias cosas no necesariamente opuestas ni iguales. La teoría que desarrollamos sobre la estructura del ordenamiento se completa con la utilización del concepto de derecho no precisamente como *ius* o lo justo (lo que resulta válido) sino como el poder de reclamar a otro el cumplimiento de una prestación u obligación. Este concepto de derecho subjetivo como facultad jurídica, que proviene de SUÁREZ, es al que siempre hemos adherido por su mayor utilidad práctica⁷ y cuenta con el apoyo de FINNIS⁸ que ha adoptado como concepto moderno del derecho, sin invalidar las concepciones clásicas, entre otras, de CICERÓN y TOMÁS DE AQUINO, que juegan en planos diferentes.

Cabe puntualizar también que el concepto de garantía no traduce una mera fórmula retórica sino que juega como el instrumento procesal que permite la realización del derecho, es decir, constituye una típica protección (p. ej. la acción de amparo que protege contra la violación de los derechos fundamentales).

III. Los llamados conflictos de derechos y el principio de no contradicción. La tesis de la armonización. El derecho de huelga en los servicios esenciales.

Los derechos y principios no pueden entrar en conflicto ya que de lo contrario se estaría violando el principio de no contradicción⁹. Los conflictos se dan entre pretensiones de las personas basadas en derechos o principios, sin que pueda establecerse de antemano la preferencia de unos derechos sobre otros (p. ej. los derechos colectivos sobre los derechos individuales).

La tesis de la armonización de los derechos y principios se impone tanto por razones de lógica formal como por imperio de la justicia, ya que resulta arbitrario asignar preferencia a un valor sobre otro *a priori*, como regla general (aunque la excepción más notoria se da en el derecho a la vida que, en principio, no es relativo).

Uno de los conflictos colectivos más graves para la sociedad es, sin lugar a dudas, el que se produce a raíz del reconocimiento del derecho de huelga en los servicios esenciales (o servicios públicos en el derecho latinoamericano). En esta materia, ha habido un desplazamiento del clásico

⁷ CASSAGNE 2016, 533 y ss.

⁸ FINNIS 2000, 234 y ss.

⁹ TOLLER y CIANCIARDO 2006, 138 y ss.

principio de continuidad de los servicios públicos que resulta sustituido por el recurso a la acción directa prevaleciendo la presión sindical sobre las empresas. Algo realmente impensable en siglos anteriores se ha convertido en un recurso habitual que viola los derechos fundamentales de los ciudadanos a trabajar y trasladarse libremente. Los procedimientos legales¹⁰ tendientes a morigerar los perjuicios que ocasionan las huelgas en los servicios esenciales (como el preaviso y los servicios mínimos), si bien son un paliativo, no suelen cumplirse o bien no alcanzan a satisfacer las demandas sociales.

En ese contexto, el papel del Estado ha dejado de ser neutro para convertirse en garante de las prestaciones sociales, cuando no el prestador directo de las mismas con arreglo al principio de subsidiariedad. Creemos que la sociedad del futuro, globalizada, y aun con las nuevas tecnologías, no podrá prescindir del Estado, en especial, de una Administración Pública eficiente como la que cuentan hoy día muchos países (como Suecia, Finlandia, Alemania, etc.)¹¹.

En la resolución de los conflictos los tribunales comienzan a utilizar la técnica de la ponderación de los intereses en juego (ALEXY) mediante un razonamiento en el que combina la lógica con los criterios de justicia. En ese sentido, el razonamiento se descompone en tres etapas: a) juicio de adecuación, en el que se valora la idoneidad para alcanzar el fin perseguido; b) juicio de necesidad, que exige elegir la medida o solución que produzca la menor restricción a los derechos fundamentales; y por último c) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto que apunta a lograr una relación razonable entre los sacrificios (costes) y los beneficios que genera la decisión, en cualquier caso, sin afectar los derechos fundamentales.

IV. Los caracteres formales del orden jurídico atribuidos por el positivismo legalista. La competitividad y el derecho como orden coactivo. El aforismo positivista según el cual el derecho regula su propia creación.

En el proceso que venimos describiendo, desaparecen o se restringen buena parte de los caracteres formales del orden jurídico que constituían las principales banderas de la escuela positivista pura.

En primer lugar, ya no se concibe el orden jurídico como un sistema completo y hermético sino que se reconoce la existencia de las llamadas lagunas jurídicas que, en principio, requieren acudir a la técnica de la analogía y a los principios generales del derecho para cubrir el vacío normativo.

