

ano 13 - n. 54 | outubro/dezembro - 2013
Belo Horizonte | p. 1-266 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Crísthiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá
em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo¹

Pedro José Jorge Coviello

Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Profesor Titular ordinario de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Director de la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo Económico de la misma Universidad. Director del Suplemento Derecho Administrativo del periódico jurídico *El Derecho*.

Resumen: El artículo presenta una fundamentación iusnaturalista del Derecho Administrativo. Basado en una perspectiva filosófica de Derecho Natural, el estudio examina desde una visión teológica tres pilares —la persona humana, el Derecho y el Estado— para después relacionarlos en una aplicación iusnaturalista al Derecho Administrativo.

Palabras-clave: Iusnaturalismo. Derecho Natural. Derecho Administrativo. Dignidad de la persona humana.

Sumario: Introducción – I Una visión integral – II La persona humana – III El Derecho – IV El Estado – V La aplicación iusnaturalista al Derecho Administrativo – Conclusión

O testimonium animae naturaliter Christianæ!
(Tertuliano)²

Introducción

Hace más de una década publiqué en la revista *El Derecho* un trabajo en el que traté la concepción cristiana del Estado de Derecho,³ que nuestro querido

¹ El presente trabajo es la versión modificada y actualizada del que presenté para el libro *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira*, que, bajo la dirección del profesor Juan Carlos Cassagne, publicó la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el año 2009. He mantenido lo esencial, sobre todo en lo que es mi sentimiento a nuestro querido amigo, hermano y maestro Julio Comadira.

² Quinto Septimio F. Tertuliano: *Apologeticum*, XVII, 6, edición bilingüe, Société d'édition "Les Belles Lettres", París, 1929, p. 40. Hay trad. esp.: *Apología contra los gentiles*, trad. esp. de Fr. Pedro Manero, edit. Espasa, Buenos Aires, 1947, cap. XVII.

³ "Concepción cristiana del Estado de Derecho", ED, 129-923.

amigo y maestro Julio Rodolfo Comadira distinguió siempre con su elogio y cita generosa. Años después, en la revista *Prudentia Iuris*, de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, en el número 56, del año 2002, que fue dedicado al Derecho Administrativo y al Derecho del Mar, publiqué otro artículo que lleva mismo el título del presente. Este último trabajo estuvo inspirado en la necesidad de demostrar que los principios que nutren al Derecho Administrativo pueden perfectamente ser explicados a partir de la visión filosófica que ha guiado mi pensamiento jurídico desde hace más de cuarenta años, cuando ingresé a dicha Universidad, y que me enseñaron ilustres maestros, comenzando por Werner Goldshmidt y Abelardo Rossi, en el año 1967.

Fue precisamente dicho pensamiento el que nutrió también a Julio Comadira y que juntos compartimos, no sólo en su visión iusfilosófica, sino también, y fundamentalmente, en la fe que da sentido a nuestra vida. Pretendimos, en ese marco, dar razón de esa fe compartida en nuestro trabajo y sobre todo en la exposición del Derecho Administrativo, en la convicción de que no por ello tornábamos esa creencia en un fundamentalismo negador de otros pensamientos de similar raigambre ética. Si se quiere, era buscar lo que nos unía a nuestros prójimos que no compartían la misma religión u ostentaban una neutralidad religiosa, pero con quienes teníamos los mismos valores.

La idea que da vida a tal propósito expositivo a partir del Derecho Natural, es que la manifestación del Creador el hombre la aprehende de la realidad, y que allí descubre los valores ínsitos en el Derecho. Esto implica sostener que hay una filosofía, pensamiento o religión que está bajo la capa de una convicción jurídica. Pese a que un distinguidísimo jurista alguna vez, y con bonhomía paternal, me criticó que hubiera partido en aquel primer trabajo de la Doctrina Social de la Iglesia para sustentar instituciones iuspublicistas, lo cierto es que la experiencia indica que tras todo pensamiento jurídico anida una idea de la realidad, una visión del mundo o una filosofía.⁴ Me alegró, años más tarde de su publicación, leer que alguien como el maestro Couture coincidió mucho antes con tal idea.⁵

⁴ “A ningún hombre, en cuanto ser consciente, puede faltarle una representación de su contorno vital. El hombre no está en el mundo en un sentido meramente topográfico. Su estar en el mundo es, fundamentalmente, un estar humano, esto es, *ante* él. El hombre no se limita a ser tenido o cobijado por el mundo, sino que, a su vez, tiene a éste de una cierta manera: como ‘objeto total’”. Millán Puelles, Antonio: *Fundamentos de Filosofía*, 4ª ed., edit. Rialp, Madrid, 1966, p. 54.

⁵ “Es que en la vida de todo jurista hay un momento en que la intensidad del esfuerzo en torno a los textos legales, conduce a un estado particular de insatisfacción. El derecho positivo se va despojando de detalles y queda reducido a una ciencia de grandes planos. Pero a su vez, estos grandes planos reclaman un sustento que no les puede dispensar la propia ciencia. El jurista

No se niega que quien esto escribe tiene un pensamiento y una convicción religiosa.⁶ Pero, más allá de ese pensamiento que me sostiene, creo que no es posible que la fe, cualquiera que sea la religión de las personas, o toda filosofía o visión del mundo que se tengan, y que estén enraizadas en valores éticos,⁷ se desliguen de la vida familiar y comunitaria, la vida diaria en definitiva, comprendiendo en ésta la actividad profesional, científica o académica.⁸ Por ello, apoyarse en la religión —*no me refiero únicamente a la católica* (o la de aquellos que, orgullosamente, protestan que gracias a Dios son ateos; incluso los agnósticos)— es la mejor manera de dar razón última del pensamiento científico.⁹

De esta forma, la cuestión no está en decidir si tal o cual decisión o actividad iusadministrativa es correcta técnicamente según nuestra fe —la fe no es una técnica—, sino si ella es *moralmente correcta* a la luz del Derecho Natural. Y, así, los valores jurídicos toman razón del principio que les da entidad.

advierte entonces como si la tierra la faltara bajo los pies, y clama por la ayuda de la filosofía. La más grande de las desdichas que le pueden ocurrir a un estudioso del derecho, es la de no haber sentido nunca su disciplina en un estado de ansia filosófica. O mejor aún: en un estado de ansia por no haber comenzado por una plena formación filosófica, para llegar después de ella al trabajo menudo de su ciencia. No hay estado de plenitud científica si no se llega a tocar esta línea límite de una rama particular." Eduardo J. Couture, *Prólogo* a la obra de James Goldschmidt: *Problemas generales del derecho. Obra póstuma*, edit. Depalma, Buenos Aires, 1944, p. IX.

⁶ El padre Leclercq enseña que "[a] defender las verdades tradicionales, ¿no defendemos [los pensadores católicos] un patrimonio sagrado que nos es especialmente amado, un patrimonio de pureza, nobleza y dignidad moral, un conjunto de verdades que sabemos que son las únicas capaces de asegurar la felicidad del hombre?". Jacques Leclercq: *El Derecho y la sociedad. Sus fundamentos*, trad. esp., edit. Herder, Barcelona, 1965, p. 11).

⁷ "No olvido que los hombres extranjeros a la filosofía cristiana pueden tener un sentido profundo y auténtico de la persona humana y de su dignidad, y hasta mostrar a veces en su conducta un respeto práctico de esa dignidad que muy pocos sabrían igualar." Jacques Maritain: *Los derechos del hombre y la ley natural*, trad. esp., edit. Dédalo, Buenos Aires, 1961, p. 15. "No hay religión perfecta sin moral, ni hay moral perfecta sin religión." Jacques Leclercq: *Derechos y deberes del hombre. Según el derecho natural*, edit. Herder, Barcelona, 1965, p. 26, n. 1.

⁸ "... algunos científicos, carentes de toda referencia ética, tienen el peligro de no poner ya en el centro de su interés la persona y la globalidad de su vida. Más aun, algunos de ellos, conscientes de las potencialidades inherentes al progreso técnico, parece que ceden, no sólo a la lógica del mercado, sino también a la tentación de un poder demiúrgico sobre la naturaleza y sobre el ser humano mismo". Juan Pablo II, encíclica *Fides et ratio*, N° 46.

⁹ "Sin su referencia a Dios, el hombre no puede responder a los interrogantes fundamentales que agitan y agitarán siempre su corazón con respecto al fin y, por tanto, al sentido de su existencia. En consecuencia, tampoco es posible comunicar a la sociedad los valores éticos indispensables para garantizar una convivencia digna del hombre. El destino del hombre sin su referencia a Dios no puede menos de ser la desolación de la angustia que lleva a la desesperación." Discurso del Papa Benedicto XVI durante su visita a la Universidad Gregoriana de Roma, el 03.11.2006 (*L'Ossevatore Romano* del 10.11.2006).

Es desde tal perspectiva que he pretendido dar sentido al Derecho Administrativo, sin perjuicio —insisto— de buscar siempre aquello que hay de verdad en el pensamiento de otros autores pertenecientes a otra religión o carecen de una fe o creencia religiosa particular sustentan, sin embargo, su doctrina en perennes valores humanos compartidos y en la defensa de los derechos de la persona.¹⁰

I Una visión integral

Todo estudio que con profundidad se pretenda llevar a cabo sobre el Derecho Administrativo —como, en realidad, de cualquier rama del Derecho— necesita partir de la raíz primaria del destinatario final de sus principios y normativa: la persona humana. En efecto, nuestra materia, como bien la ha descrito el profesor González Navarro es un derecho para la libertad.¹¹ Por lo tanto, si se pretende describir los pilares fundamentales sobre los que se asienta el Derecho Administrativo, es preciso, indefectiblemente, y aunque no se los mencione expresamente, partir de los principios iusfilosóficos que dan sustento a las creencias del investigador.

1. Si no se parte de ese compuesto liminar del material que se investiga, se construiría sin contar con los cimientos últimos que dan razón a las instituciones iusadministrativas. Olvidar ésto es, en definitiva, olvidar al hombre, puesto que una cultura no se forja sin una visión ética de la persona humana, enraizada en valores comunes.¹² Estos dos últimos siglos han sido testigo elocuente de ello: la

¹⁰ Utilizando palabras de Maritain refiriéndose a entrañables amigos judíos asesinados en los campos de muerte del demonio hitleriano, podemos decir que así como hay “israelitas puros y admirables cristianos de corazón” (ver el prólogo a la obra del padre John M. Oesterreicher: *Siete filósofos judíos encuentran a Cristo*, trad. esp., edit. Aguilar, Madrid, 1961; en realidad el título en inglés de esta obra es *Walls are crumbling, esto es, Cristo “derrumbó” la pared que dividía los dos pueblos judíos y paganos, como dijo Pablo*), puede haber también ateos o agnósticos, cristianos de corazón. La frase de Tertuliano que constituye el epígrafe de la presente monografía va en tal sentido, y la utilizó el gran médico judío Viktor Frankl a un sacerdote católico, cuando éste le había dicho que una afirmación suya era tomismo puro.

¹¹ “[C]reo que el derecho es para la libertad. Sobre todo el derecho administrativo que es el derecho del poder y que precisamente en esa finalidad encuentra su justificación.” Francisco González Navarro: *Derecho Administrativo Español*, t. I, 1a. ed., EUNSA, Pamplona, 1987, p. 40.

