

LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por JUAN CARLOS CASSAGNE

Resumen:

Este artículo constituye una contribución al tema de los principios generales y su proyección al derecho administrativo, destacando la trascendencia que han adquirido tras su constitucionalización al distinguir el plano de los principios como mandatos vinculantes que prevalecen sobre las leyes de los derechos y garantías jurídicas. Mientras los derechos se conciben como facultades o derechos subjetivos el concepto de garantía opera como medio de protección para controlar la legalidad de la Administración y la arbitrariedad.

Palabras clave:

Principios generales; mandatos vinculantes; derechos subjetivos; garantías jurídicas y arbitrariedad.

THE GENERAL PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE LAW

Abstract:

This paper is a contribution to the subject of the general principles and its projection to administrative law, emphasizing the importance they have acquired after its constitutionalization by distinguishing the principles which are binding mandates and prevail over right laws and legal guarantees. While rights are conceived as faculties or subjective or fundamental rights the concept of guarantee operates as a legality protection of the administration and arbitrariness.

Keywords:

General principles; binding mandates; individual rights; legal safeguards and arbitrary.

I. PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

El sentido de los principios generales al derecho administrativo, tanto los que son comunes a todo el derecho como aquellos que se gestan en el ámbito de la propia disciplina, no puede prescindir del fundamento basilar que preside las relaciones que se enhebran entre los ciudadanos y el Estado. Ese fundamento último y principal no es otro que la dignidad humana, a partir de la cual se llega “a unos principios inmutables, superiores a todo ordenamiento positivo”¹.

En su problemática cobran trascendencia las distintas fuentes positivas de producción del sistema normativo, así como la justicia material, cuando se procede a integrar los principios generales en la solución del caso, mediante un proceso de heterointegración² (en el supuesto de carencia histórica de normas).

Para captar inicialmente el sentido de lo que constituye un principio general puede acudir, en una suerte de analogía, al pensamiento de ORTEGA, cuando sostiene que existe una conexión entre ideas y creencias que se asemeja a la que hay entre conocimientos y certidumbres. Quien cree tiene certidumbre —agrega— precisamente porque él no se la ha forjado. Le viene de afuera³. Las ideas, en cambio, las adquiere el hombre en contacto consigo mismo y con el mundo, es decir, con la realidad⁴.

En esta visión orteguiana, salvando las distancias y terminologías, hay mucho del pensamiento griego de SÓCRATES y de PLATÓN, en el sentido de que las ideas son algo que el hombre descubre dentro de sí mismo. Como es sabido, mientras SÓCRATES se basaba en la persona (el objetivo del filósofo debía ser descubrir la verdad dentro de sí mismo), PLATÓN retoma su pensamiento proyectándolo al saber. En esa proyección al saber se perfecciona la dialéctica (el método de la argumentación y discusión para arribar a la verdad o a la solución justa)⁵.

Como es sabido, el idealismo platónico consiste en una construcción que se realiza mediante una operación doble. Por una parte, afirma que las ideas

¹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona humana*, Civitas, Madrid, 1986, p. 20; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, “Principios generales del derecho administrativo constitucionalizados en el derecho español”, *Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Valladolid y Salamanca, Junta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña, 2008, ps. 388-389, vincula la dignidad de la persona con los principios del Estado Social y Democrático de Derecho.

² SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 45.

³ ORTEGA Y GASSET, José, *Obras completas*, t. V, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 407.

⁴ ORTEGA Y GASSET, José, *Obras completas*, cit., t. V, p. 384.

⁵ Es la concepción clásica de la dialéctica. Las ideas modernas sobre la dialéctica fueron particularmente desarrolladas por HEGEL (tesis y antítesis en un movimiento activista) y SCHOPENHAUER (el arte de tener razón). Como es sabido, estas concepciones de la dialéctica excluyen la verdad y los valores.

(mundo inteligible) existen independientemente de las cosas. Pero las cosas (el mundo sensible) sólo existen en cuanto participan de las ideas, de ahí que el idealismo sostenga que la cosa no pueda existir sin la idea (la idea constituye el modelo ejemplar de las cosas).

El pensamiento de PLATÓN constituye, en cierto modo, un antecedente útil para la caracterización de los principios generales en cuanto afirma que el conocimiento de las ideas es un conocimiento *a priori* (independiente de la experiencia, lo que no implica que se arribe a él al margen de la experiencia). Se trata de un conocimiento universal y necesariamente válido que siempre tendrá que ser así⁶; algo similar a la certidumbre o creencia en ORTEGA.

Los principios generales guardan estrecha relación con la justicia o con el derecho natural, en el que encuentran su fundamento⁷, siendo conocimientos que se asemejan a creencias indiscutibles, forjadas desde afuera de la persona, en las que todo el mundo cree. Los principios son universales⁸, existen por sí mismos⁹. Puede decirse que son tan obvios que nadie los puede negar o refutar (v.g. la defensa de la vida, la dignidad de la persona, el afianzamiento de la justicia, la libertad interior y exterior, la buena fe, etc.).

Sin embargo, no obstante el auge que tuvieron las corrientes iusnaturalistas durante el siglo pasado, incluso las más complejas y abarcativas como el iusnaturalismo¹⁰ (una especie de iusnaturalismo actualizado), ellas se encuentran en medio de un escenario doctrinario caracterizado por una notable diversidad en el que desfilan desde concepciones positivistas hasta metapositivistas y eclécticas¹¹ o bien, transpositivistas¹².

⁶ Cfr. BLAQUIER, Carlos Pedro, *Apuntes para una introducción a la filosofía*, Lons, Buenos Aires, 2003, ps. 33-34, afirma que frente a esos conocimientos *a priori* estamos "...ante una verdad de derecho que siempre y necesariamente es así" (op. cit., p. 34).

⁷ Vid. SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Los principios en el Derecho Administrativo*, Díkè, Mendoza, 2000, p. 41 y ss.

⁸ El realismo moderado, de raíz aristotélico tomista, aunque postula la independencia de las cosas de las ideas (unificando el mundo sensible con el inteligible) acepta, a diferencia del nominalismo, la categoría de los universales. En la actualidad, algunos juristas suelen ser nominalistas inconscientes, como los neo-positivistas; ampliar en FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, t. III, Ariel Filosofía, Barcelona, 1994, p. 2575 y ss., y t. IV, p. 3603 y ss.

⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, afirma que "si el Consejo de Estado francés invoca y aplica 'los principios generales del derecho' es porque éstos existen" (op. cit., p. 282).

¹⁰ SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Los principios en el Derecho Administrativo*, cit., ps. 25-26.

¹¹ VIGO, Rodolfo L., "Los principios generales del derecho", JA 1986-III-860, señala que en el escenario doctrinario hay cinco corrientes: la positivista, que sostiene que no hay principios fuera del derecho positivo; la historicista, que encuentra el fundamento de los principios generales en un derecho pretérito; la científicista, que sólo tiene en cuenta su elaboración por la ciencia jurídica; la metapositivista, que fundamenta el contenido de los principios fuera del derecho positivo y, por último, la ecléctica, que armoniza las distintas posturas.

¹² COVIELLO, Pedro J. J., "Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino", ReDA, nro. 62, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 1088 y ss.

Con todo, las clasificaciones apuntadas no deben llevarnos a confundir las cosas porque muchos de los principios generales provenientes del iusnaturalismo clásico o aún del que posee naturaleza racionalista, han pasado al derecho positivo a través de su incorporación a la Constitución y a la ley (formal y material) o mediante su recepción generalizada por vía de la jurisprudencia. Esto no implica que se diluya la jerarquía que poseen los principios generales del derecho como fuente del ordenamiento, se encuentren o no positivizados, ni dejar de reconocer que “la peculiaridad del ámbito jurídico-administrativo ha sido causa de modalización de algunos o incluso de la aparición de otros al amparo de los preceptos constitucionales”¹³.

Llevados al plano de los poderes, los principios constituyen el fundamento de los derechos o garantías que facultan al Estado y a los particulares a invocarlos en los procesos judiciales y obtener así la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas.

II. TRASCENDENCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

1. Características y principalidad de los principios generales

En el derecho administrativo confluyen, con mayor o menor intensidad, los elementos normativos del sistema jurídico, los valores que dan contenido justo a la aplicación e interpretación del derecho junto a los datos de la experiencia que refleja la realidad social a través del comportamiento de las normas, tanto en la jurisprudencia como en la práctica o costumbre. De ahí la trascendencia que revisten los principios generales en cuanto ellos reafirman sus funciones aplicativas e integrativas para hallar la solución justa en un caso determinado, lo que puede lograrse —entre otros procedimientos— mediante la utilización de la técnica llamada tópica (originaria del derecho romano y revalorizada por la ciencia jurídica alemana y española del siglo pasado).

Con anterioridad¹⁴, nos propusimos captarlo en su real dimensión y trascendencia. Su temática requiere recorrer un camino que parte de las cuestiones básicas que se plantean en el campo de la filosofía del derecho y de la técnica jurídica.

De ese trabajo han transcurrido unos cuantos años y resulta interesante comparar la evolución que han tenido algunos de los principios generales del derecho allí enunciados junto a la aparición de otros nuevos, producto de la reforma constitucional de 1994 y de los desarrollos tanto doctrinarios como jurisprudenciales.

¹³ MEILÁN GIL, José Luis, “Los principios generales del derecho desde la perspectiva del derecho público en España”, *Actas del VII Foro Iberoamericano...*, cit., p. 414.

¹⁴ En *Principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

El progreso de la ciencia jurídica del derecho público, particularmente del derecho administrativo a partir de la mitad del siglo XX, ha sido tan espectacular como incesante. Es cierto que ha habido quizá demasiada producción y que no toda, como es lógico, ha contribuido al crecimiento armónico de la disciplina.

Pero, si se separa la paja del trigo, no se puede ignorar que, en la mayor parte de las obras de valía intelectual, hay una recurrencia, a veces larvada, de los principios generales del derecho que constituyen el fundamento o causa del ordenamiento jurídico administrativo.

Ese renacimiento de los principios implica reconocer que ha habido, en forma consciente o inconsciente, una huida masiva del positivismo¹⁵ y de las técnicas puramente deductivas de interpretación de las normas y, por más que algunos sigan postulando una concepción estrictamente positivista del derecho, lo cierto es que, los principios de la justicia, o si se quiere del derecho natural, han socavado los cimientos de la pirámide Kelseniana, ya que ellos existen, se desarrollan y se aplican con independencia de las normas positivas¹⁶. Más aún, muchas veces los principios generales representan un freno que cumple la función de garantizar los derechos de los particulares frente a los abusos en que suelen incurrir las leyes o reglamentos administrativos.

En cierto modo, el derecho administrativo puede describirse partiendo de una cadena formada por principios generales que se encuentran en la base del sistema jurídico, inspiran sus normas e informan su contenido permitiendo concretar, en caso de lagunas, la obra legislativa¹⁷. Pero no existe, en realidad, un dualismo entre Derecho Natural y Derecho Positivo, sino más bien que el primero sufre un proceso de conversión jurídica por su incorporación a fórmulas técnicas que se configuran tópicamente en función de los problemas. Precisamente esta conversión de los preceptos absolutos del derecho natural en criterios técnicos y tecnificables es lo que se expresa en el concepto de “*principios generales del Derecho*”¹⁸.

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

¹⁶ Véase SILVA TAMAYO, Gustavo, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 29.

¹⁷ ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, *Los principios generales del Derecho como fuente del derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 29.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 63, agrega que: “La sustantividad de éstos, paralela a la propia sustantividad de la técnica jurídica, se manifiesta por de pronto en un hecho elemental, y es que no todos ellos son concreción de ese Derecho natural o superior, sino que éste sólo informa una parte de ellos, siendo los otros, expresión del orden político concreto, y otros, en fin, y no de los menos importantes, de carácter institucional o estrictamente técnico, aunque éstos vienen a encerrar frecuentemente, todos los anteriores...” (op. cit., ps. 63-64). Entre nosotros, se ha sostenido también que el derecho natural y el derecho positivo no constituyen ordenamientos separados y que los principios generales del derecho se desprenden de la ley natural, de la cual se extraen por

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

Ese dinamismo potencial, que es propio de los principios generales del derecho, corre parejo con las peculiaridades del derecho administrativo que, como derecho en formación, siempre se encuentra de cara a un proceso de adaptación a la realidad sobre la que elabora sus soluciones frecuentemente asistemáticas¹⁹.

