

ble que, si no hay otros obstáculos, la cláusula pueda caer en el triple control de falta de mención en el contrato, falta de motivo justificado, falta de equilibrio. También se controlan las modificaciones del precio, si este se incrementa excesivamente (art. 33 del Código del Consumidor italiano, c 2 lett.o.).

Las tres plataformas promueven la resolución extrajudicial de conflictos. En este punto también es necesario hacer algunas aclaraciones. Como es sabido, la Unión Europea promueve la resolución de conflictos a través de la conciliación y la mediación, y ha previsto una directiva que regula específicamente estas técnicas. Incluso ha puesto a disposición de los consumidores un sistema de resolución de litigios en línea (plataforma ODR de la UE Reglamento (UE) 524/2013) (16).

Si no se trata de un servicios prestados por la Unión, las cláusulas relativas a esta cuestión deben ajustarse a la ley: el art. 1341 c.2

(16) Proporciona el marco para la resolución de litigios en línea, la creación de la plataforma ODR de la UE y la fecha (09/01/2016) a partir de la cual cada tienda electrónica de la Unión Europea debe proporcionar un enlace

del Código Civil italiano considera ineficaz cualquier cláusula no firmada que implique la adhesión a un arbitraje (de cualquier naturaleza) o la derogación de la competencia de la autoridad judicial; el art. 33 c. 3 lett.v bis y v ter del Código de Consumidor considera presuntamente abusivas (y anulables) las cláusulas que dificulten el acceso a los órganos de conciliación y mediación o impongan un único tipo de órgano o un único organismo.

Podrían hacerse otras consideraciones sobre las cláusulas de limitación de la garantía y sobre las cláusulas relativas a las relaciones con terceros. Pero podemos posponer este análisis a una fase posterior de la investigación.

#### V. Cláusulas abusivas en los contratos P2B

Es significativo que la potestad normativa en materia contractual otorgada a las plataformas esté, junto con otras obligaciones,

en la plataforma a su sitio web que dé a los consumidores europeos acceso para que puedan presentar electrónicamente sus quejas a una entidad de resolución alternativa.

reglada específicamente en el Reglamento n. 1150 de 2019. Este Reglamento —que entró en vigor directamente en el ordenamiento jurídico italiano— ha sido reforzado por determinadas disposiciones contenidas en la Ley de Presupuesto de Italia de 2020 n. 178. Tiene la misión de promover condiciones más justas y transparentes en el mercado de las plataformas digitales y, por otra parte, atribuir a los organismos público (en Italia la Autoridad de Garantías de las Comunicaciones - *Agcom*) la tarea de garantizar una aplicación adecuada y eficaz del Reglamento P2B (art. 1. C. 515 ss. de la Ley de Presupuesto italiana).

En lo que respecta a las condiciones generales del contrato, el Reglamento establece que las condiciones establecidas deben ser fácilmente accesibles (lo que alivia la carga de la prueba del art. 1341 del Código Civil italiano) y deben redactarse en un lenguaje claro y comprensible (art. 3º). Una disposición similar se había impuesto a las cláusulas de los contratos de consumo (art. 35 del Código del Consumidor italiano). Es significativo señalar que el Reglamento trata a los profesionales que se adhieren a las condiciones de la misma manera que los consumidores: ambas ca-

tegorías tienen un débil poder de negociación frente a las plataformas.

Además, las plataformas están obligadas a revelar todo tipo de canales de distribución adicionales o programas de afiliación que puedan utilizarse para vender bienes y servicios y cuáles son los efectos de las condiciones sobre derechos de propiedad intelectual de los usuarios.

El Reglamento también regula el comportamiento de los proveedores de bienes y servicios relacionados con las plataformas, pero, por supuesto, esto se confía a los clientes individuales —consumidores, profesionales, prosumidores— y a las asociaciones de consumidores, o, en los sistemas legales en los que esto está previsto, también a los reguladores del mercado.

En Italia, la Autoridad Antimonopolio ha sancionado severamente a las plataformas que infringen la ley de competencia y emplean prácticas comerciales desleales y ha empezado a controlar las condiciones generales de los contratos que pueden ser anulados por desleales.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1930/2022

# Sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo



Juan Carlos Cassagne 

Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de varias academias iberoamericanas.

**SUMARIO:** I. El principialismo.— II. La estructura del ordenamiento.— III. El papel de los principios generales.— IV. El Estado de Derecho Constitucional y los distintos neoconstitucionalismos.— V. La llamada constitucionalización del ordenamiento.— VI. Hacia el Estado Subsidiario.— VII. Principales características y proyecciones jurídicas del Estado Regulador y Garante.— VIII. Epílogo.

## I. El principialismo

El campo de la dogmática del derecho público, así como el de la filosofía del derecho, exhibe cuestiones en las que los juristas y los filósofos del derecho no terminan de ponerse de acuerdo.

En esta ocasión, haremos el abordaje de dos tendencias. La primera, se refiere al llamado principialismo, una orientación moderna que congrega un arco bastante amplio de concepciones que abarcan, desde el positivismo incluyente o iusmoralista, hasta las diversas facetas que representa el iusnaturalismo. La segunda, es el llamado neoconstitucionalismo.

Los aspectos fundamentales de las concepciones principialistas pasan por tres ejes fundamentales, a saber: a) El reconocimiento de que el derecho constituye una práctica que se dirige a lo que “es bueno hacer, tener, obtener y ser” (1); b) Consecuentemente, la consideración de la moral como la razón práctica del de-

recho (2); y, por último, e) La prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas o reglas en sentido estricto.

Existe la creencia que considera que el movimiento principialista se originó en las cartas constitucionales que se sancionaron en Europa tras la finalización de la segunda guerra mundial.

Sin embargo, aunque el hecho no se encuentra suficientemente reconocido por la doctrina constitucionalista, lo cierto es que el origen de este proceso es patrimonio del derecho administrativo. En efecto, este derecho se construyó sobre la base de la prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas desde sus primeras construcciones dogmáticas (Laferrière) y es sabido que, finalmente, el Consejo de Estado Francés reconoció su primacía (3), provocando uno de los cambios más profundos habidos en la comprensión y operatividad de los principios generales del derecho público,

considerados finalmente como mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho (4).

Su significación fue advertida en Francia por Jean Rivero, en uno de los trabajos pioneros sobre la materia (5), quien puso de relieve una jurisprudencia que terminó proyectándose a todo el derecho administrativo público europeo. Se produjo de ese modo un cambio radical en las fuentes del derecho con base en las teorías fundamentales formuladas en el derecho francés (6) y la jurisprudencia de su Consejo de Estado.

Cabe apuntar, también, que buena parte de los publicistas y filósofos del Derecho de esa época se hallaban enrolados en el iusnaturalismo, al igual que algunos autores alemanes del siglo anterior (Otto Mayer), en los que era advertible su adhesión a las verdades del derecho natural (7).

Una resuelta postura acerca de la trascendencia que revisten los principios generales del Derecho, en la configuración

del Derecho Administrativo moderno, se encuentra en la obra del maestro García de Enterría. Este jurista insigne, al culminar sus primeras investigaciones sobre el tema, no pudo reprimir su asombro de que, en Francia, patria del legalismo, se hubiera construido un derecho administrativo en el que los principios prevalecían sobre las leyes escritas (8).

A la inversa de lo que supone el positivismo excluyente de la moral, el principialismo no ha venido a suplantarse la legalidad positiva, sino a reforzar su validez a través de una dimensión racional-moral de justicia, que convive con la dimensión formal, proveniente de la autoridad de las fuentes sociales del derecho (9).

En esta dimensión de validez racional-normativa es donde, precisamente, se alojan los principios generales del derecho que resultan “descubiertos y funcionalizados por los juristas” y “recogidos y desenvueltos por la jurisprudencia o por la legislación” (10).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) FINNIS, John, “Aquinas: Moral, Political and Legal Theory”, *Oxford University Press*, Oxford, 1993, p. 41, cit. por MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio en “Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico jurídico de John Finnis”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, p. 31; vid, asimismo, LEGARRE, Santiago, “Ensayos de Derecho Natural”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2014, p. 509 y ss.