Otra característica que se atribuía, y aun se atribuye al derecho, es la de ser un orden coercitivo, pero si así fuera, no tendrían cabida en el mundo jurídico los llamados actos favorables ni las ayudas públicas (lo que anterior-

¹⁰ CASSAGNE 1193, 82 y RUSCIANO 1988, 416 y ss.

¹¹ VANDELLI 2015, 306 y 307.

mente se denominaba actividad de fomento) ni tampoco buena parte del derecho de organización de la Administración Pública, como las relaciones interadministrativas.

Completa este cuadro la caída del aforismo positivista según el cual el derecho regula su propia creación por las autoridades que ejercen la actividad legislativa y deja de tener sentido como consecuencia de la proyección de los principios generales del derecho y de la costumbre, así como de las autorregulaciones admitidas en algunos sectores de la economía (v.gr. Bolsas de Valores).

V. La relatividad de los derechos no impide reconocer que ciertos derechos sean absolutos. La buena fe y el derecho a que los funcionarios no mientan. Prevalencia del principio de verdad material.

La relatividad de los derechos también entra en crisis. No es posible sostener que el derecho a la vida o a que los funcionarios no mientan sean derechos relativos; si bien en algunos casos se admiten excepciones, ellas se configuran por la misma causa o esencia del derecho que se protege (p. ej. la legítima defensa protege el derecho a la vida de quien sufre amenaza de muerte). Por lo demás, el derecho a que no mientan los funcionarios constituye una derivación de los principios de buena fe y de la dignidad de las personas, que son todos los ciudadanos sin discriminaciones arbitrarias. A la pregunta de si el estado de necesidad justifica la mentira, creemos que por razones morales o éticas resulta insostenible pues estaríamos relativizando el principio de verdad que debe regir en la actividad de la Administración Pública, el cual debe prevalecer en todos los comportamientos estatales.

VI. La dignidad de la persona como eje de todos los principios y derechos.

La persona humana es la fuente de todos los principios y derechos¹². Más aun, el fundamento¹³ y la razón de ser del derecho radican en la persona cuya humanidad no deriva de ser una creación formal del hombre¹⁴. Un ordenamiento positivo que negase la condición de persona de un ser humano sería algo inconcebible, un no derecho, una aporía que el positivismo no pudo resolver cuando sostenía que la persona era una creación del derecho¹⁵, siendo la principal justificación de cualquier norma jurídica¹⁶.

En el dominio sobre la propia vida del ser más que del existir, se encuentra la raíz de la dignidad de la persona pues, como decían las Partidas,

¹² LAJE 2014, 14 y ss., sostiene que es el fundamento de los derechos personalísimos como el derecho a la intimidad, verdadero derecho subjetivo de las personas.

¹³ RABBI-BALDI CABANELLAS 2008, 33.

¹⁴ TOBIAS 2012, 632, señala que la *dignitas* es el fundamento último de los derechos fundamentales.

¹⁵ RABBI-BALDI CABANELLAS 2008, 62.

¹⁶ BACELLAR Y ROMEU 2009, p. 19.

la persona del hombre es la más noble del mundo¹⁷. Esa dignidad no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias¹⁸ y en ella se fundamentan los derechos del hombre como la libertad religiosa o la libertad de expresión¹⁹.

Así, de un modo u otro, todos los derechos humanos están relacionados con la dignidad de la persona que constituye algo así como el principio general básico de todo el derecho, el cual informa el contenido del ordenamiento y resulta un valor jurídico exigible. Por esa causa, el primer derecho que prevalece respecto de cualquier otro derecho es el derecho a la vida²⁰, uno de cuyos contenidos principales es el derecho a la salud, dado que la preservación de la persona representa el grado máximo de su dignidad. La persona es un fin en sí mismo para cuya realización y perfección necesita gozar de todos los derechos que se relacionan con la condición humana, con las restricciones razonables que le imponga el bien común tanto en su dimensión individual como social, espiritual y material²¹. En ese arco protectorio se encuentran la libertad, la propiedad y la igualdad y aun los llamados derechos de segunda y tercera generación, con sus nuevos paradigmas, como la tutela judicial efectiva.