¹² “El valor del derecho no es solamente una teoría. Por debajo de todos sus temas está implicado el destino mismo del hombre. La concepción que defendemos, además de testigos, tiene mártires.” Sebastián Soler: *Los valores jurídicos*, Buenos Aires, 1948; separata de la Revista Jurídica de Córdoba, Año 1, Núm. 2. Las palabras del gran maestro argentino, sin bien fueron escritas en el marco de lo que constituía su pensamiento filosófico —ajeno al iusnaturalismo aquí expuesto—

cuestión social, las dos trágicas guerras, el comunismo y sus distintas variantes, el nacionalsocialismo, el fascismo, el holocausto, los *gulags*, los fanatismos religiosos, el terrorismo —en cualquiera de sus facetas— y sus víctimas, etc., son en definitiva, consecuencias de esa visión que se tiene del hombre, esto es, si es un *individuo*, un engranaje de la gran máquina estatal, un absurdo, una realidad inmanente o un ser fatalmente destinado por un dios antojadizo y voluble.¹³

2. El ordenamiento jurídico administrativo lleva ínsito en su entramado normativo la concepción de tres nociones que son básicas en el Derecho: la concepción sobre la persona humana, sobre el Derecho y sobre el Estado. Esas tres nociones básicas permiten dar contenido y, por ende, su entidad, al Derecho Administrativo, al cual se agregarán, posteriormente sus instituciones propias. Sin establecer cuál es la concepción sobre esas tres nociones, es impensable concebir un andamiaje jurídico administrativo, puesto que, como antes se apuntó, le faltaría su basamento.

No son admisibles aquí posturas meramente técnicas. La técnica, es cierto, es indispensable desde el punto de vista práctico y es la que permite superar los obstáculos que impiden el desarrollo humano. Pero reducir a mera técnica el Derecho Administrativo, estudiando formalmente sus instituciones, es quitarle su alma, su ser, a esta rama del Derecho y llevaría a su deshumanización, como ha ocurrido en otras ciencias que se han constituido en, simplemente, “técnicas”, más

poseen, no obstante, aquello de verdadero que hay que buscar en todo pensamiento y que conforma, en definitiva, la unidad del género humano a través de ideas y principios compartidos. Giorgio del Vecchio escribió en igual sentido este profundo pensamiento: “El hombre es la *sustancia* de todo Derecho, y el individuo y sus connaturales exigencias son la originaria e intrínseca razón de los órdenes sociales. La cualidad de persona jurídica no llega al hombre por una concesión de los órganos del Estado, sino, por el contrario, el Estado tiene por supuesto suyo el Derecho del individuo. El Derecho positivo que se revela mediante formas y datos exteriores, se halla, por lo tanto, subordinado a otro Derecho cuyo fundamento está en la naturaleza humana y es directamente conocido por la razón.” *Persona, Estado y Derecho*, trad. esp. de Manuel Fraga Iribarne, Madrid, 1957, p. 26 y 27.

¹³ Viktor Frankl, al referirse a la cuestión del sentido de la vida y al rol que correspondía al terapeuta, sostuvo un pensamiento que se oponía a lo que podríamos llamar el determinismo freudiano: “Lo que hace falta es que sepamos hablar y responder a nuestros enfermos, que aprendamos a entrar en la discusión, a afrontar la lucha con los medios adecuados, es decir, con armas espirituales. [...] A un problema clara y netamente ideológico no podemos contestar, en modo alguno, invocando supuestas razones ocultas de orden patológico, ni afirmando las consecuencias enfermizas de las cavilaciones filosóficas. Intentar proceder así valdría tanto como rehuir una crítica inmanente, equivaldría a abandonar el plano en que el problema se plantea —el plano espiritual—, en vez de permanecer en él, afrontando y sosteniendo con armas espirituales la lucha en torno a una actitud espiritual.” *Psicoanálisis y existencialismo*, trad. esp., 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1952, p. 25-26.

que “prácticas”.¹⁴ No vale aquí el *pensiero devole* que postula un relativismo total y sin compromiso.

3. La trilogía clásica de todo régimen político en el cual se inserta el Derecho Administrativo se constituye con las ideas de orden, poder y libertad¹⁵ que conducirán en definitiva a su cualificación como un régimen justo o injusto. Si se quiere, esa trilogía se puede reducir a la metáfora jurídica de la tensión entre libertad y autoridad, conformadoras de lo que en la doctrina nacional y extranjera se ha dado en llamar “régimen administrativo” —antes rotulado “régimen exorbitante”—, esto es, el equilibrio entre las prerrogativas de poder público y las garantías personales.¹⁶ En definitiva, el enfoque que se dé a los aspectos señalados dependerá de la visión que se tenga de aquellas nociones.

Merece traerse aquí el pensamiento de Ernst Forsthoff que es coincidente con el aquí sostenido:¹⁷ “[l]a moderna doctrina del Estado no considera más al

¹⁴ Sobre esta distinción fundamental, ver: Derisi, Octavio Nicolás, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, 1a. ed., Instituto de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1941, p. 242 y ss. Ver también: Domingo Basso, O.P.: *Acerca del conocimiento especulativo y del conocimiento práctico*, publicado en *Prudentia Iuris*, XIV-5.

El Papa Benedicto XVI dijo en la Academia Pontificia de Ciencias que “la ciencia, aunque es generosa, da sólo lo que puede dar. [...] La ciencia no puede sustituir a la filosofía y a la revelación, dando una respuesta exhaustiva a las cuestiones fundamentales del hombre, como las que atañen al sentido de la vida y la muerte, a los valores últimos, y a la naturaleza del progreso mismo” (*L'Osservatore Romano* del 17.11.2006).

¹⁵ “Los elementos de la sociedad política son las creencias relativas al orden, al poder, a la libertad y al justo equilibrio de estas tres fuerzas espirituales.” Maurice Hauriou: prefacio al *Précis de Droit Constitutionnel*, 1ª. ed., edit. Sirey, París, 1923. Estas ideas de Hauriou fueron incluidas en una obra que compendió distintos trabajos del autor (entre ellos la teoría de la insitución): Maurice Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la nouvelle journée, Librairie Bloud & Gay, París, 1933. Ver igualmente: Félix Sarria: *Derecho Administrativo*, 2.ª ed., edit. Assandri, Córdoba, 1961, p. 7.

¹⁶ “El Derecho administrativo parece albergar en su seno, desde sus orígenes, una contradicción irreductible. Por una parte, a él se debe la creación de un sistema de garantías jurídicas del particular frente a la Administración que forman hoy parte entrañable de su esencia; por otra, el Derecho administrativo ha sido instrumento sutil de justificación jurídica de la prerrogativa administrativa.” Fernando Garrido Falla: *La Administración y la ley*, Revista de Administración Pública Nº 6, edit. Instituto de Estudios Políticos, p. 138. Cassagne, de su lado, agregó: “El sistema del Derecho Administrativo debe articularse dentro de un equilibrio permanente entre prerrogativas y garantías, entre autoridad, por un lado, y libertad y propiedad por el otro.” Cfr.: Cassagne, Juan Carlos: *Derecho Administrativo*, t. I, prefacio a la 2.ª ed., edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983. Este autor, en la 8ª edición de dicho tratado (Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 122), tornó la denominación hacia “régimen administrativo”. Ver también: Barra, Rodolfo Carlos: *Principios de Derecho Administrativo*, edit. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 153 y ss.

¹⁷ Pese a que no puedo dejar de apuntar algunos reparos hacia el autor, dada su vinculación con el nazismo, durante esa época nefasta de la historia de la humanidad. Ello se puede apreciar en la obra *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: coincidencias y confidencias*, de Francisco Sosa Wagner, Marcial Pons, Madrid, 2008, que comenté en *El Derecho serie especial Administrativo*, 2009-773.

hombre sino que lo abandona al teólogo, al sociólogo, al psicólogo o al estudioso de doctrinas morales. Ella se ha tornado en una doctrina del Estado sin virtud [...] Se olvida así que ningún normativismo puede ser por sí solo decisivo en sentido positivo o negativo, y que la doctrina de derecho natural de un Tomás de Aquino no puede ser separada de su doctrina de la virtud, de la cual hoy se habla muy poco”¹⁸

Por ello, pues, el primer aspecto a tener en cuenta será *la persona*. La concepción que de ella se tenga demarcará los alcances de la visión del Estado y la sustancia del ordenamiento jurídico. Ese estudio de la persona parte de su dimensión individual y social, esto es, inserida en el mundo. Por tanto, no puede estudiarse el Estado ni el Derecho sin exponer qué lugar ocupa conceptualmente la persona humana.

II La persona humana

La dignidad humana es el primer valor a tener en cuenta cuando se estudia la persona. La palabra *dignidad* proviene del latín *dignitas* que significa, en una de sus acepciones, mérito o consideración, y en otra, cargo público. En el diccionario de la Real Academia Española se lee que, en coincidencia con su raíz latina, ella puede mentar —en lo que aquí nos interesa— la calidad de digno (1ª acepción) y excelencia o realce (2ª acepción).¹⁹

¹⁸ *Lo Stato moderno e la virtù*, publicado en su obra *Stato de diritto in trasformazione*, edit. Giuffrè, Milán, 1973, p. 12.

¹⁹ Tomados de la XXI edición, edit. Espasa-Calpe, Madrid, 1992. Sobre el sentido y origen de la locución “dignidad humana”, ver: Alvaro D’Ors: *La llamada “dignidad humana”*, LL, 31.07.80. Este autor da un sentido sobrenatural a la dignidad, al considerar que ella proviene de la pertenencia del cristiano a la Iglesia por obra de la filiación divina recibida en el Bautismo; a tal dignidad opone la natural, de raíz kantiana, según la cual aquélla de corresponde al hombre por ser tal, por ser un fin en sí mismo. El autor entiende que la tradición cristiana dio a la dignidad humana el sentido sobrenatural, sentido que, a partir del Concilio Vaticano II se tornó hacia una interpretación natural, cuando, entre otros documentos, en *Gaudium et Spes* se sostiene que “la dignidad humana requiere que el hombre actúe según su conciencia y libre elección” (Nº 17), al tiempo que en el mismo documento (Nº 16) se recuerda que esa dignidad consiste en la obediencia a la ley que Dios ha escrito en el corazón humano, de modo que esa dignidad tiene a Dios como su fundamento y perfección (Nº 21).

Las afirmaciones del autor español fueron replicadas por Bidart Campos en el artículo *La dignidad del hombre (natural o sobrenatural)*. *Comentarios a una tesis de Alvaro D’Ors*, LL, 17.09.80, quien respondió que siendo el hombre persona tiene una dignidad natural que es inherente a su esencia, porque “negar que ontológicamente todos los hombres tienen una común dignidad natural básica, es dejar sin quicio a los derechos de la persona”, sin que ello signifique desconocer que a esa dignidad natural se añade, por el Bautismo, la sobrenatural.

1. La dignidad de la persona humana deriva de sus más íntimos y específicos componentes de *racionalidad, libertad y apertura a su dimensión trascendente*, puesto que *tiene fines que cumplir*, aspecto este último del cual no es lícito prescindir o desentenderse.²⁰

La persona, entonces, al buscar su perfección, adquiere una *personalidad*, esto es, una cualidad, nunca lograda en plenitud, que adjetiva a la persona, cualificándola en grado superior, lo que implica una realización y perfeccionamiento *moral*. Es decir, la perfección de la persona humana en este mundo se ubica en la dimensión del obrar, que es el campo de la moral.

Si, entonces, la personalización del hombre se manifiesta en el mundo del obrar, síguese que debe gozar de una autonomía para escoger los medios que le permitan la obtención de sus fines naturales: esa autonomía es la *libertad*. Lógicamente, la libertad, que realza aún más al hombre, y cuya raíz es, según santo Tomás, la inteligencia,²¹ no debe entenderse en forma absoluta,²² sino restringida, o sea, como poder de obrar en orden a la consecución del Fin último e intermedios naturales, conforme los dictados de la naturaleza.

De este modo, la persona es lo más perfecto en toda la naturaleza, y de allí, entonces, el fundamento de su dignidad.²³ Ésto, más allá de las creencias personales, constituye una realidad que quienes descendemos de la misma raíz cristiana, no podemos negar.²⁴ Por ello, por su relación filial con su Creador, la naturaleza humana acredita títulos suficientes para ser cualificada como *digna*.²⁵

²⁰ Ezcurra Lavigne, José A., S.I.: *Curso de derecho natural. Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos (parte general)*, edit. Reus, Madrid, 1987, p. 27.

²¹ *De veritate*, q. XXIV, a.2, in c.

²² Contrariamente, la libertad absoluta conduce en definitiva a la limitación de la libertad personal y la de las otras personas.