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

Esto se ve claro en la evolución que se ha operado en el derecho administrativo francés y es lo que ha llevado a RIVERO a sostener que el Consejo de Estado, consiente de que la seguridad jurídica no podía hallarse sino en la continuidad del derecho, “*ha tenido que ir a buscarla fuera de la ley para mantenerla pese a los cambios políticos y a sus repercusiones legislativas: afirmando enérgicamente la estabilidad de los principios pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes*”²⁰.

Frente a esta problemática, la función del juez desempeña el papel de mantener el equilibrio social a través de las diferentes formas de justicia²¹ cuya realización se alcanza utilizando el mayor margen de libertad que le permite la recurrencia a los principios generales del derecho, incluso para construir nuevas soluciones jurídicas no previstas en el ordenamiento²².

medio de la acción práctica: cfr. ROQUEL, Rodolfo, *Introducción a la teoría general del derecho administrativo*, Dunken, Buenos Aires, 2004, p. 88.

¹⁹ Como lo ha puesto de relieve GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, FDA, Buenos Aires, 1995, p. V-10.

²⁰ RIVERO, Jean, “Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo”, RAP, nro. 6, p. 293.

²¹ En el derecho público, donde predominan la justicia legal y la distributiva, existen también intercambios voluntarios que crean relaciones regidas por la justicia conmutativa (conf. *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 83).

²² El ordenamiento se halla constituido no sólo por las normas sino también por los principios generales del derecho, encontrándose éstos en cúspide del ordenamiento jurídico. La admisión de los principios generales como fuente del derecho rompe la estatización del derecho que se pretendió asegurar con el dogma de la completitud del ordenamiento. Además de lo dicho en el texto la distinción entre norma y principio se apoya —según Dworkin— en que éstos tienen una dimensión que no poseen aquéllas: la de peso o importancia. Al respecto, señala este autor que: “Cuando los principios se interfieren (la política de protección de los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo) quien debe resolver

2. *Sus peculiaridades en el derecho administrativo*

El derecho administrativo es, sin duda, el terreno más fértil y propicio para la aplicación e integración de los principios generales del derecho. Así se desprende de su propia naturaleza como rama no codificada²³ ni codificable en su totalidad que, en sus orígenes y aún hoy en algunos de los principales países de Europa, es de creación eminentemente pretoriana. Esto explica, de algún modo, la trascendencia del papel que cumplen los principios generales y “*su contribución a forzar la coherencia del orden normativo*”, así como su “*utilidad para llenar las lagunas del derecho*”²⁴.

Es curioso observar ahora, desde cierta perspectiva histórica, el hecho de que el derecho administrativo no hubiera perdido el rumbo frente a la profusión de leyes y reglamentos que lo asediaba y haya podido elaborar un conjunto orgánico de principios que permiten resolver los innumerables y novedosos problemas prácticos que plantea el obrar de la Administración Pública.

Ello ha podido acontecer por la gravitación prácticamente universal que han tenido y tienen los principios generales del derecho en el derecho administrativo el cual, además de ser un derecho de equidad²⁵, que acude frecuentemente a la corrección del rigorismo excesivo de la ley con fórmulas que contienen los criterios de justicia que demanda el caso particular, exalta y potencia el papel del juez en el proceso de creación del derecho.

A la vez, el crecimiento doctrinario que se operó en el derecho administrativo de este siglo contribuyó a consolidar un movimiento jurídico orientado hacia la observancia de los principios comunes a todo el ordenamiento, en la medida en que su aplicación sea compatible con las relaciones de derecho público que vinculan a la Administración con los particulares.

Precisamente, el aumento de la intervención de la Administración en todos los ámbitos de la vida hacen que, como ha dicho GARCÍA DE ENTERRÍA “*la única posibilidad de una garantía individual y social efectiva frente a los formidables poderes de esta naturaleza*” (el autor apunta a la figura del caballo

el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una medición exacta y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido, qué importancia o qué peso tiene” (DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 78).

²³ Conf. VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, 4^a ed., PUF, París, 1968, p. 52 y ss.

²⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro, en la presentación al libro *Principios generales del Derecho Público* de Frank MODERNE, traducido al español, Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 8.

²⁵ La concepción de un derecho administrativo concebido básicamente como un derecho de equidad se desarrolló en Francia a partir de la obra de Maurice HAURIOU, cuya aportación doctrinaria permitió configurar las instituciones y principios fundamentales de la materia. En el Prefacio a la 5^a edición del *Précis de Droit Administratif et Droit Public Général de 1903*, al abordar los caracteres y el espíritu del Derecho administrativo francés, ya señalaba que el derecho administrativo era un derecho de equidad basado en la prerrogativa de la Administración, hecho por el juez y organizado conforme a la teoría del acto.

de Troya dentro del derecho administrativo de un Estado de Derecho, según la conocida frase de HUBER), “...de la Administración de hoy está en la técnica de los principios generales del Derecho”²⁶.

El derecho administrativo no posee ni ha poseído nunca una existencia aislada e independiente y ha constituido siempre una porción del ordenamiento jurídico de cada época histórica, manteniendo con las otras ramas jurídicas relaciones de jerarquía y subordinación, como sucede con el derecho constitucional, o bien relaciones de interferencia, como es el caso de sus vínculos con los derechos civil y comercial.

Al reconocerse que el derecho administrativo constituye el derecho común de la Administración Pública, sus relaciones con el derecho civil se plantean, a partir de ese reconocimiento, en el ámbito de dos disciplinas sustantivas de similar autonomía científica, como resultado de un proceso que condujo a desplazar el carácter excepcional y exorbitante que poseía el derecho administrativo de los primeros tiempos reemplazándolo por un régimen, propio y típico, que se abastece e integra por principios y normas que son peculiares del derecho público.

Sin embargo, aparte de que la afirmación precedente no veda las continuas relaciones de interferencia y contacto con el derecho privado, ni tampoco impide la recurrencia a la analogía como técnica de interpretación o aplicación del derecho, es evidente que hay un fondo común conformado por el conjunto de los principios generales del ordenamiento, los cuales, al fundarse en el respeto de la persona humana o en la razonabilidad práctica, encierran —como apunta RIVERO— la concepción del derecho natural²⁷.

Es conocida la circunstancia que, durante muchos años, se sostuvo como un triunfo de la ciencia jurídica, a partir de las enseñanzas de la escuela histórica alemana, el haber desterrado de ella al derecho natural. Pero esta afirmación, que aparece reiterada en las diferentes versiones de las escuelas filosóficas posteriores al positivismo historicista, no se ajusta a la realidad que exhibe el desarrollo del pensamiento jurídico recogido en los códigos que se dictaron en esa época, los que incorporaron criterios propios del derecho natural racionalista de la etapa precedente. Por eso pudo advertir uno de los grandes juristas de la escuela histórica —como fue GIERKE— que el derecho natural experimentó en realidad una victoria material por obra de la escuela adversa, después de su ruina formal²⁸.

Ahora bien, el auge de los principios generales del derecho en el derecho administrativo obedece al abandono, o al menos la morigeración, de los pre-

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley...*, cit., p. 41.

²⁷ RIVERO, Jean, “Los principios generales del derecho...”, cit., p. 300; en idéntico sentido; BARBE PÉREZ, Héctor, *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1958, p. 21.

²⁸ GIERKE, *Naturrecht un Deutsches Recht*, p. 24, cit. por DEL VECCHIO, Giorgio, en *Los principios generales del Derecho*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, p. 45.

supuestos ideológicos de la Revolución Francesa, en que se apoyó el derecho europeo del siglo XIX, al preconizar la primacía de la ley escrita, cuya autoridad se fundamentaba en la voluntad de la Nación formulada por los representantes elegidos por el pueblo, quienes poseían así un verdadero monopolio para la emisión de las reglas del derecho²⁹. En ese marco, el papel del juez debía limitarse forzosamente a la aplicación e interpretación de las normas, sin intervenir en el proceso de creación del derecho.

Pero esa confusión entre ley escrita y regla de derecho, que no admitía otro origen que el legislador positivo, fue quebrada por construcciones provenientes de diversas fuentes formales y de la propia realidad y sin que pueda afirmarse absolutamente que este proceso se encontró signado por alguna escuela filosófica determinada no puede dejar de señalarse que permitió —aún en pleno auge del positivismo— el retorno al principio según el cual el derecho es, siempre, el objeto de la justicia.

La primera quiebra de aquellos presupuestos ideológicos la ocasionaron los Códigos que, como el de Austria y el nuestro (además del Código español y el albertino), asignaron a los principios generales del derecho o principios del derecho natural³⁰ el rango de fuentes del derecho. Sin entrar al análisis de si se trata o no de una fuente subsidiaria o principal, no puede ignorarse, que la aplicación conjunta del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico y del deber de fallar impuesto a los jueces implicó una revalorización del papel de éstos en la formación del derecho en los supuestos de carencia de norma escrita que resolviera la cuestión, dando pie al regreso del derecho jurisprudencial, el cual, por esa puerta, pasó a convertirse, otra vez, en fuente del derecho.

No menos importante fue la incidencia que en este proceso tuvo la evolución operada en el seno del derecho administrativo el cual, al carecer de normas orgánicamente codificadas, hizo imposible que se extendiera al mismo la técnica de generalización creciente de las normas positivas, limitándose al propio tiempo la función de la analogía a la aplicación de preceptos, previa adaptación con los principios que rigen cada institución administrativa.

Por otro lado, la primacía de la ley formal y material se debilitó también debido al reconocimiento al Poder Ejecutivo de la potestad de dictar reglamentos con valor de ley, lo cual, junto a la remisión a la equidad natural para corregir la injusticia o desactualización de la norma aplicable al caso, condujo a una intervención más activa de los jueces en el proceso de creación del derecho. A

²⁹ RIVERO, Jean, “Los principios generales del derecho...”, cit., p. 289. Señala LUQUI, que dentro de tal esquema “la Administración Pública quedó reducida a la función de simple ejecutora de la voluntad legislativa” (LUQUI, Roberto E., “Algunas consideraciones sobre el concepto de Administración Pública”, LL 151-1074). Sobre el mito de la ley como la voluntad general del pueblo, véase: GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo español*, t. I, 2ª ed., Eunsa, Pamplona, 1993, ps. 84-86.

³⁰ Código de Austria, art. 7º; Código Civil argentino, art. 16; Código Albertino, art. 15.

partir de allí, los principios generales pasaron a constituir el fundamento de las decisiones comenzando a operar como límites del poder reglamentario.

En adición a todo ello cabe apuntar que, hallándose enfrentado el mundo contemporáneo a un creciente proceso de globalización y consecuente internalización de las normas jurídicas, el rol de los principios aparece potenciado de cara a la necesidad de brindar la seguridad jurídica para que todos los operadores puedan encontrar soluciones coherentes y fácilmente localizables que les permitan encontrar una referencia estable “*del razonamiento jurídico*”, a veces, incluso, como apunta MODERNE “*detrás de las soluciones parciales de los litigios*”³¹.

En todo este proceso, gran parte de los principios generales del derecho natural se incorporaron al derecho positivo de las constituciones modernas. Es lo que ha ocurrido con los principios que recoge, entre otras, nuestra Constitución, que son fuente primaria del derecho administrativo, la mayoría de cuyas instituciones encuentran su directo fundamento en los principios que emergen del Preámbulo y del articulado de la Carta Magna³².

3. La inserción de los principios del Derecho Natural en el ordenamiento y el papel de la tópic

Durante algún tiempo —como apuntó en su momento DEL VECCHIO— “la negación del derecho natural se consideró por lo general ‘como un indispensable acto de fe y casi un deber de buena crianza para el jurista’”³³. En efecto, los juristas se van curando poco a poco de esa enfermedad que KAUFMANN³⁴ llamó el horror *iuris naturalis*, comenzándose a admitir la aplicación de los principios del derecho natural como fuente subsidiaria para suplir las lagunas de la ley, prosiguiendo con el reconocimiento de su carácter informador del ordenamiento hasta culminar, como en el modelo francés, aceptando que se trata de una fuente autónoma y directa del derecho administrativo, conforme a la elaboración jurisprudencial.