El valor jurídico básico de la dignidad humana ocupa un lugar central en el derecho público, siendo un principio constitucional²² que se proyecta a la teoría del acto administrativo, a través del desarrollo de una serie de principios generales cuyos diversos contenidos se expresan mediante mandatos, prohibiciones y estímulos.

La dignidad humana, como principio básico del derecho, ha sido reconocida en numerosos tratados internacionales. Para nuestro derecho adquieren trascendencia como fuente de todo el ordenamiento, aquellos que poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN). En tal sentido, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos²³, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos²⁴, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre²⁵ hasta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han incorporado en sus textos el principio; en particular esta última lo recoge al prescribir que: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad"²⁶.

¹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ 1986, 24.

¹⁸ *IBIDEM*, 25.

¹⁹ BARRA 2010, 1171 y ss., en especial p. 1181 y la jurisprudencia de la Corte que cita.

²⁰ FINNIS 2000, 251 y ss.

²¹ DELPIAZZO 2008, 616.

²² Fallos 314:421 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

²³ Preámbulo y arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, entre otros.

²⁴ Considerandos y arts. 7, 8, 10, 16, 17 y 19.

²⁵ Considerandos, Preámbulo y arts. I, II y XVII, entre otros.

²⁶ Art. 11.1. CADH, de 1969.

El principio de la dignidad de la persona protege una variedad de situaciones (la de los funcionarios, militares, estudiantes, detenidos o reclusos, usuarios de servicios públicos, etc.)²⁷ y debe observarse en todos los elementos del acto administrativo (competencia, causa, objeto, forma y finalidad). Su violación implica la inconstitucionalidad del acto por la violación de un tratado internacional que es parte integrante de la Constitución y la nulidad puede encuadrarse en cada uno de los supuestos de nulidad absoluta previstos en el art. 14 de la LNPA (v.gr. incompetencia en razón de la materia por violar la Constitución y así, sucesivamente, con los demás elementos del acto administrativo).

No se puede desconocer tampoco, como se ha señalado, que un grupo de fallos de la Corte Suprema ha conectado el llamado Estado Constitucional de Derecho con la inmediata protección de la dignidad humana²⁸.

Recordemos que en la dignidad de la persona humana se fundamentan los demás principios generales del derecho ya sean comunes a todo el derecho como el principio de buena fe, los de *pro homine* y *pro libertate*, junto a los que son propios y típicos del derecho público, como el principio de confianza legítima²⁹ y la tutela judicial y administrativa efectiva, que constituyen nuevos paradigmas del derecho administrativo.

Al propio tiempo, aunque los hechos y actos de los gobernantes suelen demostrar lo contrario, el ordenamiento internacional aplicable en el orden interno³⁰, ha potenciado la observancia de la moral pública y la lucha contra la corrupción. El acto administrativo cuyo objeto transgrede la moral pública adolece de nulidad absoluta³¹ y la conducta del funcionario merece el reproche penal correspondiente.

VII. Los paradigmas en el derecho público como principios generales del derecho.

El concepto de paradigma, empleado para captar el sentido de la revolución científica que se opera en el campo de las ciencias físicas y naturales y, en general, en el de la historia de las ciencias, puede ser utilizado con provecho en el ámbito de las ciencias sociales, para explicar los fenómenos propios de la transformación de las instituciones³².

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

²⁷ GONZÁLEZ PÉREZ 1986, 136 y ss.

²⁸ SAMMARTINO 2012, punto 2.3.

²⁹ Véase COVIELLO 2004, 33 y ss.

³⁰ GONZÁLEZ PÉREZ 1986, 136 y ss.

³¹ MARIENHOFF 1993, 349 y ss.

³² KUHN 2002, 9 y ss., especialmente 268 y ss.

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

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

Cuando aludimos a los valores jurídicos asimilándolos a los principios generales no estamos haciendo referencia a los valores básicos fundamentales³³. Nos referimos a los principios generales del sistema jurídico (estén o no positivizados) que, aun cuando no se relacionan en base a un orden jerárquico predeterminado, se interpretan y aplican con arreglo a las exigencias básicas de la razonabilidad práctica³⁴. Lo cierto es que hasta quienes distinguen por su grado de especificación los valores de los principios (el principio tendría un grado mayor de determinación) admiten que ambos son preceptivos³⁵ y que hay principios que se ha entendido configuran derechos humanos inviolables, como el derecho a la vida³⁶, que cumplen un papel fundamental en el Estado de Derecho, en sus distintas versiones³⁷.