²³ Santo Tomás: *Suma teológica*, 2-2, q. 29, a. 3, y q. 32, a. 5.

²⁴ No podemos olvidar tampoco que el cristianismo se une filialmente a una común raíz judía. Por ello, más allá de las respetables actitudes respecto a la figura de Cristo, no cabe duda que el cristianismo y el judaísmo sostienen —con sus lógicas particularidades— valores de la misma raíz ética, que son, en definitiva, de trascendencia fundamental para la visión del Derecho y del Estado. Edith Stein, santa Teresa Benedicta de la Cruz, religiosa carmelita de origen judío, asesinada en Auschwitz el 9 de agosto de 1942, en una carta dirigida a un familiar el 17 de octubre de 1936 le agradecía fervorosamente el envío de un libro de oraciones del pueblo hebreo, que ella había utilizado luego de bautizada para rezar una oración en especial, agregando: “Le volví a abrir de nuevo por la misma oración y encontré una vez más la misma fe, que nos es tan connatural y que constituye mi apoyo. No es esta fe algo ajeno al judaísmo...”. *Selección Epistolar de Edith Stein*, edit. Monte Carmelo, Madrid, 1976.

²⁵ “[E]l mismo Dios ha venido al mundo y, asumiendo la naturaleza humana, ha corroborado la semejanza divina impresa en el alma humana, testimoniando con ello que el valor de la persona (‘dignidad personal’), consecuencia de su alma espiritual, es superior a cualquier valor terreno,

2. El hombre a través de su actividad en el mundo pone de manifiesto su existencia personal. La existencia es, a su vez, la manifestación del ser. Ahora bien, la manifestación del ser implica un movimiento dirigido a una superación que se denominará perfección. Esa perfección está dada por la puesta en acto de todas sus potencias. Significa, en definitiva, la consecución de un fin impreso desde su creación en el mismo ser. En este sentido, todo ser animado tiende a actuar sus potencias en orden a cumplir acabadamente los fines último e intermedios a que su naturaleza está llamada por su Creador.

Los *finés existenciales*, denominación que engloba el Fin último o trascendente y el fin inmanente, intermedio o secundario²⁶ son los que dan su razón a toda ciencia e institución humanas y fijan el marco de actuación de los poderes públicos, sea en sentido positivo como negativo. Apartarse de ellos significaría quitar toda base ética a la ciencia y al ejercicio del poder.

III El Derecho

El Derecho es una realidad, anterior al Estado. Es preciso advertir que el orden seguido hasta ahora no sólo es lógico, sino también moral. Parte de la convicción del carácter entrañable de la relación persona-Derecho. Para que éste exista es necesaria la presencia del *querer*, producto de la voluntad humana. Pero ese querer encuentra su límite —en definitiva la regulación de la libertad en orden al bien común— en la imposición de normas que, en principio, son heterónomas, externas a él. Ellas configuran —genéricamente hablando— el Derecho.

1. En dicha inteligencia, el ser humano en su desarrollo, luego de conocer ese pequeño mundo que es su familia, aprehende que existen *normas* que debe cumplir en orden a *algo*. Y así como se da en la vida de toda persona, otro tanto ha ocurrido en la evolución de la humanidad, en la medida que las distintas formas adquiridas por la comunidad humana para organizar su existencia partieron de reglas que les venían impuestas por la propia naturaleza o por la tradición.

Es decir, al conformar las comunidades y establecer las reglas —o si queremos, *lato sensu*, el “derecho”— a que estarían sometidas, ellas no surgieron espontáneamente o como producto del “acuerdo” constitutivo, aunque posteriormente se pudieran instituir como consecuencia de un pacto sustentado en

de modo que no pueden equipararse la sociedad, el Estado, la nación, la raza y ni siquiera el mundo entero.” Johannes Messner: *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, edit. Rialp, Madrid, 1967, p. 18.

²⁶ Se recoge aquí la denominación que da Messner, ob. cit., p. 39 y ss.

convicciones o valores previos.²⁷ Es decir, si una comunidad política se constituyó como consecuencia de un acuerdo fundacional, la raíz de las reglas constitutivas se sustentaba en las creencias que habían conformado al grupo humano respectivo. No fueron “creadas” en ese momento fundacional —o, en todo caso, precisaron las convicciones comunes.

Pero lo real y cierto es que esas reglas de las que estamos hablando ya existían. Ciertamente, *existían en su esencia*, pero su completamiento o perfilamiento correspondería a la autoridad comunitaria. De tal manera, todas las normas que, en definitiva, surgieran tanto del “acuerdo” fundacional como del seno de la organización comunitaria, se sustentaban en otras normas (escritas o no) que ya existían en el grupo humano. De allí que si se quiere hablar en términos de precedencia, el Derecho (*lato sensu*) sea anterior al mismo Estado. Valga como ejemplo el Derecho Comunitario: cuando se instituyó este nuevo derecho de específica conformación y novedoso como ordenamiento, los países integrantes de la Comunidad (en las distintas instituciones que la conformaron desde su origen hasta la actualidad), partieron de las bases comunes que nutrían sus respectivos derechos (enraizados a su vez en valores y tradiciones jurídicas particulares) y sobre todo a los principios generales del Derecho, como lo demuestran los distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En otros términos, tomaron instituciones jurídicas que ya existían y las adaptaron a la nueva realidad.

2. Todo conocimiento humano parte de los sentidos. A través de ellos el hombre aprehende el *ser* de las cosas. En esa realidad ontológica se descubren los principios primeros del orden creado, siendo el de causa final uno de ellos y básico en el orden moral. Se configura así una aptitud especial del ser humano que permite que la razón capte aquello que, estando ontológicamente en el orden

²⁷ La influencia hispánica tanto en nuestra Constitución, como hasta en el propio constitucionalismo inglés fue señalada por el profesor Juan Carlos Cassagne en varios trabajos, entre los que se destacan “Fundamentos del sistema judicialista” y “El sistema judicialista argentino”, incluidos en *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009. Asimismo, la incidencia del pactismo hispánico en nuestra historia constitucional también fue destacada por Trusso, Francisco Eduardo: *El derecho de la revolución en la emancipación americana*, edit. Emecé, Buenos Aires, 1961, y *De la legitimidad revolucionaria a la legitimidad constitucional*, edit. EUDEBA, Buenos Aires, 1968. En cuanto a la influencia anglosajona, vales como ejemplo los pactos celebrados por los colonos ingleses con la Corona británica, que dieron paso al constitucionalismo. Ver: sobre el tema: Rey Martínez, Fernando: *La ética protestante y el espíritu del constitucionalismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. Álvarez Caperochipi, José Antonio: *Reforma protestante y estado moderno*, edit. Civitas, Madrid 1986.

creado, adquiera intelectivamente carácter de norma que por su especificación conductiva hacia el bien se denomina *norma moral*.²⁸

La norma moral constituye un vínculo que aparece con carácter obligatorio a la razón porque sólo a través de la sujeción a ella el hombre logra su perfeccionamiento. De tal manera, el cumplimiento de la norma moral y felicidad del hombre se relacionan con un vínculo obligatorio que se funda en la ley natural, en la que se injertarán todas las leyes morales positivas, recibiendo de aquélla su carácter obligatorio.²⁹

La ley (moral) natural ocupa un lugar intermedio entre la suprema ordenación divina y la ordenación humana; la primera es la llamada ley eterna y la segunda es la ley humana; las tres se escalonan jerárquicamente, por donde la ley eterna se fundamenta en la voluntad divina, la ley natural en la ley eterna y la humana en la ley natural. Ésta es, como antes se vio, producto del conocimiento que el hombre adquiere aprehensivamente del orden del ser, ínsito en la realidad, y que se representa en su mente como un orden impuesto a su conducta, independientemente de que el hombre conozca que ese orden deviene racionalmente de la ley eterna. A esa aptitud humana para conocer el orden moral a través de la realidad de las cosas, o hábito de los principios morales, la denominamos *sindéresis*.

La ley natural, fundamento de la norma moral, tiene dos aspectos: uno individual y otro social. El primero se orienta a la perfección personal; el segundo, a su vez, si bien perfecciona igualmente al hombre, también, y principalmente, perfecciona a la comunidad. Este aspecto es el de la *alteridad* o relacional de la ley natural.

El Derecho *está en* el orden moral, orden en el que se desarrollan las relaciones humanas. Si bien la moral busca la perfección individual y social del ser humano, y como hemos dicho, el Derecho posee un fundamento moral, su esfera es la acción humana, su ámbito externo. De allí que tradicionalmente se haya señalado que una de las características de la ley —*lato sensu termino*— es la exterioridad.³⁰

²⁸ "El concepto de 'norma' equivale a regla o medida, y *norma moral* será aquella por la cual discernimos la bondad o malicia de un acto humano." Derisi: ob. cit., p. 268.

²⁹ Derisi, ob. cit. p. 300. "Así, en cualquier campo de la vida personal, familiar, social y política, la moral —que se basa en la verdad y que a través de ella se abre a la auténtica libertad— ofrece un servicio original, insustituible y de enorme valor no sólo para cada persona y para su crecimiento en el bien, sino también para la sociedad y su verdadero desarrollo." Juan Pablo II: encíclica *Veritatis Splendor*, N° 101.

³⁰ Graneris, Giuseppe: *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, trad. esp. de Celina Ana Lértora Mendoza, EUDEBA, Buenos Aires, 1978, p. 40.

En otros términos, el Derecho (“*ius*”) es “algo” que está en el mundo, algo que es externo a la persona, y que denominamos la “cosa justa” (*res iusta*), que es una realidad. “Eso” que es “lo justo” es aprehendido bajo la forma de *ser* o ente. Tal aprehensión no es neutra, no es una simple *admiración* o *contemplación* de la “cosa justa”, sino que por la *sindéresis* la conciencia “mueve” al intelecto en forma preceptiva. Y el “*ser*” o realidad aprehendida por la inteligencia en virtud del estímulo que lleva en sí, se torna en *deber ser*.³¹ Es decir, el *indicativo* (“lo justo” = *ser*) pasa al modo *preceptivo* o *deóntico* (“norma” o “ley” = *deber ser*).³²

Con lo dicho se pretende señalar que así como en el hombre existe una realidad exterior a él y que se le impone, la moral, y que, en una de las fases de ésta, el Derecho, ocurre otro tanto, del mismo modo cuando nos encontramos a esa otra realidad que es el Estado —emanación del impulso gregario del hombre— podemos decir lo mismo. Ésto lo veremos al tratar el Estado de Derecho.

Es preciso señalar que aunque lo desarrollado hasta ahora parte de una idea de cariz aristotélico—tomista en punto a las relaciones existentes entre la moral y el Derecho, existen valiosas doctrinas iusfilosóficas que han sostenido la vinculación entre el Derecho y la Moral.³³

³¹ Sobre la obligatoriedad de la ley natural, Javier Hervada ha dicho: “La ley natural o prescripción de la razón es la expresión racional de un deber-ser, de una exigencia ontológica, que la razón capta y, en consecuencia, prescribe como deber”. *Introducción crítica al Derecho Natural*, 1ª ed., EUNSA, Pamplona, 1981, p. 146.

³² Estas consideraciones las desarrollé en la monografía “El Derecho: ¿Realidad o norma moral? A propósito de la tesis de Michel Villey”, *Prudentia Iuris*, N° 29, p. 49-67, esp. p. 67. Los términos utilizados son propios de Villey en sus distintas obras: “Les origins de la notion de droit subjetif”, en *Archives de philosophie du droit*, 1953.1954, p. 163 y sigs. *Compendio de filosofía del Derecho*, trad. esp., EUNSA, Pamplona, 1979 (t. I) y 1981 (t. II). *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Buenos Aires, 1978.

³³ “La validez del Derecho se basa en la moral, porque el fin del Derecho se endereza hacia una meta moral”. Radbruch, Gustav: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de la ed. alemana de 1948, 1ª ed., 1ª reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 1955, p. 56.