(2) VIGO, Rodolfo Luis, “Derecho y moral (razón práctica): conexiones en tiempos del Estado de Derecho Cons-

titucional”, *El Derecho*, diario del 21/07/2021, p. 1 y ss.; sobre la razón práctica, véase el reciente ensayo de dicho autor *La reconciliación del Derecho con la razón y las emociones*, Ed. Palestra, Lima, 2022, ps. 70 y ss.

(3) Véase: COVIELLO, Pedro J. J., “Raíces históricas del derecho administrativo y su actualidad. Apuntes para su estudio”, *El Derecho*, Revista de Derecho Administrativo, N° 8, Buenos Aires, 2020, Cita Digital ED-CMXXV-521, p. 7 y ss.

(4) Ampliar en nuestro libro *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Rubin-

zal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2021, 2ª edición actualizada, ps. 71 y ss.

(5) RIVERO, Jean, “Los principios generales del derecho administrativo en el derecho francés contemporáneo”, Madrid, 1951, RAP N° 6, p. 289 y ss. y, JEANNEAU BENOIT, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative”, Sirey, Paris, 1954.

(6) HAURIU, Maurice, “Derecho Público Constitucional”, trad. del francés de Carlos Ruiz del Castillo, supervisada por el propio autor que lo prologa, Ed, Reuss, Madrid, 1927, ps. 290 y ss.

(7) Vid, en tal sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho”, Civitas, Madrid, 1984, ps. 43-44.

(8) *Ibidem*, ps. 44-45, apunta que en el derecho francés “la idea de los principios no ha hecho más que ganar terreno”.

(9) Aspecto muy bien explicado en MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, “Jurisprudencia analítica...”, ob. cit. p. 40.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Reflexiones...”, ob. cit., p. 43.

En tal contexto veamos, a grandes rasgos, lo que ha ocurrido en el campo de algunos sectores del positivismo (el llamado incluyente) y en el de la jurisprudencia analítica.

Así, es fácil comprobar que, mientras la cantidad de concepciones filosóficas aumentó de un modo exponencial, dificultando la comprensión de la ciencia jurídica y de sus métodos interpretativos, se produjo el abandono de algunas de las premisas centrales del positivismo legalista por parte de destacados filósofos del derecho que fueron calificados como positivistas incluyentes (iusmoralistas) o iusnaturalistas (Dworkin, Alexy - Nino).

El hecho de ser bendecidos con la calificación de iusnaturalistas [una paradoja retórica desarrollada por una brillante pluma filosófica (11)], supone que todos aquellos que sustentan una visión moral del derecho y no admitan una tajante separación conceptual entre ambos conceptos son iusnaturalistas. Más aún, para desdicha de los positivistas puros, irrumpió en la escena filosófica un profesor de la Universidad de Oxford (Finnis, John), formado en la escuela analítica de Hart, quien se adhirió al iusnaturalismo de raíz aristotélica-tomista, dentro del modelo analítico (12), logrando que esta concepción fuera más comprensible por los pensadores anglosajones (13). Es la llamada Nueva Escuela del Derecho Natural (NEDN).

El enfoque iusnaturalista de Finnis si bien rompe la separación conceptual entre moral y derecho no deja de atribuirle al derecho positivo, emanado de las fuentes fácticas y sociales, una jerarquía relevante en la medida en que no se produzcan situaciones susceptibles de afectar en forma grave y extrema la justicia (14), conformada por los principios generales del derecho y bienes básicos, concebidos conforme a una visión que atribuye un papel central al derecho producido por la autoridad de las fuentes formales.

Debe advertirse que estas fuentes no se limitan a la ley, sino que comprenden también la jurisprudencia, los principios generales y la costumbre, lo que hace posible que los jueces cumplan una función creativa de cara a completar las lagunas jurídicas (normativas o *axiológicas*) o bien tener que interpretar los conceptos ambiguos que caracterizan el lenguaje natural (que carece de la precisión característica del que es propio de las ciencias exactas).

En resumidas cuentas, el principialismo constituye la tendencia especulativa que asigna predominio a los principios sobre las normas, en la inteligencia que ambas categorías constituyen reglas jurídicas vinculantes y fuentes del derecho.

Se discute si el carácter autoritativo constituye, uno de los rasgos caracterís-

ticos del Estado de Derecho Constitucional (15), pero, en cualquier caso, debe ser siempre un Estado de poderes tasados y limitados, en el que sus órganos (llamados también poderes) actúan con independencia recíproca y armonía, sometidos al principio de legitimidad —(o legalidad en sentido amplio cuya máxima expresión es el bloque de constitucionalidad)— a los principios de la justicia (la fórmula constitucional alemana y española se refiere a la ley y al derecho) y, por último, al control judicial de constitucionalidad.

En cambio, la tesis básica del positivismo legalista considera que la norma positiva constituye el centro del derecho y del sistema jurídico, postulando que toda norma emanada del Estado conforme al procedimiento formal predeterminado es válida con independencia de que sea justa e injusta, moral o inmoral. La matriz de esta concepción sostiene que los valores de la justicia son subjetivos e irracionales y hasta metafísicos, que una teoría del derecho debe ser pura y limitarse al material positivizado y, consecuentemente, que la moral debe separarse del derecho. Como lo ha expresado el propio Bobbio, el positivismo jurídico es una doctrina “que reduce la justicia a la validez” (16), a lo que cabe adicionar, una separación estricta entre moral y derecho.

Mientras las concepciones del iusnaturalismo giran en torno de lo que es justo y moralmente bueno para las personas y el bien común, concibiendo al derecho como el objeto de la justicia, el positivismo legalista o puro sostiene exactamente lo inverso: que la justicia consiste en la validez del derecho o, en otros términos, que el objeto de la justicia no es el derecho real (lo justo) sino su validez formal, acusando al iusnaturalismo de introducir elementos extraños en la teoría del derecho, cuya pureza pretendía fuera un dogma irrefutable. En ese contexto, apoyados en la falacia naturalista de Hume, los positivistas llegaron a decir que, si la naturaleza era el orden del ser, resultaba falso sostener que de la naturaleza humana pudieran derivarse prescripciones normativas (el orden moral o el deber ser).

Lo cierto es que, como lo ha demostrado Finnis, la falacia naturalista no existió en el pensamiento aristotélico-tomista que nunca llegó a sostener que las prescripciones normativas derivaran directamente del ser (la naturaleza humana). En rigor, el conocimiento normativo de la ley natural, lejos de derivar del conocimiento previo de la naturaleza humana, “parte de unos principios primeros conocidos por evidencia y que se desenvuelven racionalmente —con razón práctica— ya sea a través de inferencias conclusivas, ya sea a través de la determinación circunstanciada de lo que en los principios se encuentra indeterminado” (17).

En ese escenario, en el que disputan su supremacía las más variadas corrientes del positivismo (tanto el incluyente como el excluyente) y del iusnaturalismo clásico, sin analizar otras concepciones inaplicables en los sistemas continentales europeos o de Iberoamérica, como el realismo norteamericano o algunas que han perdido actualidad doctrinaria (vgr. el estructuralismo) (18), se ha desarrollado la tendencia principialista, sin llegar a configurar una concepción integral de la filosofía jurídica.

En la nueva versión de la obra del Profesor Yacobucci sobre el sentido de los principios penales (19), se expone una construcción susceptible de ser proyectada a todo el derecho y de adaptarse, particularmente, a los derechos constitucional y administrativo. En pocas palabras, se trata de la jerarquía y dimensión de peso conforme a una bien decantada visión filosófica personalista, especulativa y práctica.