La negación de los principios generales del derecho como fuente del derecho continúa siendo afirmada por aquellas concepciones que consideran a la justicia y a la moral como nociones metajurídicas que se hallan fuera del de-

³¹ MODERNE, Frank, *Los principios generales...*, cit., p. 19.

³² Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 200.

³³ DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales...*, cit., p. 45.

³⁴ KAUFMANN, Arthur, en *Naturrecht and Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957, p. 5, cit., por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en *Reflexiones sobre la ley...*, p. 77, nota 9. De esta obra hay una traducción en español bajo el título “Derecho, moral e historicidad”, Marcial Pons, Madrid, 2000. Sin embargo, en la parte interior del libro e inmediatamente antes del Índice, figura con el título “Derecho Natural e Historicidad. Derecho y Moral”. Apunta KAUFMANN que “en el jurista yace, profundamente arraigado un *horror iuris naturalis*... y en el fondo de su corazón se alegra poder resolver un problema sin tener que acudir a consideraciones *ius naturalitas*”.

recho o que éste sólo surge de la conducta o del consenso de la comunidad. Pero si esto último fuera cierto, cabe preguntarse si sería válida una norma que legitime los enriquecimientos de los funcionarios públicos producidos por exacciones ilegales o cohechos y que los jueces apliquen esa norma en base a que dicho principio es el querido y aceptado por la comunidad en una determinada circunstancia histórica. ¿No constituiría esa norma un supuesto de ilegitimidad por contrariar un principio de la justicia natural según el cual no es lícito obtener de los delitos enriquecimiento alguno?³⁵

En el proceso de ruptura de las premisas y axiomas del positivismo jurídico ha sido indudablemente FINNIS uno de los autores que ha revalorizado el iusnaturalismo, actualizándolo a la luz de su tradición y mostrando la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas. Porque, “*volvió a poner sobre la mesa cuestiones como la inextricable unión de las valoraciones —morales en último término— y las descripciones en las ciencias sociales...*” junto a “*...la necesidad de explicar el derecho positivo en el contexto de la razonabilidad práctica y de los fines básicos fundantes del orden moral*”³⁶.

Esta renovación del pensamiento iusnaturalista procura una nueva formulación de un objetivismo ético-jurídico que se apoye básicamente en la verdad y que se abra a la naturaleza de las cosas humanas con el objeto de “alcanzar una fundamentación ‘fuerte’ del derecho y de las instituciones políticas” es decir, la de suministrar una justificación racional de su “obligatoriedad y exigibilidad”³⁷.

La causa del verdadero descrédito del derecho natural no obedece al hecho de haberlo basado en la primera verdad del hombre que es Dios, sino a la utilización del método axiomático y deductivo, propio de la Geometría, por el que se pretendía extraer de cada axioma una cadena de consecuencias a través de la deducción. Este método resulta opuesto al llamado tópico que llegaron a utilizar los romanos, el cual ha sido revalorizado en este siglo por la ciencia jurídica alemana. Su criterio central se asienta en un proceso analítico que procura hallar respuestas a problemas concretos mediante el empleo de un repertorio de *topoi* o lugares comunes revelados por la experiencia³⁸.

Es que —como apunta GARCÍA DE ENTERRÍA— aun cuando el derecho natural se asiente en el *primum verum* “su efectividad en el derecho positivo no actúa destruyendo las estructuras tópicas en que éste se concreta sino precisamente insertándose en ellas y funcionalizándose dentro de sus propios esquemas

³⁵ Sobre las leyes injustas y el principio que predica que la *lex injusta non est lex*, véase: FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. del inglés, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 379 y ss., especialmente ps. 390-393.

³⁶ ORREGO, Cristóbal S., en el Prólogo a la obra de FINNIS, John, *Ley natural...*, cit., p. 14.

³⁷ MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía del Derecho*, t. I, “El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural”, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, ps. 286-289.

³⁸ VIEHWEG, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, trad. del alemán, Taurus, Madrid, 1964, p. 25 y ss.

técnicos”³⁹ mediante la adición, el complemento y la incorporación de matices “que el pensar jurídico ha obtenido tópicamente en función de los problemas”⁴⁰.

III. LA CONCEPCIÓN “FINNISIANA” SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

El análisis de la concepción de FINNIS acerca de los principios generales exigiría una profundización de sus bases y axiomas, conceptos jurídicos y figuras lingüísticas cuya extensión excedería el propósito de esta investigación. Por tal razón, optamos por seleccionar los aspectos que consideramos constituyen las claves básicas de su concepción en este punto que seguidamente pasamos a enunciar.

En primer término, cabe visualizar que para FINNIS el derecho positivo constituye una derivación de la ley natural siendo los primeros principios conclusiones que traducen una derivación razonable de ella, que muestran “los aspectos básicos de la plena realización humana”⁴¹. Esos principios, que son inmutables (por ej., la defensa de la vida) reciben su fuerza de la razonabilidad y no de cualquier otro acto o acontecimiento originante⁴². Existe, empero, una segunda forma de derivación en la que los principios generales se configuran a través de una determinación que consiste en una elección autorizativa más o menos libre, porque siempre estará “conectada con los principios básicos... los bienes humanos básicos”⁴³ y controlada, asimismo, “por principios formales de amplio alcance y por otros principios estructurales (en forma tanto de primer grado como de segundo grado) que a su vez se derivan de los principios básicos según la primera forma de derivación”⁴⁴.

En forma paralela e interrelacionada, FINNIS alude a otra clasificación de los principios que no coincide con la categoría de los primeros principios o principios básicos y de los principios que se obtienen mediante una determinación autorizativa. Como se desprende de la propia denominación empleada, los principios de segundo grado son aquellos que “tienen que ver con la aplicación

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley...*, cit., p. 61 quien agrega: “Así, por ejemplo, la norma del Derecho natural que limita la materia de los pactos a objetos morales no irrumpe en el derecho positivo como un precepto superior y absoluto que hace cesar o suspender las normas propias de éste, sino que, por el contrario, alcanza toda su efectividad y todo su sentido en tanto y en cuanto se inserta en las estructuras técnicas positivas lo que en el caso da lugar a un mecanismo técnico tan complejo y matizado como es nada menos que la teoría de la causa, teoría solo precisable y configurable a la luz y en función del problema, esto es, tópicamente”.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley...*, cit., p. 62.

⁴¹ FINNIS, John, *Ley natural...*, cit. p. 234.

⁴² *Ibidem*, p. 379.

⁴³ *Ibidem*, p. 316.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 316.

de otras reglas y principios⁴⁵ y “son esencialmente principios para sistemas de derecho positivo y de hecho se han de encontrar virtualmente en todos los sistemas”⁴⁶.

Ahora bien, en la concepción “finnisiana”, estos principios de segundo grado más que exigir determinadas conductas funcionan como causa o justificación de reglas y determinaciones particulares⁴⁷ con lo que no estamos de acuerdo porque les resta operatividad a principios que configuran verdaderos mandatos plenamente exigibles.

Repárese nada más en los trece principios generales de segundo grado enunciados por FINNIS para captar la importancia de atribuirles carácter vinculante y operativo en cualquier sistema jurídico orientado a la protección de los derechos fundamentales o humanos.

La formulación que elabora FINNIS de los principios de segundo grado comprende:

la privación forzada de los derechos de propiedad ha de ser compensada respecto del *damnum emergens* (pérdidas efectivas) y acaso también del *lucrum cessans* (pérdida de ganancias esperadas);

no hay responsabilidad por daños no intencionados, sin culpa (este principio se viola con la positivización de la responsabilidad objetiva);

no hay responsabilidad penal sin *mens rea*;

no se puede ir contra los actos propios (*estoppel*);

no cabe asistencia judicial para quien alega a su favor su propio ilícito;

el abuso de los derechos no está protegido;

el fraude lo anula todo;

los beneficios recibidos sin justificación a expensas de otro deben ser restituidos;

el *pacta sunt servanda*;

libertad para cambiar mediante acuerdo las relaciones jurídicas existentes;

la protección de los sujetos más débiles en la relación al estimar los efectos de los actos jurídicos (la teoría de la lesión);

el derecho a ser oído en las controversias;

nadie puede ser juez en su propia causa⁴⁸.

La mayoría de los principios generales antes enunciados han tenido recepción en el derecho positivo y constituyen mandatos exigibles. Desde luego que la lista de los principios generales no se agota con los principios de segundo grado que reconoce FINNIS y de ello damos cuenta en el curso de este trabajo.

Interesa señalar, asimismo, que FINNIS destaca la necesidad del imperio del derecho para poder sostener razonablemente que un determinado sistema

⁴⁵ *Ibidem*, p. 313.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 324.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 315.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 315.

jurídico está funcionando bien, en la medida que se cumplan los *desiderata* (valores deseables) que informan el Estado de Derecho o principio de legalidad⁴⁹ (gobierno de la ley y no de los hombres). Empero, entre los *desiderata* que selecciona hay algunos como la irretroactividad y el que no se impongan reglas de cumplimiento imposible⁵⁰ que consideramos configuran también principios generales del derecho.

IV. JERARQUÍA Y DIVERSIDAD DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

1. La constitucionalización de los principios y la problemática que plantea

En el campo de la filosofía del derecho y de la teoría general se ha ido afirmando en Europa la idea del paso de un Estado Legal al Estado Constitucional, cuestión que en la Argentina fue superada desde nuestros orígenes fundacionales, gracias a la adopción, en este punto del modelo norteamericano, basado en la supremacía de la Constitución (art. 31 CN) y en la consagración en ella de derechos y garantías.

No obstante, a raíz de la reforma de la Constitución en 1994, se plantean actualmente nuevas cuestiones en materia de interpretación constitucional, como aquellas que suscita la incorporación de los nuevos derechos y garantías en el plexo constitucional, particularmente lo concerniente a su grado de operatividad, el criterio para resolver los supuestos de colisión entre derechos o principios, los límites de los derechos y la competencia del legislador, la aplicación del *ius cogens* y el problema de la jerarquía de los tratados internacionales, que alguna doctrina sostiene que poseen de rango superior a la Constitución, cuando versan sobre derechos humanos, doctrina que ha sido seguida por la mayoría de la Corte en el caso “Simón”⁵¹.

En efecto, los tratados internacionales, tengan o no por objeto la regulación de garantías concernientes a los derechos humanos, poseen en el derecho público argentino, jerarquía constitucional subordinada a la propia Constitución pues aunque sean superiores a las leyes internas⁵², a tenor de lo prescripto en el art. 75 inc. 22 este precepto establece que “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben considerarse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”⁵³.

⁴⁹ Ibidem, p. 298.

⁵⁰ Ibidem, p. 299.

⁵¹ Fallos 328:2056.

⁵² VANOSSI, Jorge R. y DALLA VÍA, Alberto R., *Régimen Constitucional de los Tratados*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2000, p. 325.

⁵³ En el mismo sentido: GARCÍA BELSUNCE, Horacio, “Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional”, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2006, especialmente, p. 10 y ss.

En consecuencia, los principios, derechos y garantías que se encuentran en la primera parte de la Constitución (vgr. no hay delito sin ley previa, la inmutabilidad de la cosa juzgada, etc.) no pueden ser dejados de lado por la aplicación ni por la interpretación que se haga de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, porque son principios básicos y fundamentales de nuestro Estado de Derecho⁵⁴.

El riesgo que plantea el nuevo escenario constitucional reposa tanto en las interpretaciones rígidas y absolutas que se predicen como en la tendencia natural a seguir las modas de turno adoptadas como paradigmas revolucionarios (KHUN) aun cuando carezcan de una fundamentación apoyada en los principios generales del derecho y en una lógica argumental básica y, sobre todo, en la propia Constitución.

En este punto, interesa, especialmente, la distinción entre principios y derechos, en particular, los derechos fundamentales y/o derechos humanos, diferenciación que ciertos sectores doctrinarios rechazan en función de asignarle plena exigibilidad u operatividad a los principios, aun cuando se sostenga que algunos de los principios constituyan “mandatos de optimización”⁵⁵. Los principios son o están en el mundo jurídico mientras que los derechos (independientemente que se funden en principios o en otras fuentes como la ley o los contratos) se tienen o se ejercen⁵⁶ pues son facultades o poderes jurídicos. De ese modo, los principios, al ser mandatos (con operatividad directa o derivada, según el tipo de principio) generan el derecho a reclamar, ante la Administración y los jueces, su cumplimiento efectivo.