Robles ha escrito al respecto: “Es preciso un retorno a la ética en serio, no a una ética meramente procedimentalista. Sin descuidar la importancia, sin duda enorme, del procedimiento para la toma de decisiones colectivas (también las de índole moral), se impone la reflexión sobre los problemas reales que hoy tenemos, tanto en el ámbito de la vida personal como en el de la vida social o política. El relativismo moral que constituye hoy por hoy el rasgo predominante de nuestro actual momento cultural... ha de ser superado. Al menos hay que lograr un consenso mínimo, esto es, un consenso sobre un núcleo de criterios morales que representen los valores básicos para una convivencia realmente humana. Hoy la ética se ha transformado en una necesidad radical, pues sin ella el género humano sucumbirá a la destrucción. Es preciso un nuevo pacto: el pacto que nos impulse a la contemplación de la humanidad como un todo y nos permita salvarnos juntos. No un pacto a favor del Estado, como los modernos, sino un pacto en favor de la humanidad.” Robles, Gregorio: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, edit. Civitas, Madrid, 1992, p. 184-185.

De allí que en esos fundamentos tome su razón la *ética pública*, tan ansiada, reclamada y exigida por la comunidad, sobre la que no me extenderé aquí, pero que sin duda es un tópico insoslayable de los principios que aquí se exponen.³⁴ Merece empero, resaltarse que Comadira había escrito, junto con Escola, al referirse al control público que “la juridicidad y la ética son la savia que corre por las arterias del control, y, sin ellas, éste, en un Estado de derecho, no sólo se vacía de contenido, sino que, además, envenena la República; y que la eficacia y eficiencia sin aquéllas es puro empirismo utilitario, mal consejero a la hora de rescatar los valores perdidos por el país.”³⁵

IV El Estado

El Estado constituye una institución necesaria para el desarrollo del hombre. Se ha dicho, en frase ya tradicional, que el hombre es un ser político, con lo cual no se ha hecho otra cosa que señalar una realidad innegable, que las ideas iluministas y roussonianas no pudieron superar. La sociedad obedece — fatalmente, si se quiere — a ese impulso social que se manifiesta desde el núcleo fundamental, la familia, hasta culminar, escalonadamente a través de las asociaciones intermedias, con la que, hasta en época reciente, fue la institución política por excelencia: el Estado. Y ésto se afirma porque la nueva realidad que es la comunidad de naciones (la Unión Europea es la figura típica) puede abrigar alguna duda respecto si con el tiempo podría existir una figura institucional que supere a aquélla. Mas sea como fuere, en la actualidad la institución política por excelencia continúa siendo el Estado.

1. El impulso del hombre a vivir en sociedad, en la “polis” o “ciudad” griega, es algo natural y no el producto de la conveniencia, como quiso postularlo el liberalismo. Si el hombre se asocia, y, a través del encadenamiento social, llega a conformar la familia, el club, el gremio, la empresa, el partido, el barrio,

También puede consultarse la obra del destacado pensador Jaime Barylko *El humanismo judío*, edic. del Consejo Central de Educación Judía en la Argentina, Buenos Aires, 1981, p. 97, donde destaca la relación entre la moral y el Derecho y la ordenación a la ley de Dios.

³⁴ Ver: Comadira, Julio Rodolfo: Comadira, Julio Rodolfo: “Regulación jurídica de la ética pública (con particular referencia al ámbito nacional”, en: *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2ª ed. Buenos Aires, 2003, p. 577 y sigs.

³⁵ Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge: *Derecho Administrativo argentino*, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México 2006, p. 225 (el texto corresponde al capítulo séptimo, punto VII, que fue íntegramente redactado por el primero).

el municipio, la provincia, para culminar con el Estado, no es porque exista solamente un interés personal para ello, sino, por el contrario, la sociabilidad nace a partir de su propia naturaleza y no del “pacto” originario. Éste, en todo caso, podrá existir para el establecimiento u organización de la comunidad, pero será como consecuencia del impulso social, ínsito en la naturaleza humana, y no el pacto el determinante de la sociedad organizada. Es decir, entonces, aplicando la teoría de las causas al estudio de la realidad estatal, el impulso social constituye la causa eficiente del Estado.³⁶

2. Hay otra realidad acerca del hombre que es preciso poner de resalto: no es sólo un ser social o político, es además un ser *institucional*. ¿Qué quiere significarse con ello? Simplemente, que el ser humano está *situado* en una porción del mundo y su vida se desenvuelve alrededor de instituciones permanentes, semipermanentes y transitorias que le son necesarias para su desarrollo y sin las cuales no resultaría posible su desarrollo individual y social. Quedará para otro estudio determinar si en otros tiempos el hombre fue o no “institucional”, aparte de “social”. Pero la realidad de este siglo con la interrelación de los hombres a través de los medios de comunicación social —con lo cual se ha incrementado el sentido de solidaridad—, nos muestra que en estos tiempos mentar simplemente la mera “sociabilidad” del hombre no sería suficiente para describir el sentido profundo del impulso social de la naturaleza humana.

La institución, como la describió su creador, el maestro de Toulouse, Maurice Hauriou,³⁷ constituye una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. La idea institucional permite así superar la mera sociabilidad del hombre inspirada en fines utilitarios —típica del liberalismo— por la concurrencia hacia un fin que es común al grupo, más allá que en la institución cada miembro obtenga su bien particular. Es la idea institucional la que más evoca y afirma en la persona la virtud de lealtad.

3. La aplicación de la teoría de las causas al Estado, permite distinguir las cuatro clásicas: la *material*, que es el territorio y la población, la *formal*, que es el Derecho, la *eficiente*, que es el impulso social del hombre, y la *final*, que es el bien

³⁶ Bidart Campos, Germán José: *Derecho Político*, 2ª ed., edit. Aguilar, Buenos Aires, 1967, p. 302. Sampay, Arturo Enrique: *Introducción a la teoría del Estado*, edit. Politeia, Buenos Aires, 1951, p. 402-405.

³⁷ *La teoría de la institución y de la fundación*, trad. esp. de Arturo Enrique Sampay, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 41. Hay también otra traducción española de Juan Antonio Santamaría Pastor y de Santiago Muñoz Machado en la obra *Maurice Hauriou: Obra escogida*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.

común. Para el presente trabajo interesan la segunda, la tercera —de las que ya se expuso— y la última.

La causa final es la que da sentido al Estado, su razón de ser. El carácter *medial* del Estado respecto a la persona se perfila en la medida que se aprecie que su fin está intrínsecamente vinculado a ella. *El Estado no tiene un fin para sí, sino para las personas*. De esta manera la persona no aparece, en esta visión, como un “instrumento” al servicio del Estado, sino que éste se presenta ante la comunidad como una organización *a su servicio*. Tal *servicialidad* es la que, al mismo tiempo, determina que el Estado, como uno de los gerentes del bien común, deba velar por su logro, dirima los conflictos que la confrontación entre los distintos intereses comunitarios puedan existir (característica típica de la función judicial, si bien existen notas similares, aunque no sustanciales, en las actividades de los otros dos Poderes), distribuya las cargas sociales conforme principios de justicia y adopte las decisiones políticas (de índole legislativa o administrativa) ordenadas al bien común. (Por ello, junto con Julio Comadira, hemos utilizado la palabra *administrado*, para referirnos a uno de los términos de la relación con el Estado, en la inteligencia de que con ella se identifica a la persona para quien toma razón el servicio estatal; es decir, la persona a quien la Administración sirve, y no quien está subordinada a ésta).³⁸

4. La idea de bien común es de raíz cristiana, toda vez que fue santo Tomás de Aquino quien la acuñó.³⁹ Hoy en día la locución ha tenido un efecto expansivo que permitió que aún bajo ideas ajenas al catolicismo o al cristianismo se la utilice, y ello a tal punto que términos aparentemente irreductibles por su raíz individualista como utilidad general o interés general se los ha considerado equiparables al bien común.⁴⁰ Con ello dichos términos han tomado un giro diferente —más solidario, ético y sustancial— que permite su utilización en forma intercambiable con el de bien común.

Se definió el bien común como “aquellas condiciones externas que son necesarias al conjunto de los ciudadanos para el desarrollo de sus cualidades y de

³⁸ El tópico lo traté en *La protección de la confianza del administrado. Derecho argentino y derecho comparado*, edit. LexisNexis. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 30-31, y notas 1 y 2.

³⁹ Sánchez Agesta, Luis: *Los principios cristianos del orden político*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, p. 167.

⁴⁰ Jean Rivero, quien fue uno de los grandes administrativistas franceses, e inspirado en el pensamiento católico, sostuvo que la Administración Pública es en su actuación desinteresada porque está al servicio del interés general o bien común: *Droit administratif*, 8ª ed., edit. Dalloz, Paris, 1977, p. 10. Ver también la 18ª ed. (ediciones Dalloz, París, 2000) escrita con la colaboración de Jean Waline, p. 10.

sus oficios, de su vida material, intelectual y religiosa⁴¹ o como “un conjunto de aquellas condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres sociales el desarrollo integral de su propia persona”.⁴²

El bien común no tiene un carácter cuantitativo (que lo identificaría con el interés general), sino que es netamente cualitativo, puesto que son “condiciones” que deben darse para el desarrollo individual y social de la persona, y comprende tanto bienes materiales como espirituales. A diferencia del interés general —en su concepción clásica de suma de intereses colectivos coincidentes— el valor del bien común se configura a partir de su cariz ético y no simplemente estadístico. Ello determina que se distinga el bien común del bien particular.⁴³ No significa que uno se oponga a otro, puesto que por ser cualitativo, el bien común incluye el bien particular. Maritain escribió que el bien común está al servicio de la persona humana, y que el adagio de la superioridad del bien común no es comprendido adecuadamente sino cuando se hecha de ver que ese bien común implica referencia a la persona humana;⁴⁴ mas como entre uno y otro existe una relación de prevalencia, en caso de oposición, el bien común o bien del todo será siempre mayor al bien de la parte.

5. Para disipar toda duda que pudiera categorizar equivocadamente la doctrina del bien común, es preciso acentuar la dimensión estrictamente *personal* que ella tiene, pero a través de una visión *situada* de la persona; es decir, fuera de la cosmovisión individualista, sino moralmente comprometida con la realidad social. Y si se habla de la persona, se hace referencia de su vida, su dignidad y su libertad. Como lo describió Messner, “el orden del bien común es, ante todo y fundamentalmente, un orden de libertad, según el criterio de las esferas de responsabilidad del hombre individual y de las sociedades miembros, que se funda en los fines existenciales y en el orden de estos fines”.⁴⁵

El bien común no constituye un fin en sí mismo. Es un concepto instrumental orientado al logro de los fines existenciales del hombre. Conforman un *orden* para que la persona logre esos fines. Como se aprecia, el bien común afirma y favorece la libertad auténtica de la persona, por lo que se encuentra bien distante de las concepciones que subordinaron la persona al Estado o sólo la vieron como instrumento de él (propia, entre otros, de los colectivismos) y de las que negaron

⁴¹ Pío XII: Alocución *Con sempre*, nº 13.

⁴² Juan XXIII: encíclicas *Mater et magistra*, nº 11, y *Pacem in terris*, Nros. 42.

⁴³ Welty, Eberhard: *Catecismo social*, trad. esp., edit. Herder, t. I, Barcelona, 1962, p. 29 y sigs.

⁴⁴ *La persona y bien común*, trad. esp., Club de Lectores, Buenos Aires, 1981, p. 30-31.

⁴⁵ Messner, ob. cit., p. 208.

la raíz social de la persona, acentuando, en algunos casos, la libertad a extremos radicales. Esto se desarrollará más adelante cuando se exponga el principio de subsidiaridad.