Allí, distingue cuatro categorías:

a) Principios configuradores o materiales que constituyen presupuestos ontológicos del ordenamiento: Los considera principios nucleares y son dos: 1. El bien común político y 2. La dignidad humana;

b) Principios fundamentales: A nuestro juicio son los que hacen a la esencia del Estado de Derecho (vgr. separación de poderes, legalidad, independencia e inamovilidad de los jueces, interdicción de arbitrariedad, inalterabilidad del contenido sustancial de los derechos por leyes o reglamentos, tutela judicial efectiva, razonabilidad (20), seguridad jurídica y subsidiariedad);

c) Principios derivados: Proporcionalidad, buena fe, confianza legítima y buena administración;

d) Estándares y directivas no vinculantes que cumplen la función de orientar la actividad de la Administración Pública y de los particulares.

En definitiva, como ha apuntado Aragón Reyes, aun en el sistema europeo, resulta difícil negar, en la actualidad, que “el Derecho de la Constitución es un derecho por principios” (según la terminología que emplea Zagrebelsky), así como no se puede desconocer, en el caso de España, la clara configuración de una Constitución Principialista (21).

### 1.1. Características y notas principales del nuevo constitucionalismo

Como consecuencia de un conjunto de causas concatenadas que, en forma somera, hemos descrito, no se puede desconocer que el nuevo constitucionalismo ha operado un cambio radical en: a) El sistema de las fuentes del derecho; b) La interpretación y la consecuente metodología que acompaña la hermenéutica; c) La realización efectiva del control de constitucionalidad para afirmar

la supremacía constitucional; y d) La consolidación, en algunos Estados, comunidades o asociaciones de Estados, de un derecho supranacional que conlleva la necesidad de efectuar el llamado control de convencionalidad (22).

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

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

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

Sobre la base del esbozo precedente veamos ahora qué es lo que se mantiene y cuáles son los cambios que se han producido, cuya captación requiere tener en cuenta los fenómenos históricos (políticos, económicos y sociales) así como los principios que provienen de la filosofía del derecho y las técnicas interdisciplinarias de interpretación, como la lógica, ya que resulta prácticamente imposible hacer ciencia jurídica sin el acuerdo de una metodología sistemática (23) y abarcativa de todos los elementos que componen o complementan el conocimiento jurídico.

El nuevo constitucionalismo mantiene a rajatabla el Estado de Derecho cuyo conte-

(11) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “El iusmoralismo de Carlos Santiago Nino. Una crítica, en el libro Iusmoralismo (s) Dworkin/Alexy/Nino, Cevallos”. Editora jurídica, Quito, 2015.

(12) También se ha calificado a la concepción de Finnis como un iusnaturalismo positivista (Cfr. LEGARRE, Santiago, “Ensayos...”, ob. cit., p. 529), con lo que no estamos de acuerdo dado que, si bien existe una revalorización del derecho positivo, hay aspectos de la teoría que se oponen a la concepción positivista, incluso la del llamado positivismo incluyente (vgr. el sentido y la fuerza de la razonabilidad práctica y especialmente la armonía con Dios como bien humano básico; véase: FINNIS, John, “Ley Natural y Derechos Naturales”, trad. del inglés de Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 427 y ss.).

(13) Véase: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, “Jurisprudencia analítica...”, ob. cit., p. 21 y ss.

(14) VIGO, Rodolfo Luis, “El iusnaturalismo actual”. De M. Villey a J. Finnis, Distribuciones Fontamara, México, 2003, p. 131, nota 177.

(15) FERREYRA, Raúl Gustavo, “Fundamentos Constitucionales”, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 344, sostiene que el Estado Constitucional, a más de los elementos naturales que congrega (territorio y población) alberga dos elementos constituyentes no naturales (poder y Constitución), poniendo énfasis en que la Constitución configura el edificio fundamental, la suma regla del orden estatal y añadiendo que “en el Estado Constitucional todo derecho del Estado debe ser genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo”.

(16) BOBBIO, Norberto, “Teoría General del Derecho”, 2ª ed., trad. del título original italiano *Teoria della norma giuridica y Teoria dell'ordenamento giuridico*, Ed. Temis, Torino, 1958 y 1960, respectivamente, p. 30 y ss.

(17) Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, “Juris-

prudencia analítica...”, ob. cit., p. 74 y ss., especialmente p. 79.

(18) Vid: SUÑÉ LINAS, Emilio, “Teoría Estructuralista del Derecho”, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 2006, p. 23 y ss., con prólogo de José Luis Villar Palasí.

(19) YACOBUCCI, Guillermo, “El sentido del Derecho”, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2014, ps. 94 y ss.

(20) La razonabilidad es un meta principio que incluye al principio de proporcionalidad en sentido amplio (adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), según la conocida teoría de Alexy. La aplicación de este principio reconocido en forma expresa en la Acordada 17/2019 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Considerando VI), aparece también en fallos del Alto Tribunal; véase: “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” de fecha 4 de mayo de

2021, considerando 27 *in fine*.

(21) Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, “El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM), Madrid, 1997, p. 189, con cita de Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, New York, 1993, p. 119 y ss.

(22) HALLIVIS PELAYO, Manuel, “Interpretación de Tratados Internacionales Tributarios”, Porrúa, México, 2011, especialmente ps. 86-98 y el artículo “Elementos para lograr una homologación metodológica del control difuso de constitucionalidad en México”, *Revista Pro-Homine*, año I, número 1, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, ps. 133 y ss.

(23) Ampliar en CISNEROS FARIAS, Germán, “Derecho sistemático”, Porrúa, México, 2005, p. 239 y ss.

nido no es más la ideología liberal de antaño, sino que, conservando como principio la protección de la libertad frente a las arbitrariedades de los poderes públicos, se orienta a la realización del Estado Social y Democrático de Derecho o si se prefiere, Estado de Justicia, o bien, Estado Regulador y Garante.

La democracia pasa a convertirse en un principio general del derecho público fuerte y prácticamente absoluto, en sentido contrario al relativismo crítico que sostuvo Kelsen. En efecto, si cualquiera fuera el ordenamiento positivo este entrañara una verdad relativa las atrocidades hitlerianas, por ejemplo, se hallarían justificadas en el propio relativismo que cobijaría el principio democrático (24), aunque fueran repugnantes a la ley natural, lo cual implica un absurdo lógico y político de primer orden.

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

Ahora bien, toda democracia no funcionaría con justicia y eficacia pudiendo devenir en un gobierno despótico sino tuviera como complemento el principio de separación de poderes y sus corolarios básicos, esto es, el principio de limitación del poder (25) (en la Constitución norteamericana, un sistema de poderes limitados) y la independencia del Poder Judicial con garantías de inamovilidad e imparcialidad (26).

Este último principio se ha extendido a otros órganos o entes a los que se le asignan funciones regulatorias, incluso de contenido jurisdiccional, interpretándose que los principios de independencia e imparcialidad se extienden a las llamadas autoridades regulatorias independientes (27). De ese modo, el campo clásico de la separación de poderes se ha ampliado considerablemente y el sistema exhibe una suerte de poderes múltiples (28) que vienen a complementar, con el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el ejercicio de funciones estatales en base a competencias establecidas conforme al principio de especialización.

El nuevo constitucionalismo reafirma la caracterización de la Constitución como norma suprema y algunos piensan que estamos ante la llamada constitucionalización del ordenamiento, algo que en cierto modo parece redundante en América, en cuyos sistemas se consagró, a partir de la Consti-

tución de los Estados Unidos, el principio de supremacía constitucional.

Por lo demás, con toda la buena intención del mundo muchos sostienen en la actualidad—siguiendo a la doctrina alemana— (29) que el derecho administrativo constituye un derecho constitucional concretizado. Ello nos parece una generalización excesiva al punto que de seguirse esa línea de pensamiento hasta el Derecho Civil sería un derecho constitucional concretizado habida cuenta que se ocupa de reglamentar, entre otros derechos, el derecho constitucional de propiedad privada.

En ese proceso de revalorización constitucional el derrumbe de los dogmas positivistas ha conducido a la potenciación de la función del juez como creador del derecho y no como un mero aplicador mecánico de la ley a través de un proceso de subsunción en todos los casos. Sin embargo, frente a una laguna normativa o axiológica el juez precisa acudir a la técnica de la ponderación, pero una vez obtenida la norma o regla aplicable al caso debe, en un segundo paso, subsumir el caso en la regla (30).