³³ FINNIS 2000, 91 y ss., y especialmente 113-127, enumera entre los valores básicos fundamentales: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad, la razonabilidad práctica y la religión.

³⁴ Véase FINNIS 2000, 165 y ss. Al respecto se pregunta dicho autor ¿Cómo puede saber uno que una decisión es razonable prácticamente? Considera que la razonabilidad práctica como un bien que estructura nuestra búsqueda de bienes afirmando que no vivir a la altura de esas exigencias es irracional. FINNIS describe y desarrolla como tales: a) un plan de vida coherente; b) ninguna preferencia arbitraria entre los valores; c) ninguna preferencia arbitraria entre las personas; d) desprendimiento y compromiso; e) la relevancia de las consecuencias: eficiencia, dentro de lo razonable; f) respeto por todo valor básico en todo acto; g) las exigencias del bien común; h) seguir la propia conciencia e i) la moral, como producto de esas exigencias.

³⁵ COVIELLO 2009, 753.

³⁶ FINNIS 2000, 253. Según el autor, resultan inviolables y son absolutos conforme a las exigencias de razonabilidad práctica, un conjunto básico de derechos humanos, entre los que se encuentran desde “el más obvio, el derecho de no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior; pero también el derecho a que no nos mientan positivamente en ninguna situación (v.g. en la enseñanza) en la cual se espera razonablemente una comunicación real; y el derecho a no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos; y el derecho a no ser privado, u obligado a privarse de la propia capacidad procreadora; y el derecho a ser tenido en cuenta con respecto a cualquier valoración de lo que el bien común exige”.

³⁷ Sobre el Estado de Derecho y sus diferentes versiones, hasta llegar al Estado de Derecho Constitucional, la literatura jurídica europea es abundante, véase: MUÑOZ MACHADO 2006, 321 y ss.

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

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

El conocimiento de paradigmas sea, bajo la forma de principios generales o de garantías jurídicas, no es un fenómeno exclusivo del derecho público contemporáneo ni del llamado neoconstitucionalismo. Basta recordar la formulación y desarrollo del principio de razonabilidad y del debido proceso adjetivo³⁸, para citar algunos de los principios que se desarrollaron en nuestro país bajo la influencia de las instituciones del derecho constitucional norteamericano. Algo similar ocurrió con los principios generales del derecho elaborados por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés³⁹ (v.gr. la igualdad ante las cargas públicas y la interdicción de la desviación de poder) fundados en la justicia o en la ley natural antes que del derecho positivo, los que también se proyectaron a nuestro derecho administrativo.

En Europa continental, incluso en algunos países antes de la sanción de los textos constitucionales de la posguerra, se inició un movimiento doctrinario y jurisprudencial que como reacción a los dogmas y carencias del derecho administrativo clásico, contribuyó a incorporar una serie de principios generales del derecho administrativo al sistema jurídico⁴⁰ (v.gr. el informalismo, los principios *pro libertate* y *pro actione*, la buena fe, etc.).

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

³⁸ LINARES, 1980.

³⁹ RIVERO 1959, 293 y WALLINE 2000, 72.

⁴⁰ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA 1984, 63 y ss.

En la continuación de ese proceso el llamado neconstitucionalismo europeo extremó la positivización de los principios y nuevos derechos mediante la instrumentación de un amplio catálogo de derechos sociales, y más tarde colectivos, estos últimos concebidos en función de la tutela de bienes comunes (v.gr. la protección ambiental) y de la democracia participativa (derecho de participación)⁴¹.

Algunos de esos nuevos principios y derechos plantean falsos dilemas a la hora de su interpretación. Fuera o no por razones ideológicas, un sector de la doctrina sostiene la operatividad directa de todos los nuevos principios y derechos incorporándolos al orden coactivo, como si fueran normas positivas, olvidando que una buena parte de ellos son mandatos de optimización, o según la terminología que utiliza la Corte, derechos fundamentales con operatividad derivada⁴² que, cuando implican obligaciones de hacer a cargo del Estado, están sujetos al control de razonabilidad⁴³. Ese proceso de transformación de los principios generales en normas coactivas, de contenido positivo, no ha perseguido siempre una finalidad garantista de los derechos y en ocasiones ha transgredido el principio de la razonabilidad económica⁴⁴.