6. La vinculación y fuerza creadora del Estado respecto al Derecho es una cuestión de antigua data que en los últimos siglos cobró particular vigencia. Si el Derecho es obra del Estado, sea como voluntad del príncipe o de la decisión soberana del pueblo expresada en el cuerpo legislativo, resultará que éste no encuentra otro límite que no sea su voluntad, monárquica o democrática. En cambio, la postura inversa que confiere preeminencia al Derecho confirmará la limitación del poder del Estado, en la medida que aquél es anterior a la constitución de la comunidad política. De tal forma, al reconocerse que la limitación de la potestad estatal ya existe al momento de su constitución, perderá vigor la tesis de la "autolimitación" invocada como único sustento de dichas restricciones — propugnada entre otros por Ihering, Laband, Mayer y Jellinek en Alemania, y Carré de Malberg en Francia⁴⁶—, sin perjuicio que la autolimitación sea una de las fuentes de sujeción estatal a la norma,⁴⁷ en el entendimiento que existe un orden normativo superior al Estado.

Por otro lado es necesario tener presente que, como se ha destacado, la potestad tiene un carácter funcional o servicial: está dada en beneficio o servicio de terceros y no del propio detentador.⁴⁸ Por ello se ha sostenido que el poder es "benefactor" en la medida que representa a un árbitro de las disputas posibles, una garantía de paz, un gestor de bienes que han de beneficiar a todos.⁴⁹

7. El *Estado de Derecho* constituye la institución típica del derecho público continental europeo, obra de los juristas alemanes del siglo pasado,⁵⁰ aparece como una de las construcciones más acabadas jurídicamente para restringir el

⁴⁶ Cfr. las referencias hechas en *La protección de la confianza del administrado...*, cit., p. 350 y sus notas.

⁴⁷ "Quien enuncia el derecho se obliga a respetar la norma que él establece." Stein, Edith: *De l'État*, trad. fr., Les éditions du CERF. Les éditions universitaires de Fribourg, Friburgo, 1989, p. 97. Carlos Manuel Grecco ha hecho un muy interesante estudio sobre el tema en "Apuntes para una teoría de las autolimitaciones de la Administración", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 14, p. 317 y sigs.

⁴⁸ De la Cuétara, Juan Miguel: *Las potestades administrativas*, edit. Tecnos, Madrid, 1986, *passim*.

⁴⁹ Sánchez Agesta, Luis: *Principios de teoría política*, reimpr. de la 6ª ed., Madrid, 1979, p. 86.

⁵⁰ Se atribuye la formulación y desarrollo de la doctrina a Robert von Mohl —en los años 1842/43— y a su contemporáneo Julius von Stahl. Estos autores buscaban limitar la autoridad del Ejecutivo por medio de la ley, emanada del Parlamento. No obstante, la doctrina vigente era la de la autolimitación obra de los grandes juristas Ihering, Laband, Mayer y Jellinek. Ver al respecto: Legaz y Lacambra, Luis: "El Estado de Derecho", *Revista de Administración Pública (RAP)* N° 6-6; Chevallier, Jacques: *L'État de Droit*, edit. Montchrestien, París 1993, p. 11 y 15.

poder del Ejecutivo, al mismo tiempo que, en otra variante tomada de la misma construcción, los juristas franceses tomaron otro camino: incluyeron en la restricción al propio legislativo.⁵¹ La diferencia entre los juristas alemanes y franceses estaba dada en que mientras aquéllos sostenían la autolimitación estatal, éstos afirmaban la heteronomía del Derecho, puesto que la ley estaba configurada para la defensa de los derechos del hombre, conceptuados anteriores al Estado.

Vale destacar que para el iusnaturalismo no constituyó una materia novedosa, puesto que desde la Biblia se reconoció dicha limitación, y no sólo los pensadores medievales lo afirmaron, sino que también encontramos la misma idea en la escolástica española.⁵² No obstante, el mérito de la formulación del Estado de Derecho está dado porque a partir de ella se estructura toda una dogmática occidental acerca de los alcances y límites del poder estatal.

Puede sostenerse que hay coincidencia en cuanto al contenido de la institución: *primacía de la ley* —uno de cuyos derivados es el principio de la *legalidad administrativa*—, la *división de poderes*, la *afirmación y defensa de los derechos humanos*, el *control judicial* y la existencia de un sistema de *responsabilidad del Estado*.⁵³

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

Conviene señalar que la propia Iglesia Católica ha hecho mención al Estado de Derecho. Así, en la encíclica *Centesimus annus*, el beato Juan Pablo II destacó

⁵¹ Chevallier, ob. cit. p. 18 y ss.

⁵² Legaz, art. cit. Coviello: *Concepción cristiana del Estado de Derecho*, ED, 129-923. Id.: "La denominada 'zona de reserva de la Administración' y el principio de la legalidad administrativa", en: AAVV: *Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 193-222.

⁵³ Legaz, art. cit. Entrena Cuesta, Rafael: *Curso de Derecho Administrativo*, 4. ed., edit. Tecnos, Madrid, 1973, p. 33 y ss.

en el núm. 44 que la estructuración de la sociedad a través de tres poderes “refleja una visión realista de la naturaleza social de hombre, la cual exige una legislación adecuada para proteger la libertad de todos. A este respecto es preferible que un poder esté equilibrado por otros poderes y otras esferas de competencia, que lo mantengan en su justo límite. Es éste el principio del estado de derecho, en el cual es soberana la ley y no la voluntad arbitraria de los hombres”. Y en el núm. 46 del documento se lee: “Una auténtica democracia es posible solamente en un Estado de derecho y sobre la base de una recta concepción de la persona humana”. Sin embargo, en oportunidad de su viaje apostólico a Lituania, Letonia y Estonia, en su discurso durante el encuentro con el mundo de la cultura (05.09.93) señaló algunas de las falencias de la concepción actual: “[L]as mismas democracias, organizadas según la fórmula del Estado de derecho, han mostrado y muestran aún hoy vistosas contradicciones entre el reconocimiento formal de la libertad y de los derechos humanos y las muchas injusticias y discriminaciones sociales que toleran en su interior. Se trata, en efecto, de modelos sociales en los que el postulado de la libertad no siempre se conjuga con el de la responsabilidad ética. Los regímenes democráticos corren el riesgo de organizarse según un sistema de reglas no suficientemente enraizadas en esos valores irrenunciables, que son tales porque se fundamentan en la esencia del hombre u constituyen la base de toda convivencia, y que ninguna mayoría puede negar, sin causar consecuencias funestas para el hombre y la sociedad” (publicada en *L'Osservatore Romano* del 10.09.93). En la encíclica *Evangelium vitae*, de principios de 1995, describió el Papa al Estado de Derecho como una “comunidad en la que a las ‘razones de la fuerza’ sustituye la ‘fuerza de la razón’” (Nº 19).

8. Al ser el Derecho anterior al Estado, cabe determinar su grado de incidencia en la actividad estatal. En este sentido, el Derecho u ordenamiento jurídico postula un *orden* o marco de desenvolvimiento del Estado y los particulares. Ese orden estatuido se incardina hacia el bien común. Orden, tranquilidad, paz, son objetivos del Derecho, fines ínsitos en la consecución del bien común.⁵⁴ De ello se desprende que ese orden conformado crea un ámbito para el desenvolvimiento de la propia personalidad de los componentes del grupo social para el logro de sus fines existenciales. En definitiva, es un *orden de libertad*. De allí se sigue la íntima vinculación entre el Derecho y el *principio de subsidiaridad*, del cual no puede estar en modo alguno alejado el Estado.⁵⁵

⁵⁴ Graneris, ob. cit., p. 56.

⁵⁵ Ver Messner, ob. cit., p. 331 y ss.

Y aquí vemos que nuevamente aparece la *libertad* como un componente fundamental en la relación Estado-persona que entre ambos se establece a través del Derecho. Claro está que la relación con el Estado no es sólo con las personas, como se pretendió en el siglo pasado, sino también entre él y los componentes intermedios del grupo social. Al llegar a este punto se constituye en tema insoslayable el tratamiento del alcance y límites de la actuación estatal porque ellos están dados, precisamente, por la importancia que se asigne a la actuación de la persona y los grupos intermedios, situación en la que cobra singular relevancia el *principio de subsidiaridad*.

9. El *principio de subsidiaridad* fue expuesto por el Papa Pío XI en su encíclica *Quadragesimo Anno*, del año 1931, dicho principio comporta el reconocimiento de los distintos roles que en corresponden a la comunidad política, los cuerpos o grupos intermedios y las personas. Significa admitir que existen actividades que deben ser llevadas a cabo libremente o bajo regulación por las personas o grupos intermedios y con el adecuado marco de autonomía, y por otro lado, la comunidad política, al lado del cumplimiento de sus fines específicos, debe intervenir en el medio social —a través de las distintas técnicas de intervención— para favorecer su desarrollo.⁵⁶

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

No existen fórmulas determinadas para establecer cuándo debe intervenir el Estado. Sin embargo, aunque es una cuestión de hecho, puede decirse, con fundamento en dicha doctrina, que en la medida que los individuos y el grupo social puedan cumplir eficazmente sus fines y actividades, la intervención estatal en estos campos constituirá un hecho grave e ilegítimo. Sería prácticamente un despojo hacia la sociedad.⁵⁷

⁵⁶ En la versión española se tradujo la expresión “*subsidiarii officii principio*” por principio de función subsidiaria. El origen de la palabra subsidiario es militar, “*subsidiarii cohortes*”, cuya traducción es cohortes de reserva, que intervenían cuando las formaciones principales no podían cumplir acabadamente su misión. Con ello se señala que subsidiario no significa “ayuda”, sino servir como reserva cuando no se pueda cumplir con el cometido principal. Messner, ob. cit., p. 336.

⁵⁷ Sobre el rol del Estado en la realidad de los siglos XIX y XX, ver: Parejo Alfonso, Luciano: *Estado Social y Administración Pública*, edit. Civitas, Madrid, 1983, p. 25, 28 y 29. Debbasch, Charles: *Science administrative*, 3ª ed., edit. Dalloz, París, 1976, p. 415 y ss. Cassagne, Juan Carlos: *La intervención*

Subsidiaridad y solidaridad son hoy en día bases del actual rol del Estado, puesto que entre todos los componentes sociales hay una interrelación que no admite un desentendimiento ni de los componentes de la comunidad ni del aparato estatal. Ambas son pautas claves del actual rol del Estado en el medio social, del que no están excluidos los individuos.⁵⁸ No existe ni puede existir un

administrativa, 2ª ed., edit. Abeledo-Perrot, 1994. Ariño Ortiz: *Economía y Estado*, edit. Marcial Pons, Madrid, 1993. Martín Mateo, Ramón: *Liberalización de la economía*, edit. Trivium, Madrid, 1988. Rodríguez Arana, Jaime: *La privatización de la empresa pública*, edit. Montecorvo, Madrid, 1991. Rodríguez Chirillo, Eduardo J.: *Privatización de la empresa pública y post privatización*, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995

Lo que ocurre es que aún bajo esquemas liberales no faltó la tentación estatista de asumir roles empresariales y, para colmo, con sustento en razones espurias de bien común o de aplicación del principio de subsidiaridad, el Estado llegó hasta adquirir o hacerse cargo de empresas en quiebra o en dificultades económicas. Pero, por otra parte, el enquistamiento del personal dentro de las empresas públicas, bajo una falsa idea corporativa, llevaba a que se las erigiera como bastiones de la Nación y del ser nacional, ello, claro está, al costo de que toda la comunidad tuviera que pagar sus monstruosos déficits. Es decir la “soberanía” estaba asegurada sin que como contrapartida las empresas devolvieran beneficios a la comunidad, sino gastos y más gastos. No es que lo dicho constituya patrimonio exclusivo de nuestro país. En todos, en mayor o menor medida ocurre.

La pregunta que cabría formularse es si *toda* intervención empresarial del Estado es mala. La respuesta es negativa. Pero esa intervención debe ser excepcional y sólo puede estar justificada en la medida que se transfiera en momento oportuno la actividad a los particulares.

Es que el Estado es en general un mal empresario. Sus esquemas de actuación son demasiado rígidos, aún bajo las formas societarias similares a las del derecho privado. No es ésta la solución que quienes vieron, por ejemplo, en la figura de la sociedad del Estado creada por la ley 20.705, que en la práctica se mostró más apta para superar las anotadas falencias: ellas igual continuaron.