A su turno, el reconocimiento de la prevalencia de los principios generales sobre la ley positiva abrió un ancho cauce para las técnicas propias de la argumentación jurídica y al método interpretativo de la ponderación (justificación interna y externa) cuyo adalid ha sido, sin duda, Robert Alexy (31). En este escenario, se desarrolla un proceso interpretativo, primero en Alemania y luego en varios Estados europeos y americanos, en el que se adopta y desarrolla el denominado principio de proporcionalidad, descompuesto en tres tipos de juicio que debe realizar el juez en la búsqueda de la solución razonable y justa de cualquier controversia, a saber: a) El de necesidad; b) El de adecuación; y e) El de proporcionalidad en sentido estricto (32).

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

### 1.2. La distinción entre moral y derecho

Se trata del antiguo y clásico debate entre el positivismo y el iusnaturalismo que dividió durante mucho tiempo a la doctrina jurídica, en el cual, al partir de bases e ideas diferentes, nunca lograron ponerse de acuerdo (33). Los positivistas puros, aunque reconocían la existencia de una moral objetiva o social (34), consideraron siempre que derecho era algo distinto a la moral, y no

obstante reconocer que los preceptos positivos se fundaban, en lo esencial, en principios morales, negaban la configuración de principios generales del derecho como base y fundamento del orden normativo, apoyándose solo sus fuentes formales. En ese contexto y frente a la insuficiencia del positivismo legalista para detener los abusos de las dictaduras europeas (que impusieron el nazismo y fascismo sobre la base de un legalismo formal) fueron muchos los juristas que se convencieron de la necesidad de acudir a la moral y los principios generales. Finalmente, buena parte de otros principios se incorporaron a las constituciones abriendo así cauces para la creación del derecho por parte de la doctrina y de los jueces, que permitieron configurar nuevos principios tanto generales como sectoriales o institucionales.

De ese modo, el dogma de la plenitud del ordenamiento se agotó en ese esquema y fue reemplazado por el papel creativo del juez que aplica esos principios generales mediante la técnica de la ponderación que, como se ha señalado, no es opuesta a la subsunción.

En definitiva, si la moral está ligada al ámbito de los valores, a los cuales se somete y si el orden jurídico (que no es más solo el orden normativo) acepta la superioridad de principios o valores generales como fundamento del ordenamiento, es evidente que no se puede sostener que el valor sea algo extraño al derecho (35), negar que la moral sea el presupuesto justificatorio de las prescripciones que legitimen la autoridad e las normas jurídicas (36).

Ese panorama se proyecta, como no podría ser de otro modo, a la teoría y, consecuentemente, al régimen del acto administrativo, a través de los principios generales que juegan como mandatos que debe acatar la Administración y que están, incluso, por encima del sistema normativo. Así, la configuración del ordenamiento jurídico cobra una nueva dimensión al ampliarse significativamente el clásico bloque de legalidad. En efecto, tras la recepción de los principios generales en los derechos públicos internos de los Estados, el fenómeno de la globalización y, en su caso, la prevalencia de los derechos supranacionales, generalizaron principios que pasaron a configurar nuevos paradigmas del derecho administrativo. Este proceso, que ha favorecido la creación por parte de los jueces del derecho, termina caracterizándose por una integración entre elementos estáticos (los principios generales) y dinámicos (los nuevos paradigmas e instituciones).

La aparición de estos nuevos paradigmas, aplicados conforme a las exigencias de la razón práctica y de la justicia, trae consigo la caída de antiguos dogmas que estaban

anclados en concepciones autoritarias del derecho público, aunque la tarea de erradicarlos no corra pareja en los diferentes sistemas comparados ni la transformación se proyecte de la misma manera en cuanto a su intensidad.

### 1.3. La fuente primaria de la ley natural y el error de base del positivismo y concepciones afines

En la actualidad, ya fuera porque resulta evidente para un sector del iusnaturalismo distinguir la ley natural de la ley positiva o bien porque se considere—conforme al positivismo legalista de matriz kelseniana— que la ley natural es de inspiración metafísica que, por fundarse en la naturaleza, es algo extraño al derecho que debe ser depurado de elementos ajenos a la norma legal positiva, lo cierto es que los filósofos del derecho, con excepción de la NEDN y sus seguidores (37), no han prestado debida atención al examen más o menos exhaustivo de este punto.

Mientras hay bastante acuerdo entre los filósofos del derecho en cuanto a que la ley positiva es la que resulta promulgada por el legislador, en sentido formal y material y por el legislador material (ej. los reglamentos), para los iusnaturalistas, en la vereda opuesta al positivismo, toda ley positiva debe ser conforme a la ley natural (38).

La diversidad de concepciones formuladas sobre el derecho natural ha sido campo propicio para las críticas que recibió del positivismo, principalmente por parte de Kelsen. Este filósofo, por no dominar el panorama del derecho natural de la escolástica, generalizó una serie de errores que se gestaron *a posteriori* en las tendencias del iusnaturalismo. La mayoría de esos errores y críticas han sido refutados por la NEDN, particularmente en la obra de Finnis (39), con una profundidad filosófica y lógica remarcable.

El error básico de Kelsen sobre el derecho natural estriba en sostener que la norma fundante del derecho natural presupone una norma que diga “deben obedecerse las leyes de la naturaleza” (40), lo que traduce un juicio equivocado.

Han sido muchos los partidarios del derecho natural que antes y después de Kelsen incurrieron en ese error y carece de sentido criticarlos y traerlos a colación porque en vez de refutar al gran filósofo austriaco vienen a convalidar su equívoco.

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

(24) KELSEN, Hans, “Esencia y valor de la democracia”, trad. del alemán por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1934, p. 143 y ss., especialmente p. 153 y ss., llega a decir que la paradoja de la democracia es darse su sentencia de muerte (op. cit., ps. 144 y ss) y que todos los metafísicos postulan la autocracia, lo cual es contrario a la verdad histórica ya que basta con el ejemplo que dio la Escuela de Salamanca al rechazar la tesis absolutista sobre el origen divino del poder para demostrar la falsedad histórica en que incurre Kelsen.

(25) FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit., ps. 300 y ss., y comentario de Orrego en el Estudio Preliminar a la obra de Finnis (p. 27).

(26) Ampliar en: VIGO, Rodolfo Luis, “De la ley al derecho”, Porrúa, México, 2005, 2ª ed., ps. 219-220.

(27) Caso “Baena” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(28) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Público General”, Iustel, Madrid, 2006, 2ª ed., T. I, p. 1197 y ss., describe la diversidad y múltiples poderes de las agencias o comisiones independientes.

(29) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo”, en Barnes, Javier (Dir.), Innovación y Reforma del Derecho Administrativo, Inap-Global Law Press, Sevilla, 2012, 2ª ed., ps. 52 y ss.

(30) Por ello Atienza ha señalado el equívoco de “presentar la ponderación como un tipo de argumento opuesto a la subsunción”, en un libro sobre el constitucionalismo que figura como de autoría de Ferrajoli, no obstante contener trabajos de otros ius filósofos, la mayor parte de los cuales disienten con la tesis del maestro italiano; vid. FERRAJOLI LUIGI, “Un debate sobre el constitucionalismo”, Marcial Pons, Madrid, 2012 y en dicho libro el ensayo de Manuel Atienza, *Dos versiones del constitucionalismo*, p. 73.

(31) ALEXY, Robert, “Teoría de la Argumentación Jurídica”. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 215 y ss.

(32) BARNES, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, RAP N° 135, Madrid, 1994, p. 495 y ss. Mientras en el jui-

cio de adecuación hay que valorar la idoneidad del fin, en el de necesidad se exige valorar si la medida es la menos restrictiva de los derechos y, por último, el juicio de proporcionalidad supone una valoración entre los medios elegidos, los sacrificios y el interés general, los que deben guardar proporción o, en otros términos, ser razonables.