Los derechos pertenecen a un sujeto determinado y se poseen frente a toda la comunidad o al Estado o se ejercen de cara a sujetos determinados. Son los derechos subjetivos que una sistematización ius-filosófica y jurídica reciente ha descrito con nueve componentes, a saber: 1) sujeto titular del derecho subjetivo; 2) sujeto obligado a satisfacer el derecho subjetivo; 3) objeto del derecho subjetivo; 4) título o calidad atribuida al sujeto acreedor; 5) título o calidad atribuida al sujeto deudor; 6) circunstancias que tornen viable al derecho subjetivo; 7) posibilidad de reclamar la satisfacción del derecho subjetivo; 8) el bien que

⁵⁴ Véase: Disidencia del Juez FAYT en el caso “Simón, Julio Héctor y otros” (Fallos 328:2056), LL 2005-E-331 del 14/6/2005. En sentido similar: BARRANCOS Y VEDIA, Fernando, “Acerca del equilibrio y control entre los poderes del Estado”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, 1ª serie, 2ª época, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2008, vol. LIII-46, ps. 45-65 y BADENI, Gregorio, “El caso Simón y la supremacía constitucional”, LL 2005-D-639 y ss. Al respecto, aun cuando se ha sostenido que los referidos tratados integran la constitución y que el juicio de su compatibilidad fue formulado por el constituyente, se ha puesto énfasis en la circunstancia (que implica un juicio constituyente expreso y terminante) de que no pueden derogar “artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” (BARRA, Rodolfo Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 318 y ss., especialmente p. 347).

⁵⁵ Tesis sostenida por Robert ALEXY en su libro *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª reimpresión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001 y en obras posteriores.

⁵⁶ *Vid* MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía...*, cit., t. I, p. 88.

se satisface con el derecho subjetivo; y 9) fundamentos que justifican la existencia del derecho subjetivo⁵⁷.

Al respecto, se ha ensayado también un punto de partida para lograr una aproximación al concepto del derecho subjetivo, de acuerdo al lenguaje habitual sobre los derechos que utilizan las normas y los juristas. En esa línea, se considera que por “derechos” en sentido subjetivo debe entenderse “a ciertas posibilidades de exigir —en sentido deóntico— conductas o abstenciones de otros sujetos jurídicos que suponen en estos deberes y que remiten a una determinada justificación —o fundamentación— racional a través de un —o algunos— principios prácticos”⁵⁸.

Por nuestra parte, hemos dicho⁵⁹ —siguiendo la teoría tradicional— que el derecho subjetivo pertenece al género de los poderes jurídicos, categoría que actualmente no se distingue del interés legítimo, el cual es considerado como una situación jurídica de equivalente jerarquía y protección jurisdiccional similar a la que un sector de la doctrina española denomina “derecho reaccional”⁶⁰.

No hay que olvidar, por de pronto, que el núcleo fundante y básico para la realización de los derechos subjetivos se encuentra en la persona humana y en su condición y dignidad⁶¹ y que, por tanto, el derecho a la vida⁶², que representa la máxima protección en el ámbito de los derechos humanos, posee carácter absoluto.

Ahora bien, el derrumbe del sistema positivista ha potenciado cierta tensión entre los principios así como entre los derechos fundamentales y, actualmente, no se postula que todos posean el mismo valor jurídico ni similar protección. A su vez, la falta de un criterio objetivo aumenta el grado de su ponderación axiológica y existencial⁶³ para permitir su optimización por el legislador o el juez, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas lo que implica observar, en cualquier caso, el principio de proporcionalidad en sentido amplio (comprensivo de los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)⁶⁴.

⁵⁷ VIGO, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, 2ª ed., Porrúa, México, 2005, ps. 232-233.

⁵⁸ MASSINI CORREAS, Carlos I., *Filosofía...* cit., t. I, p. 89.

⁵⁹ En nuestro *Derecho Administrativo*, 8ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 41 y ss.

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 37 y ss.

⁶¹ PERELMAN Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, 1ª ed. Civitas, Madrid, 1988, ps. 103-104, afirma la configuración del derecho relativo al respeto y dignidad de la persona humana como un principio general del derecho de las naciones civilizadas que abrió el movimiento hacia los principios a partir del proceso de Núremberg; véase, asimismo COVIELLO, Pedro José Jorge, “Los principios generales del Derecho frente a la ley y el reglamento en el derecho administrativo argentino”, en ReDA, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 1089.

⁶² SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Manual...*, cit., p. 642 y ss.

⁶³ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Manual...*, cit., p. 45.

⁶⁴ ALEXÝ, Robert, *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios, Madrid, 2004, p. 80 y ss.

La colisión entre los principios generales o de los derechos fundamentales entre sí se parece presentarse, en algunas ocasiones, como inevitable. Tal es el caso de determinar como juega el derecho al medio ambiente sano y equilibrado frente al derecho de trabajar y al derecho de ejercer industria. No creemos que pueda determinarse *a priori* la prevalencia de un derecho sobre otro porque la interpretación constitucional o legal debe operar, analizando el contenido axiológico junto a las circunstancias económicas y sociales del caso así como a los derechos individuales y colectivos de las personas en juego. Se trata, nada más ni nada menos de acudir al principio de razonabilidad y a la interdicción de arbitrariedad como límites de la interpretación e integración constitucional o, si se prefiere acudir a la técnica que propone ALEXY, de aplicar la llamada ley o margen de ponderación.

Como se ha dicho, con acierto, no es posible concebir una teoría de los principios susceptible de configurar una jerarquía estricta entre ellos ni tampoco que haga posible elaborar un mínimo orden que facilite su aplicación en forma ponderada a los efectos de servir como “fundamento de las decisiones jurídicas”⁶⁵.

Otra cuestión de interés radica en establecer la posibilidad de establecer límites al ejercicio de los derechos fundamentales. En principio, el legislador está habilitado a hacerlo conforme al art. 14 de la CN que prescribe que los derechos se gozan de acuerdo a las leyes que reglamentan su ejercicio. Desde luego que reglamentar o limitar los derechos no implica degradarlos sino en hacer compatible su ejercicio con el interés público o bien común.

A la vez, la doctrina ha distinguido, entre límites intrínsecos y extrínsecos de los derechos humanos incluyendo entre estos últimos el derecho ajeno, la moral vigente (la moral pública de nuestro art. 19 de la CN), el orden público y el bien común⁶⁶, en sintonía con lo que proclama la Declaración Universal en su art. 29 inc. 2^o⁶⁷.

2. Principios fundamentales y principios institucionales o sectoriales

En un sentido distinto, una visión sobre los principios generales permite advertir dos clases diferenciadas en punto a su jerarquía y relaciones de contacto e interferencia. Así, puede verse que ciertos principios generales constituyen el basamento del edificio en que se asienta y fundamenta el ordenamiento jurídico en general, insertándose, particularmente, en la Constitución, aunque pueden existir también principios fundamentales que no se hayan incorporado, en for-

⁶⁵ ZACAGNINO, María Eugenia, “Teoría de la argumentación jurídica (III)”, en SACRISTÁN, Estela B. (dir.), *Manual de doctrina y jurisprudencia*, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 735.

⁶⁶ FERNÁNDEZ SALGADO, F., *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1994, p. 102, cit. por VIGO, Rodolfo L., en *De la ley...*, cit., p. 155.

⁶⁷ Que prescribe que la limitación será por ley y “para satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática”.

ma positiva y expresa, a la Ley Fundamental (por ejemplo, el principio general de la buena fe).

Entre los principios fundamentales cabe incluir los que se vinculan o derivan del Estado de Derecho, con las adaptaciones que corresponden a cada país. Si, ante todo, un Estado de Derecho debe ser un Estado de Justicia⁶⁸, un lugar destacado entre los principios fundamentales le corresponde al de “afianzar la justicia”, tal como lo proclama con particular énfasis el Preámbulo de nuestra Constitución.

Otros principios fundamentales que se encuentran en la Constitución y que tienen particular relevancia en el derecho administrativo son los que surgen del Estado de Derecho basado en la separación de poderes y, consecuentemente, la interdicción que veda al Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales (art. 109 CN); el de supremacía constitucional (art. 31 CN); el de legalidad (que incluye la supremacía de los tratados de derechos humanos sobre las leyes en la medida que no conculquen artículo alguno de la primera parte de la Constitución — art. 75 inc. 22 CN—); los tratados de integración y del derecho derivado sobre las leyes en tanto se celebren en condiciones de reciprocidad e igualdad y respeten el orden democrático y los derechos humanos (art. 75 inc. 23 CN); la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (que se desprende del art. 19 segunda parte CN) y el principio de razonabilidad (art. 28 CN). También en este núcleo fundamental de principios generales del derecho cabe incluir aquellos que se derivan del principio de justicia como el de la protección de la vida⁶⁹ y la dignidad personal, el principio de la tutela judicial efectiva que amplía la inviolabilidad de la defensa (art. 18 CN), el de buena fe⁷⁰, el del enriquecimiento sin causa, el de no dañar a terceros (*alterum non leadere*) y el de la confianza legítima⁷¹. La mayoría han sido reconocidos por la jurisprudencia⁷².

El cuadro de los principios generales se completa con aquellos que constituyen la clave de alguna institución o sector del derecho administrativo⁷³, como

⁶⁸ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 438 y ss., sostiene que “el principio supremo de justicia” comprende el humanismo y la tolerancia y tiende a que cada persona disponga de la más amplia libertad que sea posible para desarrollar su personalidad. La expresión “Estado de Justicia” pertenece a DEL VECCHIO que si bien es considerada correcta por GOLDSCHMIDT prefiere referirse al “Régimen de Justicia”.

⁶⁹ Véase: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 287.

⁷⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1989, p. 34 y ss.

⁷¹ COVIELLO, Pedro J. J., *La protección de la confianza del administrado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 33 y ss.

⁷² Véase: COVIELLO, Pedro José Jorge, *Los principios generales...*, cit., ps. 1095-1098.

⁷³ En el mismo sentido: DANOS ORDOÑEZ, Jorge, “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo Peruano”, en la obra colectiva *Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano*, Junta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña, 2008, ps. 534-535.

son, por ejemplo, el de autotutela de los bienes del dominio público⁷⁴; la continuidad y regularidad de los servicios públicos⁷⁵; la especialidad de la competencia⁷⁶; el *ius variandi* en la contratación administrativa; la presunción de legitimidad del acto administrativo; la alegación de la propia torpeza para invalidar un acto administrativo a través de la acción de lesividad, etc. son algunos que forman parte de una lista tan extensa como *in fieri*, en virtud de la movilidad y transformación que han caracterizado al derecho administrativo en las distintas etapas de su evolución histórica⁷⁷. Entre ellos, cabe señalar la trascendencia que han adquirido los principios generales propios del procedimiento administrativo (vgr. eficacia, celeridad, imparcialidad, etc.)⁷⁸

En las instituciones —como bien se ha dicho— se opera “el encuentro de valores provenientes del derecho natural... con los resultados del pensamiento tópico sobre los problemas singulares cuya configuración como principios generales no puede desconocerse aun cuando no se impongan a todo el ordenamiento en virtud de la estructura tópica o discontinua de este último”⁷⁹.

Esta clase de principios institucionales constituyen una importantísima fuente en el campo del derecho administrativo, donde las relaciones jurídicas no se hallan tan tipificadas ni regidas por la ley, como en el derecho privado, abriendo nuevas perspectivas a la creación jurídica para responder a las situaciones concretas siempre cambiantes mediante formulaciones dotadas de estabilidad sobre la articulación de la conjunción de los valores superiores con la experiencia.

Los principios jurídicos, cuando están consagrados en el derecho positivo, pueden representar una formulación diversa y aun pueden tener prelación respecto a un principio más general del ordenamiento escrito. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el principio según el cual se permite a la Administración alegar su propia torpeza, promoviendo la respectiva acción de nulidad, el cual resulta totalmente opuesto al que rige en el derecho civil.

Un típico principio de esta índole es el de la competencia objetiva de los órganos administrativos que ha ido admitiendo interpretaciones progresivas, sin

⁷⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, 2ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 320 y ss.