Antes bien, la ideología ha procurado, imponer la prevalencia de los derechos colectivos sobre los derechos individuales, aun a costa de aniquilar

⁴¹ CELORRIO, 2011, 7 y ss. afirma que no hay contradicción entre los derechos civiles y políticos "correspondiendo una complementación integral de los mismos en la interpretación de sus alcances y de la debida protección.

⁴² GARCÍA BELAÜNDE, 2012, 697 y ss. habla de derechos incondicionados y condicionados; estos últimos requieren regulación legal y recursos económicos, es decir, que no son directamente operativos.

⁴³ En un caso reciente, en el que la madre de un hijo que padecía una grave discapacidad planteó una acción contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reclamando que se le reconociera y haga efectivo el derecho a una vivienda digna, la Corte hizo lugar a la pretensión ordenando al Gobierno de la Ciudad, el otorgamiento de las prestaciones de asistencia social y de salud y que garantizase a la actora, aun en forma no definitiva "un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología del niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la solución planteada". En este caso, si bien la Corte parte del reconocimiento de la operatividad efectiva de los derechos fundamentales, como es el derecho a la vivienda digna, precisa que esa operatividad no es directa, en el sentido de que todos los ciudadanos la pueden reclamar en sede judicial (considerando 11° *in fine*) sino una operatividad subordinada a su implementación por los poderes públicos (Legislativo y Ejecutivo), dado que existe "la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios y otros, así como los recursos necesarios" (considerando 11°, primera parte). Sin embargo, la Corte considera que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, con operatividad derivada, "están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial" (considerando 12° primera parte). (Cfr. en la causa "Recurso de hecho Q. C. S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", Fallos 335:452 [2012]).

⁴⁴ Por ejemplo, cuando se opone el derecho a la vivienda digna al derecho individual del propietario, sin declaración de utilidad pública ni el cumplimiento de las demás garantías de la expropiación (art. 17 CN).

el derecho a la vida⁴⁵ que, para el pensamiento iusnaturalista, representa un derecho absolutamente inviolable.

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

Los paradigmas que revisten fundamental relevancia en el derecho público, al configurar principios generales del derecho, se proyectan a la teoría del acto administrativo sobre el cual prevalecen⁴⁶. Muchos de ellos no son sino formulaciones evolucionadas de principios generales anteriormente reconocidos que tuvieron recepción positiva en los tratados internacionales integrantes de nuestro ordenamiento constitucional (art. 75 inc. 22, CN). Ello conduce a la necesidad de aplicar en nuestro derecho administrativo no solo las normas y principios de estos tratados sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁷.

VIII. Los nuevos paradigmas del Derecho Público. El principio *pro homine* y su función ordenadora. La interpretación más favorable (*in dubio pro libertate*).

Se trata de un principio sustantivo que se dirige tanto al agente público que dicta un acto administrativo como al juez que interpreta un principio, norma, o acto o contrato administrativo. En tales casos, la aplicación e interpretación de las normas debe orientarse hacia la solución que proteja en mayor medida a la persona⁴⁸ (física o jurídica)⁴⁹.

⁴⁵ MASSINI CORREAS 1999, 221, ilustra hasta donde llega la tesis que niega a la persona humana y sus derechos fundamentales. Al respecto, ha llegado a decirse que: "cuando el proletariado tome el poder puede ser perfectamente posible que ejerza contra las clases sobre los que ha triunfado, un poder violento, dictatorial e incluso sangriento; no veo que objeción puede hacerse a esto". Véase en: CHOMSKY y FOUCAULT 1976, 55-56.

⁴⁶ MORAND-DEVILLER 2013, 269, señala que los principios generales del derecho tienen un valor jurídico superior a cualquier clase de actos administrativos; Véase también: GAUDEMET 2012, 132-134.

⁴⁷ Ampliar en: ABERASTURY y GOTTSCHAU 2012, 95 y ss.

⁴⁸ Véase *Madorrán*, N° 330:1989.

⁴⁹ MAIRAL 2011, 43, se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos; anota que la protección de las personas jurídicas está contemplada en el art. 1° del Protocolo Adicional N° 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, que entró en vigor el año 1954. Asimismo, señala que en el derecho interamericano la doctrina considera que la protección comprende solo a las personas físicas y no a las personas jurídicas, no obstante algunos precedentes de la CIDH (casos Redio Nanduty vs. Paraguay (1987) y Cantos vs. Argentina (2001)). A favor de la protección de la persona jurídica: BIDART 2006, 39 y ss.