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

(34) La moral y el derecho operan como círculos concéntricos. Aun cuando se reconozca la división que hizo Hegel entre moral subjetiva y objetiva y que el derecho tiene por objeto, fundamentalmente esta última, la protección de la conciencia individual no es ajena al orden jurídico. Es cierto que hay valores que no pueden ser objeto directo de normas jurídicas ni prescribir mandatos positivos, como la amistad y el amor a la patria, pero hay siempre mandatos negativos que los protegen. En definitiva, la integración de la moral en el derecho se lleva a cabo, en la actualidad, a través de la recepción en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia sobre los principios

generales del derecho, se encuentren o no incorporados al ordenamiento positivo. La fuente de los citados principios se encuentra tanto en la Constitución y las leyes como en la doctrina, en la costumbre y en la jurisprudencia y en esto radica la principal diferencia con el positivismo legalista.

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

(36) Véase NINO, Carlos Santiago, “Fundamentos de derecho constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 2013, 4ª reimpresión, p. 21 y ss., especialmente p. 28 y ss., con respecto a la constitución concebida como práctica social relevante.

(37) FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit., p. 68 y ss.

(38) Véase: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica...”, ob. cit., con citas de Tomás Aquino y de Suárez.

(39) FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit., p. 66 y ss.

(40) KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. del alemán, Porrúa, México, 2011, p. 231.

El Aquinate jamás sostuvo que el derecho o ley natural se fundaba en la naturaleza, ni siquiera en la naturaleza humana en sí misma, sino en el orden impuesto por la razón natural que, en definitiva, se funda en el principio de razonabilidad, habida cuenta que todo hombre posee “la inclinación natural a actuar según razón” y que ella implica una forma virtuosa (41).

En ese sentido, la interpretación que hace Finnis sobre los textos de Tomás de Aquino así lo demuestra al señalar que “el criterio de conformidad o contrariedad respecto de la naturaleza es la razonabilidad” (42): “Y así todo lo que es contrario al orden de la razón es contrario a la naturaleza de los seres humanos en cuanto tal; y lo que es razonable está conforme con la naturaleza humana en cuanto tal. El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano consiste en estar fuera del orden de la razonabilidad... De modo que la virtud humana, que hace buena a la persona humana y a sus obras, está conforme con la naturaleza humana solo en cuanto *tantum... in quantum?* está conforme con la razón; y el vicio es contrario a la naturaleza humana solo en cuanto es contrario al orden de la razonabilidad” (43).

“En otras palabras dice Finnis, “para Tomás de Aquino la manera de descubrir que es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable. Y esta investigación nos conducirá, al final, hasta los primeros principios derivados de razonabilidad práctica, principios que no hacen ninguna referencia a la naturaleza humana, sino solo al bien humano. Del principio al fin de sus exposiciones sobre ética, las categorías primarias para Tomás de Aquino son lo ‘bueno’ y lo ‘razonable’, lo ‘natural’ es, desde el punto de vista de su ética, un apéndice especulativo añadido a modo de reflexión metafísica, no un instrumento con el cual moverse hacia o desde ‘los primeros principios per se’ nota prácticos” (44).

Una interpretación similar sobre el pensamiento tomista en este punto es la realizada con anterioridad por Goldschmidt, aunque el desarrollo que hizo no puede compararse al rigor argumentativo de Finnis, señaló que “la *lex naturalis*” es aquella parte de la ley externa que resulta conocida a los hombres mediante la razón y que “su principio supremo estatuye: hacer lo bueno y no hacer lo malo” (45).

Esta coincidencia de Goldschmidt con la interpretación de Finnis (46) sobre la obra de Tomás de Aquino resulta notable no solo por haberla efectuado con bastante anterioridad (la primera edición data del año 1960) sino por extenderse a la concepción sobre la ley humana o positiva, la cual, según el

maestro austríaco (y profesor argentino tras su exilio), se desprende de la ley natural “de dos maneras: por conclusión y por determinación. Las conclusiones deducidas de la ‘*lex naturalis*’ son uniformes” ... “las determinaciones, al contrario, conceden un espacio de libertad dentro del cual caben lícitamente diferentes regulaciones” (47).

Debe quedar claro, entonces, que en el pensamiento de la NEDN la ley positiva deriva siempre del primer principio del derecho natural que manda hacer el bien y evitar el mal (48), principio que preside un sistema complejo que poco tiene que ver con la norma básica que Kelsen ubicó en la cúspide de su pirámide jurídica. Esta norma de clausura del sistema kelseniano carece por cierto de positividad, ya que su naturaleza es más bien sociológica, como lo reconoce el propio Kelsen al definirla como “el hecho fundante de la producción del derecho”, admitiendo que se trata de una norma presupuesta que puede ser designada “como constitución en sentido lógico jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo” (49).

Como puede advertirse, en el sistema kelseniano la norma básica no es impuesta por la autoridad sino presupuesta y, por tanto, no tiene nada de positiva, aunque lo inconcebible resulta que, a consecuencia de esta “cualquier contenido puede ser derecho” (50) (vgr. normas de la dictadura nazi tendientes a exterminar a los judíos).

En el sistema iusnaturalista —en cambio— no tiene cabida una norma opuesta a la justicia la que se condensa en el primer principio antes señalado (51) y en los principios generales de derecho de primer y segundo grado (52), los cuales conforman un sistema de fuentes que se completa con las normas positivas. Los principios generales interactúan sin que exista una prevalencia de unos sobre otros, lo que no obsta a reconocer la distinta dimensión de peso que pudieran tener para poderlos ponderar y armonizar con miras a la realización del bien común, salvo aquellos que se definan como derechos absolutos, como el derecho a la vida (ya que salvo por el ejercicio de legítima defensa no es lícito ocasionar la muerte de una persona).

De manera conclusiva puede decirse que mientras el positivismo puro encorseta el derecho en un sistema lógico-formal basado en normas positivas, excluyendo de este la justicia y los consecuentes principios generales del derecho y la costumbre, el iusnaturalismo, particularmente el de la NEDN, configura un sistema amplio y abierto, que se nutre con el aporte interdisciplinario de otras ciencias y disciplinas permitiendo así enriquecer las determinaciones positivas, a condición de que no trasgredan los principios básicos de la justicia.

vo del primer principio del derecho natural refutando la crítica de la filosofía analítica que suponía que Tomás de Aquino extractaba los principios del derecho natural de proposiciones descriptivas basadas en los rasgos de la naturaleza humana. En realidad, señala Massini Correas - Santo Tomás compartía la tesis de HUME en el sentido en cuanto a que “de proposiciones meramente enunciativas nunca podía seguirse una proposición normativa” (op. cit., p. 38).

(52) FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit., ps. 131 y ss.  
(53) Al referirnos a los principios jurídicos entendemos por tales los principios generales de todo el derecho y los de las distintas ramas, particularmente los pertenecientes al derecho administrativo.

(54) El artículo 79 del Código Penal prescribe que “se aplicara reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro siempre que en este Código no se estableciera otra pena”. El supuesto de hecho es la acción de matar a otro (se entiende a una persona), la consecuencia o sanción jurídica la pena de reclusión o prisión y el mandato legal implícito es la prohibición de matar a otro. Los mandatos penales son casi siempre negativos aun cuando prescriben también

De ese modo, se acrecienta el papel del juez en la creación del derecho reafirmando los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional los que constituyen principios generales del derecho público que los otros órganos del Estado no pueden alterar con leyes ni con el dictado de actos administrativos de alcance individual o general.

## II. La estructura del ordenamiento

El ordenamiento jurídico se compone de normas y principios. Suele decirse (alguna vez utilizamos la expresión) que las normas representan la faz positiva del ordenamiento. En realidad, para captar el sentido de dicha expresión hay que definir primero que es una norma y que constituye un principio jurídico (53). La tarea, si bien puede aparecer dotada de cierta complejidad ante las múltiples concepciones y definiciones existentes, resulta relativamente sencilla si nos atenemos a los conceptos básicos que proporcionan la lógica y la filosofía del derecho.