La solución, ciertamente, aboca siempre —la experiencia nacional y extranjera lo demuestra— en la privatización. El problema está en si *todo* lo que no es función estatal específica (por ejemplo, la defensa nacional) hay que privatizarlo. La respuesta positiva es peligrosa. No puede negarse que existen ciertos campos en los que por los intereses nacionales en juego y —sobre todo— por la eficiencia y rendimiento de la actividad sea conveniente mantener la presencia estatal en la actividad, sin perjuicio de la concurrencia de la actividad privada. Todo el campo de la investigación y la ciencia es un ejemplo típico, y la falta de subsidio estatal sería, sí, nefasto.

Pero también es nefasto que el Estado se desprenda, como ocurrió en nuestro país, en un marco casi desaforado de privatizaciones, de empresas públicas que fueron en ciertos casos orgullo y bandera de los argentinos, y que luego de vendidas fueron desguasadas. Es decir, lo que se había construido con esfuerzo durante muchos años y con el sacrificio y en muchos casos desinterés de quienes forjaron empresas públicas argentinas, se transfirió en casos puntuales a otros capitales estatales extranjeros, y hasta hubo otros casos en que el Estado argentino perdió o vendió sus derechos que le aseguraban el control de ellas. Quizás, sin dejar de participar junto con el capital privado, uno se pregunta si lo mejor —a la luz del principio de subsidiaridad— no hubiera sido mantener la propiedad estatal participada de esas empresas, de modo que, con un gerenciamiento privado, los beneficios se pudieran orientar a otros fines sociales.

⁵⁸ “[E]s preciso decir que siendo el bien común temporal un bien común de *personas humanas*, por ello mismo, cada una, subordinándose a la obra común, se subordina la realización de la vida personal *de las otras*, de las otras *personas*.” Maritain, Jacques: *Humanismo integral*, trad. esp., Ediciones Ercilla, Santiago de Chile, 1955, p. 200-201.

modelo fijo y definido que nos señale el grado de intervención del Estado en dicho medio. Sólo pueden darse pautas a partir de los principios señalados. La vuelta a supuestos abstencionismos propugnados por el liberalismo en su sentido más recalcitrante no es tal. No se vive la realidad del siglo XIX, con las nefastas consecuencias a que dicha ideología llevó. La cuestión social no surgió por obra y gracia de la espontaneidad. Por ello, como bien lo dijo Comadira, “el Estado no puede abandonar el papel de gestor del bien común, y volver al interesado postulado del indiferentismo global”.⁵⁹

De ahí que si bien la solidaridad es propia de los componentes de la comunidad, es propio del Estado configurar las condiciones para que ella se de y fructifique.⁶⁰ Hoy en día, sin duda, el mercado es el que marca el natural desenvolvimiento de la sociedad y favorece el desarrollo personal y social. Sin embargo las meras fuerza naturales no son suficientes para impedir que los fuertes puedan predominar sobre los más débiles o indefensos. El Estado, entonces, con sustento en el principio de subsidiariedad, debe necesariamente intervenir a través de su rol regulador para que no ocurran dichas situaciones u otras de injusticia social que el propio medio natural de las relaciones interindividuales pueda resolver.⁶¹ Mas, a la inversa, tampoco debe intervenir de manera de ahogar u obstruir la acción legítima de los particulares buscando subterfugios absurdos o carentes de contenido jurídico en aras de supuestos intereses comunitarios.

V La aplicación iusnaturalista al Derecho Administrativo

Llegados a este punto corresponde determinar cómo se refleja lo dicho en el Derecho Administrativo. Ciertamente en mucho. Algunas veces se han escuchado voces fatídicas sobre aquél, en las que aparecía como la destrucción del Derecho. Por vía de principio, cabe puntualizar que entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo existe un vínculo sustancial (en realidad es de todo el Derecho), toda vez que el primero nutre a éste. Pero mientras el Derecho Constitucional fija los principios, las bases jurídicas fundamentales, *su puesta en práctica en relación al Estado es a través del Derecho Administrativo*, que a través de sus

⁵⁹ Comadira, Julio Rodolfo: *Los sujetos reguladores en la posprivatización*, Régimen de la Administración Pública, Nº 183-26.

⁶⁰ Ver al respecto: Ariño Ortiz, ob. cit., p. 91-93.

⁶¹ Como dijo recientemente el Papa Benedicto XVI en la encíclica *Deus caritas est*: “Lo que hace falta no es un Estado que regule y domine todo, sino que generosamente reconozca y apoye, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, las iniciativas que surgen de las diversas fuerzas sociales y que unen la espontaneidad con la cercanía a los hombres necesitados de auxilio”.

instituciones permite que la actuación estatal encuentre su quicio jurídico. Por ello se ha dicho que el Derecho Administrativo es el *momento dinámico de la Constitución*, o, también, *el procedimiento o Derecho Procesal de la Constitución*.⁶²

Seguidamente se describirá la forma en que puede considerarse que se enraízan los principios desarrollados en las instituciones del Derecho Administrativo.

1º *Los principios generales del Derecho*.⁶³ Ellos —se los denomine así o simplemente “principios”— constituyen la manifestación fundamental del derecho natural, en grado diverso.⁶⁴

Aunque se han señalado distintas doctrinas sobre el origen y fundamento de aquéllos,⁶⁵ en términos generales pueden ellas agruparse entre las *corrientes positivistas*, que consideran que el fundamento de los principios generales radica en algún pretérito derecho o en el propio ordenamiento jurídico positivo, pero negando toda base extramuros de una realidad materializada por la tradición o la norma escrita;⁶⁶ y los *extraposivistas*, en las que se comprenden tanto al

⁶² Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*, 6ª ed., edit. La Ley, Buenos Aires, 1966, T. I, p. 144.

⁶³ El tema lo he desarrollado —del que tomo parte de su texto— en el trabajo “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo argentino”, publicado en Documentación Administrativa Nros. 267-268 setiembre 2003-abril 2004, dedicado al derecho argentino, bajo el título *El Derecho Administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales*, publicado por el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), v. I, p. 93 y sigs., y recientemente en “Los principios generales del Derecho frente a la ley y el reglamento en el Derecho Administrativo argentino”, en AAVV: *Memorias del VI Foro Iberoamericana de Derecho Administrativo. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

⁶⁴ Utz, pese a no utilizar el rótulo principios generales del Derecho, hizo en cierto sentido mención a ellos al tratar la derivación de los principios o proposiciones jurídicas. Cfr.: Utz, ArthurFridolin: *Ética Social*, edit. Herder, Barcelona, 1965, t. II, *passim*, esp. p. 91-116, y 239.

⁶⁵ Rodolfo L. Vigo, en su trabajo “Los principios generales del derecho”, JA, 1986-III-860, clasifica en cuatro las corrientes: los *positivistas*, para quienes están los principios en el propio derecho positivo y de él no trascienden; los *historicistas*, que encuentran el sustento en un pretérito derecho; los *cientificistas*, quienes confían su elaboración a la ciencia jurídica; los *metapositivistas*, que encuentran su contenido fuera del derecho positivo, que se enrolan con el iusnaturalismo tradicional o el racionalista, y por último, los sostenedores de una *posición ecléctica*, que armonizan las distintas posiciones.

⁶⁶ Coviello, Nicola: *Doctrina general del Derecho Civil*, trad. esp., edit. UTEHA, México, 1949, p. 97-99. Bobbio, Norberto: *Teoría general del Derecho*, trad. esp., edit. Madrid, 1996, p. 251; y también art. cit. precedentemente. Romano, Santi: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. esp., edit. EJE, Buenos Aires, 1964, p. 155. Carrió, Genaro: *Notas sobre el derecho y lenguaje*, 4. ed., edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, cap. IV: “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, p. 197 y sigs. Soler, Sebastián: *Interpretación de la ley*, edit. Ariel, Barcelona, 1962, p. 181. Carnelutti, aunque no puede ser situable entre los “positivistas”, había hecho la distinción entre los principios *generales* del derecho que son los que surgen del propio ordenamiento, distinguiéndolos de los principios *del derecho*, cuya fuente es la ética. Cfr. Carnelutti, Francesco: *Teoría general del Derecho*, trad. esp., edit. EDESA, Madrid, 1941, p. 119.

realismo jurídico, como a la Escuela del Derecho Natural y a quienes han tomado una posición ecléctica, confluyendo todos en una idea común: *el fundamento del Derecho si sitúa en un ámbito superior al propio ordenamiento jurídico* (si sólo se entiende al *positivo*) o de toda tradición jurídica positivizada.⁶⁷

Ahora bien, se afirma que los principios generales del Derecho surgen del Derecho Natural, o de las concepciones históricas de los pueblos, o de las creencias jurídicas compartidas por los pueblos, o por la elaboración de la ciencia jurídica o hasta los que se desprenden del entramado jurídico positivo,⁶⁸ lo cierto es que hay un duro obstáculo contra la que las ideologías nada pueden: a partir de la propia naturaleza racional del alma humana, el hombre *aprehende* una realidad externa a él, que son aquellas leyes impuestas al mundo (o impresas en la *realidad*), que no son producto de la mera razón, sino que Alguien, distinto del hombre, allí las puso. De tal forma, en virtud de su aptitud racional, lo único que hace el hombre es aprehenderlas y ponerlas en práctica mediante distintas formas que alcanzan su relieve jurídico-político mediante tradiciones, precedentes y leyes positivas.

⁶⁷ Gény, François: *Método de interpretación y fuentes del derecho privado*, trad. esp., edit. Reus, Madrid, 1925, p. 38 y sigs. Del Vecchio, Giorgio: *Los principios generales del Derecho*, 2ª ed., edit. Bosch, Barcelona, 1948, *passim*. Legaz y Lacambra, Luis: *Filosofía del Derecho*, 1.ª ed., edit. Bosch, Barcelona, 1953, p. 427 y sigs. Pérez Luño, Antonio: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4.ª ed., edit. Tecnos, Madrid, 1991, p. 290-291. Rudolf Stammler, aunque no se refirió a los principios generales del Derecho, puede considerarse que con esta inteligencia los trató al exponer "los principios de un derecho justo", que son pensamientos metódicos que permiten alcanzarlo. *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. esp, edit. Reus, Madrid, 1930, p. 257 y sigs. Finnis, John: *Ley natural y derechos naturales*, trad. esp., edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 311 y sigs. Rodríguez Paniagua, José María: *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, edit. Tecnos, Madrid, 1976, p. 125-126. Mans Puigarnau, Jaime M.: *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos*, edit. Bosch, Barcelona, 1979, Introducción. Casares, Tomás: *La Justicia y el Derecho*, 3.ª ed., edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 71 y 168. Goldschmidt, Werner: *Introducción al Derecho*, edit. Desalma, Buenos Aires, 1967, p. 273-274. Mouchet, Carlos y Zorraquín Becú, Ricardo: *Introducción al Derecho*, 6.ª ed., edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 272-274. Gardella, art. cit. Vigo, art. cit. Díaz Couselo, José María: *Los principios generales del Derecho*, edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, p. 79 y sigs. García Maynez, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho*, reimpr. de la 5.ª ed, edit. Porrúa, México, 2000, p. 370 y sigs. Asúa Reyes, Sergio T.: *Los principios generales del Derecho*, edit. Porrúa, México, 1998, p. 91. Puede situarse en esta corriente —aunque su muerte en el campo de batalla en la primera guerra mundial frustró mayores desarrollos— al filósofo y jurista fenomenólogo alemán Adolph Reinach: *Los fundamentos apriorísticos del Derecho Civil*, edit. Bosch, Barcelona, 1934, p. 219 y sigs. Sobre el pensamiento iusfilosófico de Reinach, ver: Gardies, J.L.: "La philosophie du droit d'Adolf Reinach", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. X, edit. Sirey, París, 1965, p. 16.