⁷⁵ Vid nuestro trabajo *La huelga en los servicios públicos esenciales*, Civitas, Madrid, 1993, ps. 49-50.

⁷⁶ COMADIRA, Julio R., *Acto Administrativo Municipal*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 24 y nuestro *Derecho Administrativo*, t. I, 8ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, ps. 253-254.

⁷⁷ Véase: CASSESE, Sabino, *La globalización jurídica*, trad. del italiano, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 176 y ss.

⁷⁸ SARRIA OLCOS, Consuelo, *Los principios generales del derecho y el procedimiento administrativo en Colombia*, Juanta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña 2008, p. 141 y ss.

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley...*, ps. 64 y 66, especialmente nota 123.

relegar la idea organizativa de toda institución estatal ni los requisitos esenciales que caracterizan la aptitud de obrar de la Administración Pública.

Pero ¿qué relación existe entre los principios en caso de conflicto o concurrencia? Por de pronto, en esta materia se invierte la regla interpretativa que asigna prevalencia a lo especial sobre lo general pues la jerarquía que revisten los principios fundamentales se impone frente a los principios institucionales cuya observancia debe ajustarse a aquéllos. A su vez, en caso de confluencia de varios principios del mismo rango prevalece aquél que posea mayor dimensión de peso a la luz de la Constitución, interpretada en función del problema en juego (es decir, a través de la tópica) o bien, de la justicia material, si hubiera carencia histórica de normativa constitucional o legal. Finalmente, cuando los bienes a tutelar son *supra* individuales o indivisibles⁸⁰ la aptitud de los derechos colectivos para acceder a la justicia puede ser mayor que la correspondiente a los titulares de derechos individuales, en aquellos supuestos en que el legislador les asigne legitimación extraordinaria para actuar, en ejercicio de una acción pública o popular, como titulares de derechos colectivos en determinados sectores como el urbanismo, en el que la Administración y el Legislativo desenvuelven con mayor intensidad las distintas técnicas de intervención estatal⁸¹ que configuran y delimitan los derechos subjetivos de los particulares. Empero, ello no implica que la dimensión de peso sea mayor en relación al derecho sustancial que debe armonizar los diferentes criterios en juego en función de los principios constitucionales, los derechos colectivos, los subjetivos de naturaleza individual y los criterios de justicia aplicables al caso.

La recepción de los principios generales del derecho por el derecho administrativo obedece a orígenes diversos. Aparte del origen positivo o natural que puedan tener, según sea el caso, los principios generales del derecho, su recepción en el derecho administrativo se produce a partir de su reconocimiento tanto en la Constitución Nacional como en las Constituciones de las provincias.

En este ámbito, cabe incluir no sólo los principios positivos expresos de las constituciones⁸² sino los que surgen de un modo implícito e informal el res-

⁸⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “Principios del Derecho Urbanístico Colombiano”, en la obra colectiva *Principios...*, cit., Junta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña, 2008, p. 184.

⁸¹ Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Los Principios de la Organización del Urbanismo”, RAP nro. 87, Madrid, 1978, p. 302 y ss.

⁸² En este sentido pueden mencionarse, entre otros, los siguientes principios: la igualdad ante la ley (art. 16 CN); la intangibilidad de la propiedad privada y su sacrificio sólo por ley declarativa de utilidad pública (art. 17 CN); la inviolabilidad de la defensa (art. 18 CN); y el de que nadie se halla obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 19 CN), entre otros. Estos principios generales provenientes del derecho natural, se extienden, en algunos supuestos, al ámbito de las relaciones entre los particulares y la Administración (v.gr. la igualdad). Pero, en rigor de verdad, el principio general de igualdad ante la Administración, más que una proyección de la igualdad ante la ley, traduce el de igualdad jurídica por cuyo mérito sólo cabe admitir discriminaciones razonables (con respecto a los elementos que justifican la discriminación: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*,

pectivo ordenamiento constitucional⁸³, y los que a falta de regulación positiva se encuentran en el derecho natural, habida cuenta que uno de los principales objetivos del Preámbulo consiste en “afianzar la justicia”. Entre los principios que surgen, en forma implícita o virtual, de la Constitución, se encuentra el concerniente a la publicidad de los actos estatales como derivación del sistema republicano de gobierno por aplicación de los arts. 33 y 42 de la CN, en los que se funda el derecho a la vista de las actuaciones administrativas⁸⁴.

Otros provienen, en cambio, del derecho privado especialmente del Código Civil, muchas de cuyas disposiciones se encuentran inspiradas en el derecho romano⁸⁵ que, como es conocido, llegó a formular y reconocer los más trascendentes principios del derecho natural. En este marco y sin el propósito de agotar su mención, pueden señalarse el principio del enriquecimiento sin causa⁸⁶, el de la buena fe⁸⁷, el que estatuye que el objeto de los actos jurídicos no debe ser contrario a la moral ni a las buenas costumbres⁸⁸ o el que se refiere a la validez y exigibilidad de los pactos voluntariamente consentidos⁸⁹. Todos ellos han tenido recepción jurisprudencial.

San Pablo, 1978, ps. 53-54). Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, 1984, p. 221. Sobre el principio de inviolabilidad de la propiedad como garantía constitucional: GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *Garantías constitucionales*, Buenos Aires, 1984, p. 139.

⁸³ Los principios que surgen de un modo implícito hallan también fundamento en la dignidad de la persona y en la razón natural. Como ejemplo del primer caso está el derecho a la vida y del segundo, el principio de la separación de los poderes que hace a la forma republicana de gobierno (art. 33 CN); véase: SAGUÉS, Néstor Pedro, “Los derechos no enumerados en la Constitución Nacional”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1985, p. 7 y ss. y BREWER CARÍAS, Allan R., *Derecho Administrativo*, Caracas, 1975, p. 211 y ss.

⁸⁴ MONTI, Laura, “Limitaciones a la vista de las actuaciones administrativas”, *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho, Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2006, p. 131.

⁸⁵ Véase: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 275.

⁸⁶ El principio del enriquecimiento sin causa aparece reconocido en forma constante, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tanto en las relaciones de derecho privado como en las de derecho público (v.g. Fallos 279:76). En la doctrina nacional: ABAD HERNANDO, Jesús L., *Estudios de Derecho Administrativo*, Mendoza, 1985, p. 77.

⁸⁷ Código Civil, art. 198; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 26 y ss.; MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 270, especialmente nota 29, donde puntualiza que la vigencia del principio por el que la Administración pueda alegar su propia torpeza no impide a ésta aplicar la doctrina de los propios actos, habida cuenta las diferentes finalidades que persiguen ambos principios; el primero, la sanción del acto irregular; el segundo, la protección de la buena fe, la seguridad jurídica, la estabilidad y confianza en los negocios. Por su parte, la doctrina de los actos propios se ha considerado que constituye una derivación necesaria e inmediata del principio de buena fe (Conf. MORELLO, Augusto M. y STIGLIZ, Rubén S., “La doctrina del propio acto”, LL 1984-A-865).

⁸⁸ Código Civil, art. 953; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 279, apunta que una regla jurídica carente de contenido moral constituiría un sarcasmo.

⁸⁹ Conf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., p. 108; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. III-A, p. 440; art. 1197 CC.

Por otro lado, existen principios generales incorporados al Código Civil — como el de la responsabilidad por la actividad ilegítima— que pueden encontrar como primer fundamento positivo principios de raigambre constitucional inherentes al Estado de Derecho⁹⁰; tal es lo que acontece con el principio de la responsabilidad del Estado y sus entidades, en cuya construcción el derecho administrativo amplía el criterio privatista desde tres ángulos distintos, a saber: a) en cuanto admite —como regla general y exclusiva— una responsabilidad directa y objetiva que desplaza la idea de culpa; b) en lo que concierne al reconocimiento, como regla general, de la responsabilidad por actividad estatal legítima y c) en la admisión de la responsabilidad del Estado por la actividad legislativa y judicial.

En otro plano, el de la actividad sancionatoria de la Administración Pública (cuando ejerce la función de policía) rigen, con las necesarias adaptaciones que requiere la materia administrativa, los principios generales del derecho penal sustantivo, prescriptos en el Derecho Penal. En este sentido, los clásicos principios del derecho penal poseen vigencia en el derecho administrativo, como el de que los hechos punibles y las penas a aplicar deben hallarse previstos en la ley (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁹¹ y el principio *non bis in eadem*⁹².

A su vez, el derecho internacional constituye también un manantial inagotable de principios generales del derecho en virtud de lo prescripto en la cláusula constitucional que atribuye a los tratados internacionales la aptitud de ser fuentes del ordenamiento⁹³. Tal es lo que acontece —por ejemplo— con el derecho a una tutela judicial efectiva establecido en el Pacto de San José de Costa Rica que ha derogado el principio *solve et repete*⁹⁴ como las vallas y ápices formales establecidas para el acceso a la instancia judicial⁹⁵.

⁹⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, ps. 699-702.

⁹¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió este principio en la causa “Raúl Oscar Mouviel y otros”, Fallos 337:636.

⁹² Conf. VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, trad. del francés, Madrid, 1976, p. 233.

⁹³ Art. 31 CN, sobre la operatividad de los tratados en el derecho argentino y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: VANOSSI, Jorge Reynaldo A., *Régimen constitucional de los Tratados*, El Coloquio, Buenos Aires, 1969, p. 179 y ss.; BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho constitucional del poder*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1967, p. 338.

⁹⁴ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, consideró que la regla que postula en el ordenamiento interno el principio *solve et repete* ha sido derogada por el Pacto de San José de Costa Rica, con fundamento en lo prescripto en el art. 8º, párrafo 1º de dicho tratado, ratificado por Ley 23.054 (caso “Telesud SA”, LL 1987-A-327). Se ha sostenido también el principio contenido en el art. 25, inc. 1º, del citado pacto es directamente operativo “aún en aquellos países que no tuvieran el recurso judicial a que él hace referencia”. Conf. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, “La ejecutoriedad de los derechos y garantías reconocidas en el Pacto San José de Costa Rica”, LL 1987-B-263 y del mismo autor *Temas de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1987, p. 19 y ss.

⁹⁵ Es el caso de las prescripciones del art. 2º de la ley 16.986 que limitan la admisibilidad de la acción de amparo. Sobre este punto: SAGÜÉS, Néstor P., *Ley de Amparo*, Buenos Aires, 1979, p. 139 y ss.

El último grupo de principios generales del derecho está constituido por los que provienen de las propias instituciones administrativas muchos de los cuales no han sido incorporados en la legislación positiva. Reconocido por la doctrina —y en algunos casos por la jurisprudencia— este grupo se integra con dos vertientes no necesariamente opuestas, según que se originen en la naturaleza de las respectivas instituciones o en el establecimiento de principios peculiares que implican una derogación especial de principios más generales del derecho.

En rigor de verdad, en estos supuestos, más que de principios generales del derecho en el derecho administrativo se trata de principios generales propios del derecho administrativo, en el sentido de que su especialidad y fundamento institucional no permite extenderlos a todas las ramas del derecho, particularmente al derecho privado.

Pertencen a este grupo una gama considerable de principios generales del derecho administrativo y sin pretender establecer una nómina completa ni taxativa pueden ubicarse en este sector el principio de la continuidad de los servicios públicos⁹⁶, el del paralelismo de las competencias⁹⁷, el estado de necesidad para fundamentar el dictado de reglamentaciones de urgencia⁹⁸, el que prescribe que en los contratos administrativos de atribución toda duda debe interpretarse a favor del contratista particular —a la inversa de los contratos de colaboración⁹⁹—, la autotutela coactiva en la protección del dominio público¹⁰⁰, la creación de obligaciones por acto administrativo unilateral¹⁰¹, la irrevocabilidad de los actos

⁹⁶ RIVERO, Jean, “Los principios generales del Derecho en el Derecho francés contemporáneo, RAP nro. 6, p. 295. Este jurista sostiene que hay un “grupo de principios que el Consejo de Estado extrae del análisis de las realidades ‘de la naturaleza de las cosas...’ y agrega que ‘es propio de la naturaleza del servicio público funcionar sin interrupción, deduciéndose así el principio de la continuidad del servicio público’”. *Vid* también: BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. I, 5ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1955, ps. 466-467; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. III, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, ps. 206-208, entre otros. En el derecho colombiano, VIDAL PERDOMO, Jaime, *Derecho Administrativo*, 8ª ed., Bogotá, 1985, p. 206.