De ahí en más, advertimos que la positividad no es patrimonio exclusivo de la norma legal habida cuenta que es posible de crearla por vía consuetudinaria o jurisprudencial y algo similar acontece con los principios que pueden hallarse o no incorporados al ordenamiento legal positivo.

### II.1. Las normas

Toda norma se caracteriza por contener una estructura tripartita, a saber: a) La descripción del supuesto de hecho, el mandato (o *cópula* que expresa el deber ser) y la consecuencia jurídica. Esta es, digamos, la concepción clásica sobre la norma que, desde luego, admite una serie de matizaciones, según el tipo de normas y las características peculiares de cada disciplina. Por ejemplo, el mandato, en el derecho penal suelen hallarse implícito (54) y, a su vez, en el derecho administrativo, los mandatos pueden contener conceptos jurídicos indeterminados (vgr. el interés público) que deben determinarse en cada caso por los gobernantes o jueces) con arreglo a las exigencias de la razonabilidad práctica, no admitiendo más que una solución justa o respuestas de equidad. También, sobre todo en el derecho administrativo, es posible atribuir a la Administración, salvo en materia de sanciones de naturaleza penal (o de actos de gravamen, en general) la utilización de la potestad discrecional con respecto a los tres elementos que componen la estructura de la norma, lo que no siempre se ha percibido hasta ahora con claridad. Por cierto, que la atribución legal o reglamentaria de la discrecionalidad a la Administración se encuentra sometida siempre a un control judicial pleno y efectivo para garantizar los derechos y libertades

mandatos positivos como en los llamados delitos de omisión en los que el sujeto debe actuar por imperio de la ley y omite hacerlo (vgr. el delito de abandono de personas prescrito en los arts. 106 y 108 del Código Penal).

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

(56) Para De Diego la abstracción de los principios es superior a la de las normas correspondiendo su estudio tanto a los filósofos del derecho como a los juristas prácticos y en un pasaje del prólogo que hiciera a la obra del Del Vecchio afirma: “Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más amplio y comprensivo sentido son materia del filósofo del derecho; empero, hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y a este pertenecen y dentro de su competencia están cuando descienden de aquellas alturas para encarnar en la vida, prestando espíritu, co-

de las personas que es el fin principal de la separación de los poderes.

II.2. Los principios generales: su diferencia con las normas. Las directrices o directivas políticas. Los valores

Mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su consecuencia se encuentran formuladas “con similar propósito de precisión” (55), los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción (56) que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de este, en su aplicación al caso concreto (57). Los principios carecen de supuestos de hecho (58) los que deben ser cubiertos, en principio, por los legisladores o jueces, dadas las restricciones que pesan sobre la Administración para determinar su propia competencia.

Se ha procurado distinguir entre principios y valores en el sentido de que mientras estos últimos no permiten especificar los supuestos en que se aplican, ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción (59). Como puede apreciarse, el valor, así definido, se parece a la directiva o directriz de Dworkin en cuanto apunta a un estándar —que al igual que el principio debe ser observado— pero que reposa en un objetivo político, económico o social que persigue la comunidad.

La diferencia entre valor y principio dista de ser clara pues independientemente de que en algunos principios existe un menor grado de concreción que en otros, los valores siempre deben ser observados cuando razonablemente son susceptibles de ser captados por el sistema jurídico. ¿Podría acaso negarse —por ejemplo— que la justicia, la buena fe, la protección de la libertad y de la igualdad no constituyen principios generales del derecho exigibles? (60). En suma, todo principio contiene un valor, pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (vgr. la amistad). En suma, el valor concebido como bien es captado por el derecho cuando constituye un mandato que vincula al Estado con los sujetos privados o a estos entre sí y puede estar representado tanto en un principio como en una norma positiva, legal o consuetudinaria.

Uno de los ataques más serios que ha sufrido el positivismo anglosajón (61) radica en la distinción formulada por Dworkin entre principios, directrices y normas, que, paradójicamente, sirve también para limitar las exageraciones interpretativas en que ha

lor y base a los preceptos de una legislación positiva. En el tránsito de una a otra esfera lo que ganan en concreción y acaso en intensidad, lo pierden en amplitud y extensión; al fin ese tránsito representa una mayor determinación, un acomodamiento en que la virtud del principio, antes generalísimo, se infunde en términos más particulares que a su modo la encantan y disminuyen deviniendo principios ya menos generales y más limitados” (DEL VECCHIO, Giorgio, “Los principios generales del derecho”, ob. cit., 9, ps. 6-7).

(57) Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Neoconstitucionalismo...”, ob. cit. p. 88.

(58) PRIETO SANCHIS, Luis, “Constitucionalismo y Positivismo”, ob. cit., ps. 30-31.

(59) PEREZ LUÑO, Antonio E., “Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Tecnos, Madrid, 1991, 4ª ed., ps. 286 y ss.

(60) BELADIEZ ROJO, Margarita, “Los principios jurídicos”, Tecnos, Madrid, 1997, 1ª ed., reimpresión, ps. 75 y ss.

(61) Conf. DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, ob. cit., ps. 72-73.

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

(42) FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit., p. 69.

(43) *Ibidem*, p. 69.

(44) *Ibidem*, p. 69.

(45) GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica...”, ob. cit., p. 476.

(46) FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit. ps. 311 y ss.

(47) GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica...”, ob. cit., p. 477.

(48) DE AQUINO, S. T. Tomás, “Tratado de la ley...”, ob. cit., I-II, ej. 94, a. 2 puntualiza que “...sobre este precepto se fundan todos los demás preceptos de la ley natural: o sea que (todo aquello que ha de hacerse o evitarse cae bajo los preceptos de la ley natural en cuanto la razón práctica puede captar que tales actos son bienes humanos”.

(49) Vid. KELSEN, Hans, “Teoría pura...”, ob. cit. p. 206.

(50) Cfr. KELSEN, Hans, “Teoría pura...”, ob. cit. p. 207.

(51) MASSINI CORREAS, Carlos I., “El derecho natural y sus dimensiones”, con prólogo de John Finnis, Ábaco, Buenos Aires, 1999, p. 38, afirma el carácter normati-

incurrido un sector del neoconstitucionalismo continental y vernáculo cuando asignan plena operatividad a principios y valores que encierran objetivos o directivas políticas a cumplir por los gobernantes de turno por decisión del poder constituyente, que no delegó en el Juez el poder de crear, con carácter general, los mandatos propios de las normas operativas.

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica (62) que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, que, en definitiva, se traduce en la orientación que se proporciona al juez encargado de dirimir una controversia o al órgano administrativo que aplica o interpreta el derecho ya fuera para crear una situación de gravamen o de ventaja (63), respecto de un particular.

*II.3. Los principios son preceptivos. Características de los mandatos. La confusión o identidad entre derecho y principio*

La mayoría de los autores modernos participan de la tendencia, originada a contramano del positivismo clásico, que atribuye obligatoriedad a la observancia de los principios y superioridad sobre las leyes positivas, cuyo grado de primacía se acentúa en la medida en que se incorporan, en su gran mayoría, a las nuevas constituciones. Incluso, los principios, contenidos en el preámbulo se consideran operativos (64). Los principios carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas determinadas, resultan, sin embargo, preceptivos y se complementan con la garantía pública (65) que los protege, lo que tiene particular relevancia en el campo de los derechos humanos.

Se ha sostenido, en el campo de la teoría moderna de Alexy sobre la argumentación jurídica, que se trata de mandatos de optimización (66) cuando, en realidad, ello es peculiar solo de una clase de principios, que predicen enunciados susceptibles de ser ponderados con gradualidad, en un marco abierto e indeterminado de aplicación a los supuestos de hecho o sujetos a las orientaciones, estándares o directrices de naturaleza política, en el sentido empleado por Dworkin.