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

El principio obliga a interpretar en forma favorable a la persona las normas que reconocen o amplían los derechos humanos y, a la inversa, en forma restrictiva los que consagran limitaciones o restricciones⁵⁰, dado que el propósito del principio consiste en “preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos”⁵¹. Pero también amplía el ámbito de los derechos de la persona en cuanto a la exigibilidad de otros derechos humanos o fundamentales como el acceso a la información pública, la participación en la elaboración de los reglamentos y de los usuarios en los entes reguladores, la protección de los derechos de los consumidores⁵² y usuarios de servicios públicos⁵³, etc. Se ha sostenido que se trata de un “megaprincipio” cuyo sentido es orientar una dirección valorativa de razonamiento “en dirección de la protección de la persona”⁵⁴.

Claro está que es razonable argumentar que si el eje de la protección radica en la persona, el principio *pro homine* constituye un valor básico siendo el principio *in dubio pro libertate* (o *favor libertatis*) un derivado de aquel, dado que la autonomía o libertad del sujeto es un *prius* (aunque atado siempre a la responsabilidad personal), ya que la heteronomía y las limitaciones revisten siempre carácter excepcional. De este principio deriva la regla de que la Administración debe inclinarse siempre por la interpretación más favorable a la persona y el principio de que la buena fe del administrado siempre se presume, lo cual tiene particular incidencia en el ámbito tributario⁵⁵. La autonomía y la libertad deben prevalecer sobre la restricción que tiene que ser limitada y establecida como excepción a la regla de un modo razonable.

⁵⁰ GUTIÉRREZ COLANTUONO y JUSTO 2009, 15.

⁵¹ CIDH, Caso Comunidad Mayagma (Sumo) Awás Tingni c/Nicaragua, de fecha 31/8/2001, publicado en La Ley 2003-C-290, voto concurrente del juez García Ramírez (párrafo 2).

⁵² La protección de los consumidores y usuarios fue reglamentada a través de la ley 24.240 y sus modificatorias (Leyes 24.787, 24.999 u 26.361); véase PERRINO 2012, 365 y ss.

⁵³ DANÓS ORDÓÑEZ, 2011, 719 y ss. realiza una muy completa exposición del tema a la luz del art. 65 de la Constitución peruana.

⁵⁴ LORENZETTI 2008, 265.

⁵⁵ GONZÁLEZ PÉREZ 1986, 159 y ss.

Un claro supuesto que choca con los principios *pro homine*, *pro libertate* y buena fe, se encuentra en la interpretación que ha efectuado la doctrina y la jurisprudencia de la Corte a partir del caso "Almagro"⁵⁶, en torno al art. 18 de la LNPA que permite a la Administración revocar un acto regular "si el administrado hubiere conocido el vicio". Lo cuestionable no radica en extender la excepción a la revocabilidad del acto regular al acto irregular lo cual resulta lógico, dado que no puede haber una potestad de mayor extensión para revocar el acto que tiene un vicio menor (de nulidad relativa) que el que exhibe un acto irregular que afecta el orden público administrativo (nulidad absoluta). Lo cuestionable es presumir el conocimiento del vicio por parte del administrado porque ello va en contra de los mencionados principios que predicán la regla inversa y de la cual se desprende que la carga de la prueba y la de imputar el vicio al administrado es responsabilidad de la Administración⁵⁷. En tales supuestos, debe requerirse, al menos, una participación voluntaria del administrado, o bien, que el vicio le sea imputable⁵⁸ o que exista dolo del administrado⁵⁹.

En el campo del derecho penal, el principio *in dubio pro reo* encarna el principio *pro homine* en cuanto asigna prevalencia –en caso de duda– a la protección de la libertad, habiéndose sostenido que "por las características propias que hacen a la esencia de la interpretación misma de la ley penal, el principio de menor reprochabilidad debería prevalecer sobre cualquier otro, de acuerdo a una teoría garantística y, fundamentalmente, para proteger la imparcialidad del juzgador"⁶⁰.

Conclusiones

El nuevo escenario que presenta el moderno constitucionalismo plantea la necesidad de renovar las antiguas concepciones para adaptarlas a los cambios producidos en el derecho público, particularmente en el derecho administrativo.