⁹⁷ Conf. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. III-A, p. 406.

⁹⁸ Sobre el estado de necesidad en el derecho público constitucional y administrativo se ha dicho que los actos que realiza el poder público en tales casos no pueden lesionar una garantía constitucional si no se compensa esa garantía con otra. (BIELSA, Rafael, “El estado de necesidad con particular referencia al derecho constitucional y al derecho administrativo”, *Anuario del Instituto de Derecho Público*, Rosario, 1940, p. 125 y ss.).

⁹⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. III-A, ps. 618-619; CASSAGNE, Juan Carlos, “En torno a la figura del contrato administrativo”, en *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 85-86.

¹⁰⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del Dominio Público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 271 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 98.

¹⁰¹ LAUBADÈRE, André de, *Traité de Droit Administratif*, cit., t. I, p. 282 y ss.; RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, París, 1968, p. 88 y ss.

administrativos creadores de derechos subjetivos¹⁰² y la necesidad de motivar los actos que afecten los derechos e intereses individuales o colectivos¹⁰³, el informalismo¹⁰⁴ y el silencio administrativo¹⁰⁵, ambos en favor de los particulares, junto a la presunción de legitimidad y al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos¹⁰⁶, una de cuyas consecuencias principales radica en la regla general de no suspensión de los recursos que se interponen en sede administrativa¹⁰⁷.

3. Los principios generales son fuentes formales y materiales: su grado de prelación

La clásica distinción entre fuentes formales y materiales¹⁰⁸ que efectuara la doctrina de este siglo dio origen a una clasificación que, según CUETO RÚA, ha

¹⁰² Conf. JEANNEAU, Benoit, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, p. 99 y ss. Este principio reconocido por la doctrina y la jurisprudencia fue incorporado al derecho positivo por el art. 17 de la ley 19.549, reformada por la ley 21.686; al respecto véase: ESTRADA, Juan Ramón de, "La primera reforma a la ley de procedimientos administrativos", en *Revista Legislación Argentina*, t. 1978, p. 951/954.

¹⁰³ VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, cit., p. 232.

¹⁰⁴ GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Macchi, Buenos Aires, 1980, cap. XVII y ss.; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Ley 19.549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1985, ps. 27-29; DROMI, José Roberto, *El procedimiento administrativo*, Madrid, 1986, p. 78.

¹⁰⁵ Véase: MUÑOZ, Guillermo A., *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Buenos Aires, 1982, p. 114; GRECCO, Carlos M., "Sobre el silencio de la Administración", LL 1980-C-777; FRANCO, Sobrinho Manoel de Oliveira, *Curso de Direito Administrativo*, San Pablo, 1967, ps. 157-158.

¹⁰⁶ Art. 12, ley 19.549; BARRA, Rodolfo C., *Principios de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, ps. 158-159.

¹⁰⁷ CANDA, Fabián Omar, "La suspensión del acto administrativo estable", en *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho, Universidad Austral, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 106 y ss.

¹⁰⁸ CUETO RÚA, Julio, *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 25, precisa que "el pensamiento rector parece haber sido el de considerar fuentes formales sólo a las normas jurídicas generales mediante las que se establecen obligaciones emanadas de autoridad competente y en las que se puede subsumir lógicamente a las normas de inferior jerarquía normativa. En este sentido fuente formal es sinónimo de 'normatividad general' agregando que 'la ley sería fuente formal' porque ella expresa conceptualmente una imputación general elaborada por personas (los legisladores) a quienes el grupo social ha confiado tal tarea; y también lo sería el costumbre porque del comportamiento repetido por los integrantes de un determinado grupo social, se extraen por los órganos del grupo social, normas generales. Según la teoría tradicional, la jurisprudencia sólo sería fuente formal en el caso que el ordenamiento jurídico vigente en la respectiva comunidad, le atribuyera el carácter de obligatoria. En este caso, los jueces, por delegación, pasarían a asumir una especie de facultad legislativa. En cuanto a la doctrina sólo en muy raras ocasiones podría ser considerada como fuente formal del Derecho. El ejemplo histórico más importante se encontraría en el Derecho Romano, respecto de los juristas a quienes el Emperador concedió el *ius respondendi ex auctoritate principis*, es decir, el privilegio de hablar de manera obligatoria. Según lo sostienen distinguidos romanistas, las opiniones de esos juristas adquirirían fuerza normativa, por virtud de la disposición imperial que les había reconocido dicha potestad".

creado y sigue creando graves dificultades teóricas en virtud de que las fuentes del derecho exhiben una estructura formal-material, cuya complejidad participa de la naturaleza del fenómeno jurídico¹⁰⁹.

De esa peculiaridad participan también los principios generales del derecho, los que, mientras no estén legislados formalmente, permanecen como fuentes materiales sin dejar de gravitar, no obstante, en todo el ordenamiento.

Pero su vigencia como fuentes no depende de su recepción formal por el ordenamiento positivo puesto que constituyen el fundamento de las demás fuentes del derecho. Por lo tanto, los principios generales del derecho, aun los no legislados, tienen primacía tanto sobre las normas legales y reglamentarias, al igual que sobre la costumbre y la jurisprudencia. En el derecho civil, dado su desarrollo legislativo y la circunstancia de haberse convertido la mayor parte de los principios de derecho natural en derecho positivo, aquella consecuencia no aparece tan palmaria pero, en el derecho público, donde es común que el juez y el órgano administrativo apliquen principios no escritos para resolver un conflicto determinado, la cuestión se ve con mayor claridad.

En efecto, desde la separación de los poderes, hasta el principio de indelegabilidad singular de los reglamentos, la autotutela en materia de dominio público, la continuidad de los servicios públicos y la igualdad en la licitación pública, todos ellos constituyen principios generales del derecho administrativo y aunque no se encontraban expresamente incorporados en todos los casos al derecho positivo, han tenido plena acogida por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

V. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS EN EL ORDENAMIENTO

I. Distintas funciones que cumplen los principios generales

Los principios generales del derecho cumplen funciones distintas, pero articuladas entre sí. Esas funciones se refieren a su esencia ontológica, a su valor preceptivo o a su alcance cognoscitivo¹¹⁰, ya sea para dilucidar el sentido de una norma o dar la razón de ella y hasta para integrar nuevas formulaciones jurídicas.

Esas funciones de los principios jurídicos generales, que no hay que confundir con los principios lógicos de la ciencia (los que poseen valor meramente

¹⁰⁹ CUETO RÚA, Julio, *Fuentes del Derecho*, cit., ps. 25-26. Por su parte, sostiene LINARES que cuando los principios generales del derecho “son utilizados por órganos del Estado, en sus decisiones constituyen estándares incorporados como fuente formal a las sentencias, actos administrativos y leyes. Pero antes de que eso ocurra, siguen el proceso consistente en una primera etapa en la cual son sólo opiniones doctrinarias individuales; y luego, en una segunda etapa —que puede o no darse— de materia de opinión pública jurídica, profesada por el jurista medio. Como tales esos principios son —en esta etapa— fuente material de derecho” (conf. LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 37).

¹¹⁰ *Vid* VIGO, Rodolfo L., “Los principios generales del Derecho”, JA 1986-III-860.

instrumental y sirven para conocer la realidad jurídica)¹¹¹, se llevan a cabo según que se acuda a ellos como fundamento, interpretación o integración del orden jurídico.

En un sentido ontológico, los principios generales del derecho constituyen la causa y la base del ordenamiento porque son los soportes centrales de todo el sistema al cual prestan su sentido¹¹². Por ese motivo, no puede concebirse que una norma legal los contravenga pues ellos existen con independencia de su reconocimiento legal o jurisprudencial¹¹³, no obstante ser la jurisprudencia una de las fuentes más importantes de su manifestación¹¹⁴ externa. Un supuesto de incompatibilidad entre una norma y los principios generales, es la disposición que prescribe la garantía de impugnación en los procesos licitatorios que conculca gravemente principios fundamentales del procedimiento administrativo como el debido proceso adjetivo, entre otros¹¹⁵.

A su vez, funcionan como orientadores e informadores del ordenamiento permitiendo, a través de su interpretación, realizar una labor correctiva o extensiva de las normas¹¹⁶. De esta función de los principios jurídicos generales GONZÁLEZ PÉREZ¹¹⁷, siguiendo a un sector de la doctrina española, extrae tres reglas fundamentales:

a) las indeterminaciones de las normas que surjan a raíz de las diferentes posibilidades que plantea la aplicación normativa han de resolverse de la manera más acorde con el principio¹¹⁸;

b) se impone la interpretación extensiva “si la disposición se expresa en términos excesivamente restringidos y ha de ampliarse la letra de la ley hasta contemplar todos los supuestos que el principio exige; mientras que la interpretación será restrictiva si la disposición se expresa en términos excesivamente

¹¹¹ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1989, p. 57.

¹¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, p. 67.

¹¹³ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “El método en el Derecho Administrativo”, RAP, nro. 22, p. 55.

¹¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 71.

¹¹⁵ Ampliar en DRUETTA, Ricardo T., “Garantía de impugnación en los procesos de selección del cocontratante. Su incompatibilidad con los principios fundamentales del procedimiento administrativo”, en *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho, Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 1998, p. 23 y ss. Por ejemplo, el art. 99 de la ley 2095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires prevé la mencionada garantía de impugnación.

¹¹⁶ Véase: SENDÍN GARCÍA, Miguel Angel, “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo español”, *Actas del VII Foro Iberoamericano...*, cit., ps. 435-437.

¹¹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 78.

¹¹⁸ SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Los principios clásicos del derecho*, Madrid, 1975, p. 122 y ss., cit. por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 78.

amplios y es necesario reducir el alcance de la letra del texto hasta que comprenda sólo los que sean coherentes con el principio¹¹⁹;

c) debe rechazarse toda interpretación que conduzca a una consecuencia que contradiga directa o indirectamente al principio¹²⁰.

Finalmente, los principios cumplen la función de integrar el ordenamiento jurídico frente a la carencia de normas que rigen la cuestión conforme lo prescribe, entre nosotros, el art. 16 del Código Civil, precepto éste que resulta directamente aplicable al derecho administrativo.

En el campo del derecho administrativo esas funciones de los principios no se limitan al ámbito de la interpretación e integración del derecho, sino que ellos obran muchas veces como verdaderas garantías que pueden invocar los particulares frente al Estado.

Y así como existen principios que se estatuyen siempre a favor de los particulares o administrados —tales como el informalismo o el silencio administrativo— hay otros en que su núcleo central reside en la protección del interés público, en forma prevaleciente, como ocurre con la autotutela de los bienes del dominio público.

2. Los principios generales como garantías jurídicas

Ciertos principios cumplen no ya la forma de compensar la desigualdad que trasunta la posición jurídica del particular en relación al Estado, sino que implican medios de protección tendientes a impedir las arbitrariedades de los poderes públicos que suelen lamentablemente matizar y caracterizar el obrar estatal.

En ese sentido se encuentran, entre otros, el que traduce la instrumentación del debido proceso adjetivo, el principio por el que toda privación de la propiedad sólo puede llevarse a cabo mediante ley declarativa de utilidad pública, junto a la protección de los demás derechos individuales (v.g. la libertad y la igualdad) cuya vigencia se asegura por otros principios, como el de la separación e independencia de cada uno de los poderes que componen el poder estatal, técnicas que, en definitiva, configuran auténticas garantías de los particulares frente al Estado.

3. Los principios generales como límites al ejercicio del poder reglamentario

Los principios generales del derecho operan también como límites al poder reglamentario por parte de la Administración cuyo ejercicio debe ajustarse

¹¹⁹ DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España*, t. I, p. 473 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 78.

¹²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 102; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 78.

a ellos. La compatibilidad entre los reglamentos y los principios generales del derecho, obedece a que siendo éstos causa o fuente del ordenamiento su violación tornaría ilegítima cualquier norma general que emita la Administración, ya se trate de reglamentos de ejecución, autónomos, delegados o de necesidad y urgencia, los cuales se hallarían en tales supuestos, viciados en su elemento objeto¹²¹, pues, como ha sostenido el Consejo de Estado francés, un reglamento que conculca un principio configura el mismo tipo de invalidez que la violación de la ley¹²².