⁶⁸ En este sentido, Villar Palasí, Luis en *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, edit. Tecnos, Madrid, 1975, tiene dicho que "el principio general del Derecho no es estático ni permanente, responde a la ideología social y es la penetración de tal ideología, de los valores predominantes en la sociedad e incluso de los mitos aceptados en cada país y en cada momento en el ordenamiento jurídico. Es el punto de unión entre el consenso social, los valores predominantes y las aspiraciones de una sociedad con el sistema de Derecho", p. 130-131.

En definitiva, quienes buscan la fuente de los principios generales del Derecho en otros campos fuera del Derecho Natural no hacen más que confirmar —salvo que el resultado del análisis jurídico conduzca a soluciones incorrectas éticamente— que éste se rezuma por los distintos intersticios del ordenamiento jurídico.

Valga sólo a título de ejemplo el tan arraigado derecho de defensa, que aparece en el Deuteronomio, cap. 1, vv. 16 y 17: “Y di entonces esta orden a vuestros jueces: ‘Escucharéis lo que haya entre vuestros hermanos y administrareis justicia entre un hombre y su hermano o forastero. No haréis en el juicio acepción de personas, escucharéis al pequeño lo mismo que al grande, no tendréis miedo al hombre, pues la sentencia es de Dios’”.⁶⁹ Y siglos más tarde en el Evangelio de san Juan se lee que Nicodemo, defendiendo a la figura de Jesús ante los fariseos, les dice: “¿Permite nuestra Ley condenar a alguien antes de haberlo oído y de haber conocido sus hechos?”.⁷⁰

Otro ejemplo, que viene de la cultura distinta a la judeo-cristiana, es la obra *Medea*, de Séneca, donde se afirma tal derecho cuando la protagonista increpa a Creonte, quien había dispuesto su destierro, al decirle: “Si actúas como juez, instruye un proceso; si como rey, da órdenes”.⁷¹ Y más abajo dice: “El que ha dictado una sentencia sin haber escuchado a la parte contraria, aunque justa haya sido la sentencia, ha sido justo él”.⁷²

Por último, esos grandes principios propios de *lo jurídico*, aparecen en la respuesta elocuente de Antígona a Creonte: “No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses. Éstas no son de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe de dónde surgieron”.⁷³

En fin, es la propia realidad de donde salen los grandes principios anteriores a toda ley escrita, que brotan espontáneamente del ser humano, aunque no se creyera en Dios o en el Derecho Natural, como brevemente se vio en este punto.

Por último, la importancia de los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo ha sido fundamental, como lo destacué en los trabajos que sobre el tema cité más arriba en la nota 62, toda vez que ellos fueron la fuente

⁶⁹ Cap. I, vv. 16 y 17. Se utilizó la traducción de la Biblia de mons. Juan Straubinger.

⁷⁰ Cap. VII, v. 51.

⁷¹ N° 195. Se utilizó la obra *Tragedias*, de Lucio Anneo Séneca (4 a. C.-65 d. C.), edit. Planeta-Agostini (versión de edit. Gredos), Madrid, 1998.

⁷² *Idem*, N° 200.

⁷³ Sófocles: *Antígona*, N° 450-455, Planeta-Agostini (versión de la edit. Gredos), Madrid, 1995.

principal para instaurar un nuevo derecho que sólo contaba con algunas normas aisladas, pero ningún cuerpo doctrinario ni jurisprudencial que le diera apoyo. Precisamente, en Francia, que fue el país donde se creó esta nueva rama jurídica, la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos tuvo su sustento basilar en los principios generales del Derecho.⁷⁴

2º *El principio de legalidad administrativa*. El principio se desgrena, precisamente, de esos grandes principios antes señalados, y, más concretamente, es la emanación de los valores ínsitos en el Estado de Derecho. Es bueno recordar que Jacques Leclercq escribió —con la claridad y profundidad que trascienden sus obras— lo siguiente: “El papel del derecho del hombre en la civilización occidental se manifiesta y refleja como en su punto central en la noción del Estado de Derecho, porque el sentido del Derecho está estrechamente ligado al de la dignidad del hombre, del hombre en cuanto hombre y, por consiguiente, de todo ser humano”.⁷⁵ De donde se extraen dos cuestiones básicas: primero, que el Derecho se sustenta en la dignidad del hombre y, en último término en el Derecho Natural, como derivado de la Ley Eterna; en segundo lugar, el Derecho “marca” los caminos por donde debe desenvolverse la acción estatal.⁷⁶

Este último aspecto es trascendental. Frente a peligrosas y desmedidas ideas que con asombro he escuchado de ciertos politólogos que pretenden que la actividad estatal está guiada por la política y que el Derecho toma un lugar secundario, sometido a la política (no sé si con “P” mayúscula, que la eleva a un nivel virtuoso y al servicio del bien común, o con la minúscula de prostituida por la coyuntura y el interés del dirigente de turno), el Derecho Administrativo, como Derecho Público, opone la sujeción al ordenamiento jurídico como forma de afirmar los valores democráticos y los derechos del hombre.⁷⁷ Parece olvidar

⁷⁴ Ver, entre otros, Rivero, Jean: “Los principios generales en el Derecho Administrativo francés contemporáneo”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 6, Madrid, 191, p. 289 y sigs. Id. con la colaboración y actualización de Waline, Jean: *Droit Administratif*, 18.ª ed., edit. Dalloz, París, 2000, p. 72, §73. En nuestro derecho, Cassagne, Juan Carlos: “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, separata de la revista “Anales” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1988. El trabajo fue luego publicado bajo el mismo título en Buenos Aires, edit. Abeledo-Perrot, 1988. Ambos autores son de pensamiento iusnaturalista católico.

⁷⁵ *Filosofía e historia de la civilización*, edic. Guadarrama, Madrid, 1965, p. 246. Sobre el principio de legalidad y su desarrollo me remito a mi monografía sobre la zona de reserva de la Administración.

⁷⁶ “[E]l ejercicio de la autoridad política, así en la comunidad en cuanto tal como en las instituciones representativas debe realizarse siempre dentro de los límites del orden moral para procurar el bien común —concebido dinámicamente— según el orden jurídico establecido o por establecer”. Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, Nº 75

⁷⁷ Valga como triste ejemplo la cantidad de decretos de “necesidad y urgencia” (art. 99, inc. 3 de la Constitución Nacional) que se han dictado hasta el presente, que estuvieron más guiados por

quienes así piensan que el Derecho y la Justicia son “los fundamentos más firmes de los Estados”.⁷⁸ Así, frente un decisionismo oportunista, se oponen los valores jurídicos y su lugar preeminente.⁷⁹ Precisamente, el Papa Benedicto XVI dijo unas palabras que lo resumen todo: “La justicia es el banco de prueba de una auténtica democracia”.⁸⁰

Otra de las manifestaciones de la legalidad la constituye no sólo ese deber de obrar conforme a la ley, sino también el hecho de que a partir de ello se manifiesta la juridicidad del obrar administrativo. Así, una de las primeras manifestaciones de la actividad administrativa es el acto administrativo, que existe, precisamente, para conformar el modo del obrar estatal, como un camino a recorrer, y que todo desvío de él significará la mácula de la ilegalidad o arbitrariedad (en realidad, la arbitrariedad es una ilegalidad). Obsérvese que el acto administrativo es la figura central del Derecho Administrativo, entre cuyos productos se encuentran los contratos administrativos y los reglamentos de ejecución y autónomos, que sirven, en definitiva, para ese mismo propósito de encauzar jurídicamente dicho obrar. El acto administrativo y sus productos no son mero objeto para goce intelectual y elucubración de los profesores de la materia, sino para embretar el poder estatal al Derecho.

conveniencias políticas que por necesidades reales y conducentes al bien común. Y es triste también ver que juristas olvidados de su responsabilidad profesional y académica prefieren seguir los dictados de la política o del partido antes que obedecer a su conciencia de hombres de Derecho.

⁷⁸ León XIII, encíclica *Praeclara gratulationis*, Nº 13.

⁷⁹ “En el ámbito político se debe constatar que la veracidad en las relaciones entre gobernantes y gobernados; la transparencia en la administración pública; la imparcialidad en el servicio de la cosa pública; el respeto de los derechos de los adversarios políticos; la tutela de los derechos de los acusados contra procesos y condenas sumarias; el uso justo y honesto del dinero público; el rechazo de medios equívocos o ilícitos para conquistar, mantener o aumentar a cualquier costo el poder, son principios que tienen su base fundamental —así como su urgencia singular— en el valor trascendente de la persona y en las exigencias morales objetivas de funcionamiento de los Estados.” Juan Pablo II, encíclica *Veritatis Splendor*, Nº 101.

El Papa Pío XII había dicho: “Donde se rechaza la dependencia del derecho humano respecto del derecho divino, donde no se apela más que a una apariencia incierta y ficticia de autoridad terrena y se reivindica una autonomía jurídica regida únicamente por razones utilitarias, no por una recta moral, allí el mismo derecho humano pierde necesariamente, en el agitado quehacer de la vida diaria, su fuerza interior sobre los espíritus; fuerza sin la cual el derecho no puede exigir de los ciudadanos el reconocimiento debido ni los sacrificios necesarios.” Ello, en virtud de que el Supremo Legislador al darle a los gobernantes el poder, “les ha señalado también los límites de este mismo poder.” Encíclica *Summi pontificatus*, Nros. 42.

⁸⁰ Discurso a las asociaciones cristianas de trabajadores italianos, audiencia del 27.01.2006, *L'Osservatore romano*, del 10.02.2006.

3º *Los derechos de los particulares*. El Derecho Administrativo busca organizar jurídicamente la actividad estatal en punto a permitir el mejor servicio a su destinatario final y a quien sirve el Estado, dado su raíz vicarial: la persona, en su faz individual y social. No es una herramienta para favorecer la arbitrariedad, sino para impedirla en defensa de los derechos de los habitantes.⁸¹ De allí —antes se expuso— que el *régimen administrativo* también denominado en otros momentos *régimen exorbitante*,⁸² es el paradigma que en nuestro derecho argentino se ha utilizado para describir la relación iusadministrativa: *prerrogativas*, para que el Estado pueda cumplir sus fines, y *garantías*, para que los particulares puedan ejercer sus derechos frente al Estado por los daños que les ocasione o para que su acción se encauce por las vías jurídicas.

El particular, según se ha visto *supra*, también denominado —aunque el término ha merecido críticas— “administrado”, cuenta al efecto de una serie de garantías de distinto tipo, que algunas son propias del Derecho Administrativo y otras no: el derecho al debido proceso (también denominado, por la influencia española de su autor, el profesor Eduardo García de Enterría, el “derecho a la tutela judicial efectiva”), que es una derivación del derecho de defensa del art. 18 de la Constitución Nacional;⁸³ principio “*in dubio pro actione*”, que permite que en caso de duda se permita el acceso a la jurisdicción en el proceso contencioso administrativo; la acción de amparo; el amparo por mora de la Administración; las medidas cautelares contra la Administración Pública; la seguridad jurídica y el principio de protección de la confianza legítima; los principios de claridad y transparencia; también, en los últimos años, el derecho de *participación* en la toma de decisiones públicas,⁸⁴ por ejemplo en la regulación de los servicios públicos (art. 42 de la Constitución Nacional), etc.

⁸¹ “[E]l hombre como persona tiene derechos recibidos de Dios, que han de ser defendidos contra cualquier atentado de la comunidad que pretendiese negarlos, abolirlos o impedir su ejercicio.” Pío XI, encíclica *Mit brennender sorge* (escrita contra el régimen nazi), Nº 35.

⁸² Ver acápite I, punto 3.

⁸³ El Papa Benedicto XVI señaló que el proceso en su estructura esencial “es una institución de justicia y de paz”, puesto que “tiene como finalidad la declaración de la verdad por parte de un tercero imparcial, después de haber ofrecido a las partes las mismas oportunidades de aducir argumentaciones y pruebas dentro de un adecuado espacio de discusión.” Discurso a los prelados auditores, defensores del vínculo y abogados de la Rota romana, audiencia del 28.01.2006. *L'Osservatore Romano*, del 03.02.2006.