Las principales conclusiones que se desprenden del nuevo constitucionalismo se centran en el cambio radical producido en el sistema de las fuentes del derecho público, en la que los principios generales del derecho asumen un papel relevante teniendo como eje el principio de la dignidad de la persona del cual derivan todos los demás principios y derechos de los ciudadanos frente al Estado.

⁵⁶ Véase Almagro con Universidad Nacional de Córdoba, N° 321:170.

⁵⁷ GUTIÉRREZ COLANTUONO y JUSTO 2009, 82. sostiene que una consecuencia fundamental del principio "consiste en desplazar hacia el Estado la carga argumentativa y probatoria sobre la validez y la aplicabilidad de una determinada restricción a un derecho", con cita del fallo Hooft de la Corte Suprema (Fallos: 237:5118, considerando 3) de 2004.

⁵⁸ GORDILLO 1979, VI-18.

⁵⁹ CASSAGNE 2009, 384.

⁶⁰ WAGNER 2014, 10-2135.

Esa nueva estructuración de las fuentes significó la prevalencia de los principios generales del derecho sobre las leyes y, al propio tiempo, la potenciación de la función del juez en el proceso de interpretación y aun de creación del derecho.

En el plano de la filosofía del derecho el vacío que ha dejado la caída del positivismo ha sido cubierto por nuevas escuelas que brindan variadas herramientas interpretativas entre las que destacan los valiosos aportes hechos por la nueva escuela del derecho natural (NEON), especialmente a partir de la obra de John FINNIS, que ha provocado la adhesión de un movimiento jurídico tan firme como extenso basado en las ideas de justicia y respecto de los derechos fundamentales.

Bibliografía citada

- ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef (coord.), (2012). "La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo: márgenes de discrecionalidad y de apreciación". En: *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa* (Buenos Aires, Editorial Universidad de Buenos Aires), pp. 21-51.
- ABERASTURY, Pedro y GOTTSCHAU, Patrizia E. (2012). "Interrelación del derecho supranacional en el procedimiento administrativo nacional". En: *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa* (Buenos Aires, Editorial Universidad de Buenos Aires) pp. 79-117.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (2009). *Reflexões sobre Direito Administrativo* (Belo Horizonte, Editorial Forum), pp. 333.
- BARRA, Rodolfo Carlos (2010). "La libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema". En: *Gordillo, Agustín (Dir.), Derecho Administrativo. Doctrinas esenciales, Tomo I, La Ley*, pp. 1171 - 1181.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (2006). *Teoría General de los Derechos Humanos*. (Buenos Aires, Astrea), pp. 464.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2016). *Curso de Derecho Administrativo*. (Buenos Aires, La Ley Tomo I, 11ª ed.), pp. 1888.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2009). *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada* (Buenos Aires, La Ley), pp. 551.
- CASSAGNE, Juan Carlos (1993). *La huelga en los servicios esenciales* (Madrid, Civitas), pp. 220.
- CELORRIO, Hernán (2011). "Derechos sociales y tutela judicial". En: *Estudios de Derecho Administrativo, N° 3, La Ley*, pp. 471-485.
- CHOMSKY, Noam y FOUCAULT, Michel (2006), *La naturaleza humana: ¿justicia o poder?* (Buenos Aires, Editorial Katz) 93 pp.
- COVIELLO, Pedro J. J., "Los principios y valores como fuentes del Derecho Administrativo". En: *Cuestiones del Derecho Administrativo, RAP*, Buenos Aires, pp. 753.
- COVIELLO, Pedro J. J. (2004). *La protección de la confianza del administrado* (Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo Perrot), pp. 494.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (2011). "La protección de los derechos de los consumidores y usuarios en el derecho peruano". En: *Congreso Internacional de Derecho Administrativo* (El Salvador, X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo).
- DALLA VÍA, Alberto Ricardo (2011). *Manual de Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed.), pp. 609.
- FINNIS, John (2000). *Ley natural y derechos naturales* (Buenos Aires, Depalma), pp. 756-761.
- García Belaúnde, Domingo (2012). "El Estado Social re-visitado", En: *ReDA N° 81*, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot), pp. 193-209.