Esto es así, por cuanto los principios integran el bloque de legitimidad que pertenece al orden público administrativo, cuyo apartamiento por parte de la Administración provoca una nulidad absoluta, siendo ésta, por otra parte, la solución que expresamente consagra la ley nacional de procedimientos administrativos, al sancionar las consecuencias de la violación de la ley¹²³.

Una consideración aparte merece lo concerniente a la potestad de emitir actos administrativos que no sólo se encuentra limitada por las leyes y los principios generales del derecho sino por los propios actos de alcance general que produce la Administración en ejercicio de su poder reglamentario. Es lo que se denomina la inderogabilidad singular del reglamento.

La raigambre de este principio no escrito en el derecho europeo, anterior a la Revolución Francesa, ha sido suficientemente demostrada por la doctrina administrativa contemporánea¹²⁴ y se contraponen con los criterios constitucionales que, fundados en la concepción de la soberanía del poder legislativo, admiten con amplitud la legalidad de las leyes especiales o particulares respecto de las que revisten mayor generalidad¹²⁵, aún respecto de leyes que no son tales en sentido material.

¹²¹ Sobre el vicio en el objeto nos remitimos a: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 300; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, cit., t. II, 8ª ed., p. 194; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. II, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, p. 317.

¹²² Conf. RIVERO, Jean, "Los principios generales del Derecho en el Derecho francés contemporáneo", RAP nro. 6, p. 296.

¹²³ Ley 19.549, art. 14 inc. b); para HUTCHINSON "este vicio provoca la nulidad del respectivo acto" (*La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 332) por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha aplicado también igual interpretación (véase el caso "Rodríguez Blanco de Serrao, I. C.", LL 1982-D-633).

¹²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, p. 271 y ss.

¹²⁵ La jurisprudencia de la Corte Suprema ha admitido la subsistencia de leyes especiales anteriores y posteriores al dictado de una ley de mayor generalidad en tanto sus disposiciones no repugnen ni sean incompatibles con las de esta última (Fallos 202:48). Sin embargo, una ley especial que estableciera una excepción singular para una persona determinada o un grupo de personas alteraría el principio de igualdad ante la ley (art. 16 CN) por cuya causa sería inconstitucional.

La doctrina del derecho constitucional no ha avanzado mucho en la fundamentación de tal principio que altera las relaciones que deben existir en el derecho, entre lo general y lo particular en detrimento del principio de igualdad que más que igualdad ante la ley es una aplicación parcial de la igualdad jurídica. De aceptarse su legitimidad ello implicaría postular las concepcio-

Su fundamento se conecta, sin duda, con el principio general de igualdad jurídica, que no se circunscribe solamente a la igualdad ante la ley que prescribe la Constitución (art. 16 CN) sino que se proyecta ante la Administración, ya sea respecto a las normas generales y objetivas como a los actos administrativos concretos creadores de situaciones jurídicas subjetivas y, no obstante no hallarse incorporado al derecho positivo, su aceptación ha sido plena en sede administrativa por la gravitación que han tenido los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación que lo acogieron¹²⁶.

4. *La extensión del deber de resolver se extiende a la Administración*

La naturaleza eminentemente práctica del derecho y su adherencia a la vida revelan por el hecho de que “no hay controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admita y exija una solución jurídica cierta”¹²⁷.

Nuestro ordenamiento, al igual que muchos, capta el sentido de esa exigencia de la razón práctica al prohibir a los jueces “dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”¹²⁸ señalando también las fuentes a que se ha de acudir cuando una cuestión no pudiese resolverse por el texto literal o por el fin de la ley¹²⁹.

Este deber de resolver —que es un verdadero principio general aplicable a todas las ramas del derecho— se extiende, además de los jueces, a los funcionarios públicos frente a las peticiones, reclamos y recursos que interpongan los administrados. Aparte de la posibilidad de aplicar este principio inserto en los títulos preliminares del Código Civil (cuyo alcance no se circunscribe al derecho privado), el legislador lo ha consagrado en dos oportunidades, ambas en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. La primera, articulando dentro del debido proceso adjetivo el derecho a una decisión fundada, el cual presupone el deber de resolver¹³⁰, y la segunda, cuando tipifica el proceso de amparo por mora

nes más absolutistas en materia de soberanía (reemplazando sólo a los titulares del poder) lo cual no sólo conculcaría dicha igualdad sino la separación de los poderes, que es el eje de los sistemas constitucionales modernos.

¹²⁶ Procuración del Tesoro de la Nación, Dictámenes 34:201; 87:145; 97:241; 100:191; 102:213 y 114:495, este último publicado en la Revista Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, nro. 4, p. 84.

¹²⁷ Conf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., p. 41. Observa este autor (nota 1, p. 41) que esto no acontece por “megalomanía jurídica” sino fundamentalmente “por necesidad práctica que cada uno siente de coordinar en cierto modo su actuación propia con la de los demás. En esto consiste esencialmente el Derecho; y un Derecho que resolviendo algunos casos de la vida, se mostrara incapaz de resolver los demás, se anularía *ipso facto* a sí mismo, puesto que resultaría inferior a su función, que consiste precisamente en establecer un orden entre los seres que viven juntos (*hominis ad hominem proportio*).

¹²⁸ Art. 15, Código Civil.

¹²⁹ Art. 16, Código Civil.

¹³⁰ Ley 19.549, art. 1º, inc. f), ap. 3º; entre nosotros, MUÑOZ considera, con razón, que el deber jurídico de resolver de la Administración, se funda también en lo prescripto en el art. 7º

de la Administración que habilita al particular, en los casos en que “la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados —y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediera de lo razonable— sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiere el interesado” a demandar judicialmente a la Administración para que los jueces ordenen a ésta que “despache las actuaciones en el plazo prudencial que se le establezca...”¹³¹.

El cumplimiento del deber de resolver está íntimamente conectado con el reconocimiento, por parte del Código Civil, de los principios generales como fuente del derecho administrativo, y si bien, con cierto sentido práctico, se ha dicho que se trata de una fuente de naturaleza subsidiaria¹³², la circunstancia de constituir una fuente residual, cuando se agotan las posibilidades de aplicación de las normas y principios del derecho positivo y la congruencia que debe haber con los principios¹³³, hace que éstos constituyan una fuente autónoma —en algunas circunstancias separable del derecho escrito—, habida cuenta que son el fundamento de todo el ordenamiento.

Por otro lado, cabe advertir que la locución “principios generales del derecho” que el codificador utiliza en el art. 16 del Código Civil, ha sido objeto de controversias doctrinarias en cuanto a su significado y alcance al prescribir que:

inc. c) de la citada ley, conforme al cual se deben resolver todas las peticiones formuladas (“Silencio de la administración”, Buenos Aires, 1982, p. 66). En la misma línea cabe mencionar un trabajo anterior de GRECCO que sostiene que el silencio administrativo se conecta con el derecho público de petición (“Sobre el silencio de la Administración”, LL 1980-C-1977).

¹³¹ El art. 28 de la ley 19.549 (con las modificaciones introducidas por la ley 21.686) prescribe que: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden, si correspondiere, para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes.

¹³² GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1980, p. 330; ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 76.

¹³³ Según Busso —por ejemplo— son los principios fundamentales de la legislación positiva, que aunque no se hallan escritos en ninguna parte, constituyen los presupuestos lógicos de la norma legislativa (conf. BUSO, Eduardo, *Código Civil Anotado*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1944, p. 155). A su vez, Borda considera que el espíritu de la legislación a que hace referencia la primera parte del art. 16 expresa la idea de los principios que informan la legislación y que al establecer la remisión final a los principios generales del Derecho el codificador “ha querido dar una solución para todo caso que pueda plantearse y previendo la posibilidad de que algunos de ellos no hallaren respuesta en la ley, ha remitido al Juez una norma que abarcase todos, absolutamente todos, los casos posibles” (BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, 3ª ed., Perrot, Buenos Aires, p. 92) criterio que comparte también LLAMBÍAS (*Tratado de Derecho Civil*, Parte General, t. I, 6ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 116).

“Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas y si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

La primera parte de este artículo se refiere a la finalidad de las normas y a los principios que informan la legislación, expresos o por extensión, porque la remisión al “espíritu de la ley” abarca tanto las normas como los principios positivos, aun cuando éstos provengan del derecho natural.

En cambio, en la última parte del precepto, luego de remitir a la aplicación de los principios de las leyes análogas —que también son principios positivos— agrega que “si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

En la fórmula utilizada por el codificador, que tienen como fuente el art. 7° del Código de Austria, no cabe duda de que los principios generales del derecho son los que surgen del derecho natural y en ese sentido, éstos vienen a cumplir la función de integrar el ordenamiento jurídico.

Esto no desmerece la función principal y primaria que llevan a cabo los principios como base de todo el ordenamiento aun cuando pueda suponerse que carece de sentido la función supletoria que, por otra parte, se les asigna.

Sin embargo, dado que el derecho natural aparece con una mayor indeterminación que el derecho positivo¹³⁴, por más que históricamente se haya volcado de un modo formal a otros derechos como el romano es que, partiendo de la idea de un ordenamiento positivo compatible con el derecho natural, debe otorgarse prevalencia a las determinaciones positivas. La mención final “a las circunstancias del caso” que prescribe el art. 16 del Código Civil parece remitir a un juicio de equidad¹³⁵, aunque una interpretación dinámica o reinterpretación de la fórmula da pie para introducir el razonamiento proveniente de la tópica, al que antes nos hemos referido.

VI. LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL CAMPO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

1. Diferentes clases de interpretación

Como la interpretación normativa es siempre dinámica, en el supuesto de que existan discrepancias entre el sentido gramatical y el lógico de las normas

¹³⁴ Se ha dicho que “el derecho positivo es necesario para concretar, determinar y reforzar coactivamente al derecho natural (MONTEJANO, Bernardino [h.], *Curso de Derecho Natural*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 260).

¹³⁵ Conf. LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, cit., t. I, p. 117. La equidad se vincula con el equilibrio y la proporcionalidad de las cosas y prestaciones; véase al respecto: RIVERO Y SERN, Enrique y FERNANDO PABLO, Marcos Matías, “Derecho Administrativo y equidad”, *Actas del VII Foro Iberoamericano...*, cit., p. 351.

(que comprende el análisis de la télesis en virtud de los antecedentes, la ocasión y la función social que ellas desempeñan en la actualidad) se acude a la adaptación de aquéllas mediante la sustitución o limitación de sus conceptos lingüísticos (interpretación restrictiva) o su ampliación (interpretación extensiva) con el objeto de realizar la adaptación de la letra al fin normativo.

Ahora bien, como es un hecho evidente que el ordenamiento positivo presenta lagunas, la idea ficticia de la plenitud del derecho puede cobrar vida sobre la base de la integración que, en definitiva, orientan los principios generales del derecho natural supliendo la carencia normativa. Lo cierto es que, si existe en el ordenamiento positivo otra norma similar que haga posible la auto integración, hay que acudir primero a la analogía¹³⁶.

Hay dos formas diferentes de analogía según que se trate de integrar la ausencia de una fuente formal utilizando una norma destinada a regir otro supuesto similar (*analogía legis*) o bien, cuando se apliquen por entero o en bloque determinadas materias a otras no reguladas (*analogía iuris*)¹³⁷.

Las características propias del derecho administrativo, como rama no codificada con una incesante mutabilidad y falta de previsión de la ley para abarcar los problemas que plantea el obrar administrativo, conducen a asignarle a la analogía, como procedimiento de integración de las normas, un papel de mayor relevancia que en el derecho privado.

Sin embargo, es necesario distinguir la analogía de la denominada supletoriedad o subsidiariedad. La primera presupone una carencia histórica de norma aplicable al caso e implica la realización de un proceso previo de adaptación e integración con los principios que rigen cada materia o institución. En cambio, la aplicación subsidiaria o supletoria no supone propiamente una carencia normativa, ya que la falta aparente de una norma se cubre con la aplicación de otra por imperio de la ley.

A su vez, como la carencia normativa conduce casi siempre a cubrir el vacío legal con un principio general, no hay que perder de vista que la forma de aplicación de un principio (donde no cabe la posibilidad de un proceso de subsunción) es la ponderación¹³⁸.