Por el contrario, basta con reparar en la mayoría de los principios generales para darnos cuenta de que no son todos mandatos de optimización y que hay mandatos de aplicación imperativa, ya sean mandatos negativos o positivos. Hasta existen principios

que generan derechos del hombre que tienen primacía sobre otros como el derecho a la vida (67) que no pueden ser alterados por los gobernantes (legisladores, jueces o funcionarios públicos).

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

En cambio, el mandato de optimización aparece en aquellos supuestos en que más que principios se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o al funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que adopte. Son las que, en la teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución (68).

Dada las múltiples conceptualizaciones que hay sobre el derecho en el mundo jurídico suelen confundirse o identificarse los principios con los derechos y estos, a su vez, con las garantías constitucionales. El derecho público es proclive al uso promiscuo de estos conceptos, pero lo cierto es que hay una libertad de estipulación en el medio doctrinario favorecida por la textura abierta del lenguaje natural que se utiliza y la variedad de sentidos de los términos utilizados. Sólo el conocimiento teórico-práctico permite saber en qué sentido el juez o el legislador han empleado el concepto (vgr. como principio, derecho o garantía) y si el término derecho que utilizamos se refiere al poder jurídico o facultad que habilita la pretensión procesal o a cualquiera de las otras acepciones reconocidas (ej. lo justo o el derecho concebido como ordenamiento).

### III. El papel de los principios generales

Los principios generales guardan estrecha relación con la justicia o con la ley natural, en el que encuentran su fundamento (69), siendo valores que se asemejan a creencias indiscutibles, forjadas desde afuera de la persona, en las que todo el mundo cree. Los principios son universales (70), existen por sí mismos (71). Puede decirse que son tan obvios que nadie los puede negar o refutar (vgr. la defensa de la vida, la dignidad de la persona, el de justicia, la libertad interior y exterior, la buena fe, la razonabilidad, la tutela judicial efectiva, etc.).

(62) Dworkin sostiene que: "Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada la decisión".

(63) La clasificación entre situaciones activas favorables y situaciones de gravamen resulta fundamental en la sistematización institucional de las categorías básicas del moderno derecho administrativo. Esta categorización implica el abandono del clásico concepto de policía, abandonado en Alemania actualmente y calificado de arcaizante, que resulta sustituido por las técnicas de limitación de los derechos, inspiradas en Santi Romano, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Thomson-Reuters, Madrid, 2017, T. II, 15ª ed., ps. 131 y ss.

(64) TAWIL, Guido Santiago, "El Preámbulo de la Constitución Nacional", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 798 y ss.

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

(66) ALEXY, Robert, "Teoría de la argumentación jurídica", trad. del alemán, Palestra, Lima, 2007, ps. 458 y ss.

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

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

(69) Vid. SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "Los principios en el Derecho Administrativo", Diké, Mendoza, 2000, ps. 41 y ss.

(70) 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 neopositivistas; ampliar en FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", Ariel Filosofía, Barcelona, 1994, T. III, p. 2575 y ss., y T. IV, ps. 3603 y ss.

Sin embargo, no obstante, el auge que tuvieron las corrientes iusnaturalistas durante el siglo pasado (72), incluso las más complejas y abarcativas como el trialismo (una especie de iusnaturalismo actualizado), ellas se enfrentan con otras teorías que se desarrollan en un ámbito caracterizado por una notable diversidad en el que desfilan desde concepciones positivistas hasta metapositivistas y eclécticas (73) o bien, transpositivistas (74).

Con todo, las clasificaciones apuntadas no deben llevarnos a confundir las cosas porque muchos de los principios generales preexistentes del iusnaturalismo clásico o aún del 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. Esta recepción no implica diluir la jerarquía que poseen los principios generales del derecho como fuente del ordenamiento, se encuentren o no positivizados.

Llevados al plano de los poderes, los principios constituyen el fundamento de los derechos o garantías que facultan a los particulares a invocarlos en los procesos judiciales y obtener así la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas. En suma, constituyen límites al ejercicio del poder arbitrario por parte del Estado (75).

El renacimiento de los principios en el Estado de Derecho contemporáneo, implica reconocer, como se ha visto, que ha habido, en forma consciente o inconsciente, una huida masiva del positivismo (76) 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 aquellos basados en la ley natural, han socavado los cimientos de la pirámide Kelseniana, ya que ellos existen, se desarrollan y se aplican con independencia de las normas positivas (77). 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,

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

(72) SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "Los principios en el Derecho Administrativo", ob. cit., ps. 25-26.

(73) VIGO, Rodolfo L. (h.), "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.

(74) COVIELLO, Pedro J. J., "Los principios generales del derecho...", ob. cit., ps. 1088 y ss.

(75) Vid.: BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2007, T. I, p. 252, con cita de un trabajo nuestro anterior Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, ps. 47 y ss.

(76) Una fuerte reacción contra el positivismo legalista en Uruguay en el campo del derecho administrativo puede verse en MARTINS, Daniel Hugo, "Introducción al Derecho Administrativo", FCU, Montevideo, 1982, ps. 15 y ss.

(77) Véase SILVA TAMAYO, Gustavo, "Desviación de

la obra legislativa (78). 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 del derecho natural en criterios técnicos y tecnicizables es lo que se expresa en el concepto de "principios generales del Derecho" (79).

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 la cambiante realidad social.

Ese dinamismo potencial, que es propio de los principios generales del derecho, corre parejo con las peculiaridades del derecho administrativo como derecho en formación, que siempre se encuentra de cara a un proceso de adaptación a la realidad sobre la que elabora soluciones frecuentemente asistémicas (80).

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 su permanencia, como base de las instituciones fundamentales del derecho público, 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 llevó a Rivero a sostener que el Consejo de Estado, consciente 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" (81).

Frente a esta problemática, la función del juez desempeña el papel de mantener el equilibrio social a través de las diferentes

poder y abuso de derecho", LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 29.

(78) ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, "Los principios generales del Derecho como fuente del derecho administrativo", Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 29.

(79) 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. 63-34). 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 medio de la acción práctica: cfr. ROQUEL, Rodolfo, "Introducción a la teoría general del derecho administrativo", Dunken, Buenos Aires, 2004, p. 88.

(80) Como lo ha puesto de relieve GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", FDA, Buenos Aires, 1995, T. I, p. V-10.

(81) RIVERO, Jean, "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo", RAP no. 6, INAP, Madrid, 1951, p. 293.

formas de justicia (82), 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 ordenamiento (83).

Ahora bien, los principios, en los ordenamientos modernos, tienden a positivarse y esto acontece con la mayoría de las instituciones del derecho administrativo que encuentran su directo fundamento, en la Constitución Nacional, la cual constituye la fuente primaria de gran parte de los principios generales que integran el derecho administrativo. En tal sentido, si bien como en su momento lo advirtió Kaufmann —tras la caída del nazismo— junto al renacimiento del derecho natural sucedió un movimiento regresivo que se refugió en un formalismo y un funcionalismo vacíos de contenido (84), lo cierto es que, en la actualidad, tanto la aplicación de los principios generales positivizados como de los no positivizados, han adquirido una importancia desconocida en épocas anteriores en virtud del papel creativo que ha asumido la jurisprudencia inspirada, generalmente, en la doctrina de los juristas.

#### IV. El Estado de Derecho Constitucional y los distintos neoconstitucionalismos

La segunda de las grandes tendencias actuales del Derecho Público está conformada por el fenómeno del neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo donde las cosas se complican por una serie de razones que expondremos a continuación.

Se habla de la inercia que supone la admisión a los cambios, máxime cuando ellos se gestan tras el extraordinario desarrollo dogmático efectuado por los grandes constitucionalistas que construyeron el edificio del Estado de Derecho, sobre todo cuando los cambios están en proceso de realización (85). Los criterios focales que se utilizan varían en función de la orientación que les marca la filosofía del derecho (86), por un lado, y la dogmática constitucional, por el otro, y dentro de cada postura se han desarrollado distintas concepciones.