⁸⁴ Con lo que se demuestra que la democracia de partidos, fórmula clásica de la democracia, precisa en los últimos decenios —y como “signo de los tiempos”— el encauzamiento de la participación ciudadana a través de otras formas no menos democráticas que no son exclusivamente las resultantes de la representación a través de los partidos políticos, sino que, incluyéndose a

Es importante que ese modelo, matriz o paradigma del régimen administrativo (antes denominado régimen exorbitante) no ha significado —vale insistir— la formulación de una teoría que sólo sirva para acentuar el poder estatal en desmedro de los derechos los administrados. Antes bien, con la fórmula sólo pretende poner de relieve, de una parte, que el ejercicio del poder constituye una necesidad y un deber del Estado para el cumplimiento de los fines que le son propios, ejercicio que, lógicamente, está indisolublemente vinculado al marco jurídico y no fuera de él; del otro, que los administrados tienen y le son reconocidos no sólo los derechos que le son ínsitos por ser personas, sino también los remedios e instrumentos legales que el ordenamiento jurídico les reconoce o instituye para su defensa. Por ello, frente a algunas posiciones doctrinarias que ven en ese modelo una forma de acrecentar la prepotencia y la arbitrariedad estatal, creo que la lectura detenida y la reflexión sobre lo que él implica en su contenido estructural aventa esos fantasmas. Precisamente, y sin pretender extenderme en este punto, Julio Comadira escribió un muy importante trabajo que incluyó la cuestión, “El servicio público como título jurídico exorbitante”, que contribuye a aclarar jurídicamente lo que podría entenderse —en una lectura ligera y prejuiciosa de los aportes de dicho maestro— como una figura jurídica ominosa.⁸⁵

4º *La responsabilidad estatal.* Una de las instituciones claves para asegurar un Estado de Derecho es permitir que los particulares puedan ser indemnizados por las actuaciones estatales que provocan daño en las personas o en su patrimonio. El Derecho Administrativo concibió como institución propia y específica la *responsabilidad del Estado*, que se ha desligado de los principios del Derecho Civil,

ellos que son la faz ideológica de la democracia, es necesaria la intervención de otros cuerpos intermedios, como las asociaciones de consumidores y usuarios, de los gremios, de las asociaciones empresarias o del mismo habitante como modo de integrar las representaciones sectoriales para enriquecer la república. Julio Comadira trató el tema de la participación ciudadana en su artículo “El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y la selección de autoridades públicas)”, en la colección Derecho Administrativo, de la revista El Derecho, año 2005, p. 400 a 428.

⁸⁵ ED, suplemento de Derecho Administrativo, del 31.12.2003. No niego que un mal uso de dicho modelo jurídico puede haber sido la causa de los temores señalados, como lo mismo puede decirse de la denominada “zona de reserva de la Administración”, otra de las figuras modélicas tan caras en nuestro Derecho Administrativo. Lo mismo podría llegar a decirse del mal uso de otras instituciones jurídicas; pero el mal uso no puede llevar a confundirse con el sentido que da origen y nutre las sanas instituciones iusadministrativas; no ver ésto puede llevar a una posición casi iconoclasta, más presidida por fantasmas inexistentes que por una razonable meditación sobre su raíz y objetivo jurídicos.

tomando así una conformación propia. Los principios de este último derecho ciertamente son los que en un primer momento se aplicaron cuando se trataba de una actividad antijurídica y dañosa, como igualmente cuando se trataba de una responsabilidad contractual.

Dicha etapa constituyó un paso importante habida cuenta de los reparos que se oponían al reconocimiento de la responsabilidad estatal, puesto que al actuar el Estado en favor del interés general y siendo, sobre todo, soberano, no era concebible responsabilizarlo. En todo caso, respondería el agente o funcionario, pero no el Estado. Hasta no hace muchos años era esta línea doctrinaria la que campeaba en los derechos inglés, norteamericano y en ciertos supuestos, en Alemania (donde la responsabilidad se rige por el Derecho Civil). Al reconocerse la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita extracontractual el paso era importante (la responsabilidad contractual no fue en general motivo de discusión).

Pero más decisivo fue el reconocimiento de la responsabilidad por la actividad lícita, entre la que se destaca la actividad normativa (legal o administrativa). Aquí ya no corre el Derecho Civil, que sustenta la responsabilidad en la idea de culpa en sentido subjetivo (el riesgo creado es una forma de culpa). Evidentemente, el principio que anima tal responsabilidad es que el administrado no puede ser obligado a soportar el daño antijurídico que sufre en su persona o patrimonio por la acción estatal, cuando de su parte no hubo negligencia o imprevisión. Por cierto, es este tramo de la responsabilidad estatal el que más obstáculos encuentra hasta el presente. Es el camino señalado hace ya muchos años por la doctrina de la Iglesia en punto al reconocimiento "del principio que afirma que también el Estado y sus funcionarios y las organizaciones de él dependientes están obligados a la reparación y la revocación de las medidas lesivas de la libertad, de la propiedad, del honor, del mejoramiento y de la vida de los individuos".⁸⁶

5º *El control jurisdiccional de la actividad estatal*. Es una de las consecuencias del principio de división de poderes.⁸⁷ Si no hay control judicial del Estado, todo lo dicho cae en el vacío y es mero formulismo. Admitido el control (que puede ser a través de un tribunal administrativo o judicial), el punto crucial es el alcance del control. Mientras que no caben dudas que cuando la actividad estatal es reglada

⁸⁶ Pío XII, alocución *Con sempre*, Nº 53.

⁸⁷ "[C]orresponde a las exigencias más íntimas de la misma naturaleza del hombre una organización jurídicopolítica de las comunidades humanas que se funde en una conveniente división de los poderes, en correspondencia con las tres funciones específicas de la autoridad pública." Beato Juan XXIII, encíclica *Pacem in terris*, Nº 47.

el control es pleno, porque se trata de comparar la actuación administrativa y su reflejo en la norma. Pero si la actividad es discrecional, ello es, aquella que en un marco de opciones axiológicas en la toma de decisión donde cualquiera de ellas es correcta, el control aparece menos perfilado. Ello es lógico, porque el juez no puede ocupar el lugar que le corresponde a otro poder del Estado.

De allí que se haya tratado de vedar el control del ejercicio de las potestades discrecionales a los jueces invocándose entre otras razones que si ello hicieran estarían violando el principio de división de poderes. La división de poderes no impide el control judicial del ejercicio de la discrecionalidad, siempre que ella se desenvuelva dentro de los cánones del ordenamiento. Quienes sostienen la posición negatoria del control judicial coadyuvan en definitiva al ejercicio de la arbitrariedad. De allí que algunos autores sostuvieron que el control del ejercicio de la discrecionalidad constituye la historia del Derecho Administrativo. En tal sentido, el profesor García de Enterría en una clásica monografía señaló que la reducción de las inmunidades del poder “podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo”.⁸⁸ Y, por último, la palabra del eminente iuspublicista norteamericano Bernard Schwartz, quien dijo: “Ciertamente, ¿qué es el derecho administrativo si no el control de la discrecionalidad?”⁸⁹

La posición actual o tendencia que se aprecia en esta materia es que toda la actividad estatal es controlable por los jueces, pero el alcance varía. Así, será más intenso en la actividad reglada (porque prácticamente en un caso de adecuación normativa típica) mientras que cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales será más limitado. Lo importante es que la opción elegida por la Administración no esté teñida de irrazonabilidad o arbitrariedad, objetivamente comprobada. Uno de los aspectos a tener en cuenta para quitar toda mácula de arbitrariedad es verificar si la decisión está debidamente fundada en los antecedentes del caso, explicitándose, a través de la motivación del acto, las razones que llevan a su dictado. Un acto sustentado en una causa inexistente o falsa, o un acto sin motivación explicitada en sus considerandos, es un acto arbitrario.

Y la idea que aquí campea es que la actuación estatal no puede fincar en la mera voluntad o capricho de la autoridad,⁹⁰ sino que debe tener sustento fáctico y jurídico, motivación suficiente, entendida como la explicitación de los

⁸⁸ *La lucha contra las inmunidades del poder*, 2.ª ed., edit. Civitas, Madrid, 1979, p. 22. Del mismo autor: *Democracia, jueces y control de la Administración*, 1.ª ed., edit. Civitas, Madrid, 1995, p. 23.

⁸⁹ *Administrative Law*, edit. Little-Brown, 3.ª ed., Little Brown, Boston, 1991, p. 652 §10.14.

⁹⁰ “Una resolución absolutamente ‘arbitraria’, sin ningún fundamento alguno, es impensable.” Stein, E.: *De l’État*, cit., p. 66.

antecedentes (que en realidad es una consecuencia de la forma republicana de gobierno), puesto que el servicio al bien común exige legalidad, claridad y transparencia de las decisiones estatales. El control judicial constituye de tal forma el último remedio para asegurar la corrección de la actuación del Estado. Como dijo Pío XII: “Del ordenamiento querido por Dios deriva el inalienable derecho del hombre a la seguridad jurídica, y con ello a una esfera concreta de derecho, protegida contra todo ataque arbitrario”.⁹¹

Conclusión

Como conclusión de lo expuesto conviene puntualizar que no se ha pretendido fundar exclusivamente en una confesión religiosa las instituciones del Derecho Administrativo. Ellas tienen un basamento dado por la historia, las ideas, las luchas y la realidad cotidiana que les dan razón y que las renueva para responder las exigencias comunitarias que exigen una Administración eficiente, transparente y justa, junto con el control de la actuación de los poderes públicos.

Pero el iusnaturalismo católico no ha permanecido ajeno a ello, porque cuenta con el bagaje ético necesario y la visión total de la persona humana y del Estado que la técnica de la ciencia del Derecho Administrativo no puede por sí sola brindar. En definitiva, confiere el espíritu que da la razón nutricia ética y renovadora del Derecho Administrativo.

No significa lo dicho que por sí sola —sin recurrir a los criterios expuestos— no pueda nuestra ciencia servir a los fines a que está destinada. Pero, ciertamente, con la visión iusnaturalista mejor se logran. Tampoco se pretende que quienes no son católicos no puedan compartir el mismo criterio profundo de las instituciones del Derecho Administrativo. Si esas personas buscan los mismos ideales y valores, no habrá dificultad en la coincidencia sustancial. Valga lo dicho, aunque en otro contexto, por Edith Stein: “He estado siempre muy lejos de pensar que la misericordia de Dios se ciñese a las fronteras de la Iglesia visible. Dios es la verdad. Quien busca la verdad, busca a Dios, séale o no manifiesto”.⁹² Y es el encuentro en esa verdad superior compartida permite la búsqueda de valores y principios que dan sustrato ético al Derecho Administrativo, puesto que no debemos olvidar que, como se lee en un libro común al pueblo judeo-cristiano: “Todas mis fuentes están en Ti”.⁹³

⁹¹ *Con sempre*, N° 48.

⁹² *Selección epistolar*, carta del 23 de marzo de 1938, p. 120-121.

⁹³ *Salmos*, 86, 7.

Por todo ello, al momento de elegir un trabajo en homenaje al querido Julio, consideré que el que aquí ofrezco —remozado— sería el mejor, porque en el pretendí aunar esa fe compartida —que nos dio fuerza a ambos en distintos momentos difíciles, en pruebas que debíamos superar y dolores que debíamos ofrecer— a la ciencia a la que nos hemos dedicado, bajo la idea directriz de que la fe y la razón científica no son un contrasentido, sino una forma de acudir certeramente al conocimiento de la verdad, y, en la verdad, encontrar la Justicia.

Esa fue la enseñanza prácticamente expuesta que me mostró Julio Comadira, y que aquí he buscado transmitir. Ojalá que así sea.

A Jusnaturalist Introduction to Administrative Law

Abstract: The article presents a jusnaturalist foundation of Administrative Law. Based on a philosophy perspective of natural law, the study examines from a theological vision three pillars — the human being, the Law and the State — and then relate them in a jusnaturalist application to Administrative Law.

Key words: Jusnaturalism. Natural Law. Administrative Law. Human dignity.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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

Recebido em: 08.03.2013

Aprovado em: 04.09.2013