¹³⁶ Conf. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, p. 254 y ss., especialmente p. 299; en el derecho administrativo nacional: REVIDATTI, Gustavo A., *Derecho Administrativo*, t. I, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1984, p. 227.

¹³⁷ Conf. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, cit., ps. 296-297; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, cit., t. I, p. 213, nota 172. El concepto de *analogía iuris* que se utiliza en el texto es distinto al adoptado por gran parte de la doctrina, cuya crítica hiciera DEL VECCHIO, ya que de la *analogía iuris* no pueden inducirse los principios generales, pues ella tiende siempre a lo particular yendo de lo particular a lo particular semejante o coordinado, pero nunca a lo general (conf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, cit., p. 57; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1961, p. 516).

¹³⁸ ZACAGNINO, María Eugenia, "Teoría de la argumentación..." cit., p. 735, con fundamento en la obra de ALEXY apunta que los principios son "mandatos de optimización que se caracterizan por ser cumplidos en diversos grados" (aunque para nosotros hay algunos mandatos

2. La analogía y los principios generales del derecho

La analogía, como técnica de interpretación que es, se encuentra subordinada a los principios generales del derecho, dado que ni por un proceso de “generalización creciente” ni por una estricta aplicación analógica es posible construir verdades generales.

El método para descubrir los principios generales del derecho no puede consistir “en ascender, por vía de abstracción de las disposiciones particulares de la ley a determinaciones cada vez más amplias; continuando en esta ‘generalización creciente’ hasta llegar a comprender en la esfera del derecho positivo el caso dudoso”¹³⁹ pues, al proceder de ese modo, más que hallar los principios generales del derecho se corre el riesgo de elaborar principios sin conexión necesaria con la causa del derecho e, inclusive, contrarios al derecho positivo o a la solución analógica del caso.

Por lo demás, la imprecisión del método de la generalización creciente conduce al peligro de que se incurra en la llamada *aequitas cerebrina* esto es, el arbitrio judicial ejercido en forma contraria a la ley¹⁴⁰.

En cambio, la analogía, en su recto sentido y ante la ausencia de norma aplicable, es el método de interpretación al que hay que acudir primero para hallar la solución particular para el caso y ello no sólo por imperio de lo dispuesto en el Código Civil sino por un principio lógico y racional de interpretación jurídica que conduce a integrar el vacío que presenta la norma con lo prescripto para supuestos similares o afines siempre que la *ratio legis* pueda extenderse en función de la naturaleza de la materia o institución.

Pero esto es una cosa bien distinta que afirmar que los principios generales del derecho son los que derivan de la analogía¹⁴¹ ya que este procedimiento no

que son directamente exigibles sin opción para su inaplicabilidad, por ejemplo, los que derivan del derecho a la vida); véase también ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 174.

¹³⁹ Conf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales...*, cit., p. 51.

¹⁴⁰ Conf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales...*, cit., p. 52. No comparto sin embargo, la interpretación que formula en este punto sobre el principio de la separación de los poderes en el sentido de que la función de los jueces se encuentra subordinada a la legislativa, porque cada poder es independiente y supremo en su esfera, sin perjuicio de las obvias relaciones de armonía y colaboración que deben reinar entre los poderes fundamentales del Estado. Con un alcance estricto, los jueces no crean derecho como los legisladores, pues ellos formulan el ordenamiento positivo pero tampoco su papel se limita al de meros órganos de aplicación e interpretación de las leyes, dado que están obligados a fallar, aun en los supuestos de carencia normativa. En estos casos, al acudir a los principios generales del derecho, la aplicación de éstos con fundamento primero en el derecho positivo y último, en el derecho natural, proceden como órganos que crean derecho.

¹⁴¹ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 516.

es idóneo para descubrir una verdad general pues —como se ha dicho— va de lo particular a lo particular coordinado, en sentido opuesto a la inducción¹⁴².

De ese modo, no obstante el trascendente papel que cumple la analogía en el ámbito del derecho administrativo, ella debe ajustarse a los principios generales que rigen en el derecho público compatibilizando, en primer término, la aplicación de la norma similar o afín con los principios que rigen cada institución y culminando con los principios básicos o fundamentales del ordenamiento administrativo, ya sea que reconozcan su origen en el derecho administrativo, ya sea que provengan del derecho positivo o natural.

En tal sentido, el principio general del derecho civil, que prescribe que nadie puede alegar su propia torpeza, cede frente al más específico del derecho administrativo que permite a la Administración demandar la nulidad de sus propios actos¹⁴³.

Sin embargo, la incompatibilidad no implica desplazar la aplicación analógica de un principio general del derecho contenido en otra ley, tal como acontece con el principio general de la buena fe establecido en el Código Civil¹⁴⁴, el cual resulta aplicable también a los contratos que celebre la Administración y, a la materia administrativa, como lo ha demostrado la doctrina española¹⁴⁵, ya que la buena fe es exigible en todas las relaciones que vinculan a la Autoridad con los particulares¹⁴⁶.

3. *El sometimiento de la Administración a la ley y al derecho*

El sometimiento de la Administración a la ley y al derecho es un postulado que deriva de la concepción de la separación de los poderes y del principio de legalidad propio del Estado de Derecho o Estado de Justicia.

Consagrado expresamente en dos constituciones europeas (como la alemana que se sancionó al culminar la Segunda Guerra Mundial y la española de 1978), el postulado está lejos de someter absolutamente a la Administración al Poder Legislativo, como aconteció en las primeras constituciones francesas, sino que traduce el sometimiento a las leyes sancionadas por los representantes del pueblo pero también al derecho, es decir, a la justicia¹⁴⁷.

¹⁴² Conf. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales...*, cit., p. 56, apunta que esta doctrina, común en lógica, tiene raíz aristotélica.

¹⁴³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 183; FIORINI, Bartolomé A., *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1968, ps. 360-361.

¹⁴⁴ Art. 1198 del Código Civil.

¹⁴⁵ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe...*, cit., p. 34 y ss.

¹⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", RAP, nro. 30, p. 164 y ss.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994, p. 148 y ss. explica el origen y el sentido de la fórmula constitucional española.

La mención al derecho no constituye una fórmula aislada que prescribe la vinculación a la ley positiva pues la Administración se encuentra también vinculada a los principios generales del derecho¹⁴⁸, si bien lo que se entiende por tal concepto responde a variadas tendencias filosóficas y jurídicas. Pero, por un camino u otro, sea que los principios generales provengan del iusnaturalismo clásico o del racionalista, o de la justicia material, o en un proceso que acude a la tópica para integrarlo en la solución del caso, lo cierto es que ellos no pueden reducirse “a normas implícitas...” que surgen de prescripciones expresas y que “...se obtienen por un proceso lógico inductivo de las normas escritas”¹⁴⁹.

No obstante, como la mayoría de los principios generales que se vinculan con el principio de legalidad tienen su anclaje positivo, expreso o implícito en textos constitucionales, no puede plantearse duda alguna acerca de su prevalencia sobre las leyes y reglamentos, en atención a la jerarquía de ley suprema que posee la Constitución (art. 31 CN).

Por lo demás, el postulado del sometimiento de la Administración a la ley y al derecho guarda íntima conexión con otro principio fundamental del constitucionalismo moderno que es la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos¹⁵⁰, que rige tanto para el Ejecutivo como para el Legislativo y el Judicial, actualmente prescripto por el art. 9.3 *in fine* de la Constitución española¹⁵¹.

Pero para que los principios generales funcionen de manera de guardar el equilibrio de poderes y beneficiar la libertad de los ciudadanos se precisa reconocer una amplia potestad a los jueces para ejercer un control judicial suficiente, con la mayor plenitud que admita el esquema divisorio, consecuentemente, sin zonas exentas o inmunes a dicho control. Se afirma, de ese modo, otro principio cardinal del Estado de Derecho: el de la tutela judicial efectiva¹⁵², reconocido en los arts. 8º y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos¹⁵³ (por aplicación del art. 75 inc. 22 CN) que complementa y amplía la garantía de la defensa prescripta en el art. 18 de la CN.

¹⁴⁸ BREWER-CARÍAS, Allan R., “Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de procedimientos administrativos en América Latina”, en *La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*, IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”, Funeda, Caracas, 1999, p. 34.

¹⁴⁹ Cfr. SILVA TAMAYO, Gustavo, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 29.

¹⁵⁰ *Vid* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, originalmente publicado en el nro. 30 de la *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1959, reproducido en su libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria...*, cit.

¹⁵¹ Ver: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Los principios generales en la jurisprudencia administrativa en el Derecho Administrativo Español”, en *Los principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano*, Netbilo, La Coruña, 2008, ps. 383-385.

¹⁵² ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 51, destaca su trascendencia en el acceso a la jurisdicción.

¹⁵³ En los arts. 2º, inc. 3º y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

4. *Las facultades discrecionales de la Administración y los principios generales del derecho*

Se ha dicho que las potestades discrecionales constituyen una exigencia insoslayable del gobierno humano, habida cuenta que éste no puede reducirse a una aplicación automática, objetiva y neutral de las normas¹⁵⁴.

La discrecionalidad se configura cuando la norma atribuye un poder o facultad al órgano administrativo sin estatuir el criterio que debe orientar y servir de base a la respectiva decisión¹⁵⁵ pudiendo referirse tanto a la emisión del acto administrativo como a sus elementos¹⁵⁶.

En realidad, más que un margen privativo y excluyente de la libertad o arbitrio —como postulaba la doctrina clásica— implica un supuesto de remisión legal¹⁵⁷ que habilita a la Administración a escoger una solución entre varias soluciones igualmente justas.

Pero la discrecionalidad no implica un arbitrio ilimitado ni absoluto. Antes bien, se encuentra circunscripta tanto por los límites sustanciales y formales del ordenamiento positivo, tales como las reglas que prescriben la competencia de los órganos o entes y, fundamentalmente, por los principios generales del derecho.

Es así como los principios generales del derecho operan como garantías que impiden el abuso de las potestades discrecionales por parte de la Administración, pues si aquellos son la causa o base del ordenamiento jurídico, no puede concebirse que el ejercicio de los poderes discrecionales pudiera llegar a controvertirlos. Por este motivo, los jueces o funcionarios públicos deben siempre confrontar la norma que habilita la potestad discrecional y su desencadenamiento con los principios generales del derecho.

De otra parte, si el poder discrecional constituye un caso de remisión legal, la respectiva facultad no puede fundarse en las lagunas del ordenamiento positivo¹⁵⁸, aunque para habilitar la actuación de un órgano éste pueda basarse en un principio general del derecho como el principio de especialidad o los que informan el dominio público. Tal es lo que acontece con el principio general de

¹⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 1977, p. 269; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. II, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 6.

¹⁵⁵ Conf. SÁINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 347.

¹⁵⁶ Así lo sostiene MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., t. II, p. 422.

¹⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., t. II, p. 268.

¹⁵⁸ CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, “La doctrina de los principios generales del derecho”, *Revista de la Administración Pública*, nro. 44, p. 88 y ss., especialmente p. 91. En el ejercicio del poder discrecional, no existe relación entre el contenido del acto y los principios generales del derecho al revés de lo que parece insinuar Clavero (op. cit., p. 92).

la autotutela en materia del dominio público, que no precisa de norma positiva para su vigencia como lo ha reconocido la doctrina¹⁵⁹ y la jurisprudencia de nuestros tribunales¹⁶⁰ aparte de que esta potestad es, por su propia naturaleza, esencialmente discrecional (aun cuando deba ejercerse por órgano competente, hallarse ajustada a una finalidad de interés público y cumplirse con todos los requisitos, sustanciales y formales que consagra el ordenamiento).

¹⁵⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado del Dominio Público*, cit., p. 271 y ss.; BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, cit., t. III, p. 491; LAUBADÈRE, André de, *Traité de Droit Administratif*, t. II, p. 175; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. II, p. 441 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, 2ª ed., reimp., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 343 y en *La ejecutoriedad...*, cit., p. 98.

¹⁶⁰ Diversos tribunales aceptaron la autotutela respecto de los bienes del dominio público: Cámara Federal de La Plata, sala II, *in re*, “Hijos de Isidoro Gorillo S.A.”, publicado en LL 119-242, Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, caso “Mariscal, Luis M. J.”, en LL 107-256.