- García de Enterría, Eduardo (1984). "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho". En: *Revista española de Derecho Constitucional* N°11, pp. 249-254.
- Gaudemet, Yves (2012). *Droit Administratif* (París, LGDJ, 20ª ed.), pp. 132 -134.
- González Pérez, Jesús (1983). "El método en el derecho administrativo", En: *RAP* N°22, pp. 11-98.
- González Pérez, Jesús (1983). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. (Madrid, Civitas), pp. 147.
- González Pérez, Jesús (1986). *La dignidad de la persona* (Madrid, Civitas 1ª ed.), pp. 288.
- Gordillo, Agustín (1979). *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Tomo 3, 3ª ed., Macchi), pp. VI-18.
- Gutiérrez Colantuono, Pablo Ángel y Justo, Juan Bautista (2009). *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos* (Buenos Aires, Abeledo Perrot), pp. 288.
- KUHN, Thomas (2002). *La estructura de las revoluciones científicas* (Argentina, Fondo de Cultura Económica), pp. 179-190.
- Laje, Alejandro (2014). *Derecho a la intimidad. Su protección en la sociedad del espectáculo*. (Buenos Aires, Astrea), pp. 288.
- Linares, Juan Francisco (1980). *La razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina* (Buenos Aires, Astrea, 2ª ed.), pp. 241.
- Lorenzetti, Ricardo Luis (2008). *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho* (Santa fe, Rubinzal Culzoni), pp. 512.
- Mairal, Héctor A. (2011). "Hacia una noción más acotada del acto administrativo". En: *RAP* 2011-1 y 2, *RAP*, Buenos Aires, pp. 509-556.
- Marienhoff, Miguel S. (1993). *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tomo II, 4ª ed.), pp. 493.
- Massini Correas, Carlos Ignacio (1999). *El derecho natural y sus dimensiones actuales* (Buenos Aires, Ábaco), pp. 241.
- Morand-Deviller, Jacqueline (2013). *Cours de Droit Administratif* (París, LGDJ, 13ª ed.), pp. 814.
- Perrino, Pablo E. (2012). "La responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos privatizados frente a los usuarios, en Aportes para un Estado eficiente" en *V Congreso Nacional de Derecho Administrativo del Perú*, Palestra. (Lima, Asociación Peruana de Derecho Administrativo).
- Rabbi-Baldi Cabanellas, Renato (2008). *Teoría del Derecho* (Buenos Aires, Ábaco), pp. 385.
- Rivero, Jean (1951). "Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo". En: *RAP*, N°6, Madrid, pp. 289-300.
- Rusciano, Mario (1988). "Lo sciopero nei servizi essenziali". En: *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, N° 39, Milán, pp. 376.
- Sammartino, Patricio Marcelo E (2012). "Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho", En: *ReDA* N° 81, Abeledo Perrot, Buenos Aires, punto 2.3., pp. 719-740.
- Santiago, Alfonso (2008). *Neoconstitucionalismo* (Buenos Aires, Separata de Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas), pp. 132-155.
- Tobías, José W (2012). *Persona y mercado* (Buenos Aires, LL 2012-B, 632, Suplemento de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires).
- Toller, Fernando (2006). "Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos". En: *Cianciardo, Juan (Coord.) La interpretación en la era del neo-constitucionalismo* (Abaco, Buenos Aires), 456 pp.
- Vandelli, Luciano (2015). *Papeles y papeleo. Burocracia y literatura*. Traducción del italiano con prólogo de Muñoz Machado, Santiago. (Madrid, El Cronista, Fundación Alfonso Martín Escudero y lustel, 1ª ed.), pp. 327.
- Vigo, Rodolfo (2000). *Los principios jurídicos* (Buenos Aires, Depalma), pp. 225.
- Villey, Michel y Finnis, John (2003). *El iusnaturalismo actual* (México, Distribuciones Fontamara), pp. 208.

- Wagner, Federico (2014), "In dubio pro reo como límite a la interpretación de la ley penal", en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal 2014*, pp. 2135-2143.
- Waline, Jean (2000). *Droit Administratif* (París, Dalloz 18ª ed. Actualizada), pp. 72.
- Waline, Marcel (2002). *Droit Administratif* (París, Dalloz, 19ª ed.), pp. 64 - 66.

Jurisprudencia citada

- MADORRÁN, EXPEDIENTE N° 330, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, AÑO 1989.
- COMUNIDAD MAYAGMA (SUMO) AWAS TINGNI V/S NICARAGUA. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 31 DE AGOSTO DE 2001.
- ALMAGRO GABRIELA CON UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA, EXPEDIENTE N° 321:170, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, 17 DE FEBRERO DE 1998.