A su vez, resulta evidente que el paso de la concepción histórica del Estado de Dere-

cho Legal hacia el Estado de Derecho Constitucional ha sido un proceso evolutivo en el que se fueron superponiendo, como lo ha advertido la doctrina alemana, una serie de capas geológicas que no llegan a suplantar los principios clásicos del Estado de Derecho (87). En realidad, hay un contenido básico y común que se adapta a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales, pero su configuración mantiene siempre como objetivos la defensa de las libertades (88), la seguridad (89) individual y colectiva, la paz interior y exterior (90), y la protección de la propiedad, junto al reconocimiento de los demás derechos fundamentales o humanos, como fines del ordenamiento constitucional.

En el marco de los caminos abiertos por la dogmática constitucional, aparecen dos modalidades principales, que se nutren de diferentes fundamentos.

El primero, configura el llamado Estado de Derecho Constitucional y no es otra cosa que la regulación de la democracia por la Constitución, cuyas “...líneas maestras se mantienen incommovibles: la Constitución como forma de limitación del poder en beneficio de la libertad de los ciudadanos, de la igualdad de todos en esa libertad”, la separación de poderes, la supremacía constitucional, el reconocimiento de los derechos fundamentales o humanos, la periodicidad en el ejercicio de los poderes Ejecutivo y Legislativo, la independencia del Poder Judicial y el control de constitucionalidad por parte de los jueces (91).

Aun cuando esta clase de nuevo constitucionalismo potencia el poder de los jueces en el control de constitucionalidad, esa circunstancia no los autoriza a salirse de la Constitución ni a convertirse en legisladores o administradores de la cosa pública, pues el principio de separación de poderes, rectamente interpretado, no admite tales excesos o desviaciones de poder (92), susceptibles de corregirse siempre a través del control judicial.

El segundo de los neoconstitucionalismos implica la deformación del Estado de Derecho y de la Constitución, en un sentido tanto formal como material, en cuanto “...hace prevalecer el poder sobre el control, la uni-

dad de acción estatal sobre la división de poderes, el entendimiento “político” de la democracia sobre su entendimiento “jurídico”, la democracia directa “plebiscitaria”, sobre la indirecta representativa (93), la voluntad política sobre las leyes, y en fin, el Estado decisionista sobre el Estado de Derecho” (94). Es, por tanto, un falso constitucionalismo (95) o “anticonstitucionalismo”, que poco tiene que ver con el verdadero y auténtico constitucionalismo (96), cuyos riesgos para la democracia han sido denunciados por autorizada doctrina (97).

Por cierto, que, con abstracción del origen europeo o americano, en el campo de los partidarios de la distinción, que adhieren a la verdadera concepción del Estado de Derecho Constitucional (98), se ubican tanto algunos positivistas incluyentes (que admiten la moral como ingrediente del derecho) como los iusnaturalistas (ya sean los clásicos o los modernos de la Nueva Escuela del Derecho Natural) (99).

Desde esta visión, el aspecto relevante que corresponde remarcar, como condición central del Estado de Derecho Constitucional, es el principio de supremacía proveniente del modelo de Estado de Derecho adoptado por la Constitución de los Estados Unidos de América (100). Este principio, adoptado en todo el continente americano (101) y trasladado más tarde al derecho continental europeo, contribuyó de un modo decisivo al abandono del legiscentrismo, es decir, de la concepción histórica de la ley fundada, entre otras cosas, en la omnipotencia y supremacía del legislador. Por ese motivo, cuando se habla del paso del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional hay que tener presente que, en los comienzos del desarrollo del derecho público comparado, coexistían dos concepciones distintas y que en el continente americano nunca dejó de regir la supremacía constitucional, no obstante la tendencia que consideraba que ciertos preceptos constitucionales y los derechos y principios declarados en los Preámbulos constitucionales poseían naturaleza programática y no operativa.

Entre las concepciones actuales acerca del Estado de Derecho Constitucional se ha sostenido que, mientras su dimensión objetiva apunta a mantener un modelo estatal vincu-

lado principalmente a la observancia de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, su dimensión subjetiva impregna por entero al Derecho Administrativo en cuanto predica que todos los poderes públicos se hallan vinculados con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (102).

Se ha dicho que “esta es la característica más destacada de la evolución del Estado de Derecho bajo la vigencia de la Constitución” en cuanto “...responde a las exigencias más elementales del ser humano, como son las necesidades de nacionalidad, respecto y certidumbre” y que “...lo hace de la mano de los principios derivados de los derechos fundamentales de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica” (103). Se opera, de ese modo, una conjugación entre el principialismo y los derechos fundamentales en la realidad del Estado de Derecho Constitucional. Tal es el sentido auténtico que debe orientar al nuevo constitucionalismo basado en la legitimidad democrática y en el principialismo (104).

Como consecuencia de ese proceso histórico-político las Constituciones sancionadas en Europa a partir de la finalización de la segunda guerra mundial, así como su doctrina y jurisprudencia, reconocieron, en forma expresa o implícita, el carácter de norma suprema que revestía la Constitución y, consecuentemente, el carácter operativo (en ocasiones con operatividad derivada y limitada a las posibilidades financieras de los Estados) de sus prescripciones, lo que terminó unificando los sistemas comparados de los países de América y Europa, pasando la Constitución a ser la “suma regla” (105), en forma generalizada.

#### V. La llamada constitucionalización del ordenamiento

Con la expresión constitucionalización del ordenamiento no parece aludirse a nada realmente nuevo. En tal sentido, siempre se sostuvo, en el plano de la dogmática constitucional, la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento público o privado. Pero, nada se opone tampoco a su moderna utilización. En realidad, al menos en el derecho administrativo argentino clásico (106), la mayoría de la doctrina comenzó remarcando la tesis de que encabezamiento

(82) En el derecho público, donde predominan la justicia legal y la distributiva, existen también intercambios voluntarios que crean relaciones regidas por la justicia conmutativa (Cfr. nuestro trabajo: “Cuestiones de Derecho Administrativo”, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 83).

(83) El ordenamiento se halla constituido no sólo por las normas sino también por los principios generales del derecho. La admisión de los principios generales como fuente del derecho rompe la estatización del derecho que se pretendió asegurar con el dogma de la completividad del ordenamiento. Además de lo dicho en el texto la distinción entre norma y principio se apoya —según Dworkin— en que estos tienen una dimensión que no poseen aquellas: 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 el conflicto debe 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, que importancia o que peso tiene” (DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 1989, p. 78).

(84) KAUFMANN, Arthur, “La filosofía del derecho...”, ob. cit., especialmente p. 13.

(85) Aspecto destacado por MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Público General”, Madrid, 2006, T. I, lustel, 2ª ed., p. 322 y ss., señalando como fuente de esa opinión a Zagrebelsky.

(86) Ampliar en VIGO, Rodolfo Luis, “Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias”,

Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2015, ps. 13 y ss.

(87) VANOSSI, Jorge Reinaldo, “Estado de Derecho”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, 4ª edición actualizada y ampliada, quien formula desde su prólogo una crítica certera al llamado Estado de Benefactor, una deformación del Estado de Derecho que termina siendo “un catálogo de ilusiones” (op. cit., p. VII y ss.).

(88) ARAGÓN REYES, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: ‘Neoconstitucionalismo’, ‘Garantismo’ y Aplicación Judicial de la Constitución, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 29, julio-diciembre, 2013, ps. 5 y ss.

(89) ISENSEE, Josef, “Justicia, Libertad y Seguridad”, trad. de Juan Carlos Gemignani de la edición alemana, Marcial Pons, Buenos Aires, 2020, ps. 21 y ss.

(90) Últimamente se propugna una teoría universal sobre el constitucionalismo basado en la cultura de la paz, véase: HÄBERLE, Peter, “Sobre el principio de la paz. La ‘cultura de la paz’”. El tópic de la teoría constitucional universal, trad. del alemán, presentación de Raúl Gustavo Ferreyra, UNAM-EDIAR, Buenos Aires, 2021, ps. 5 y ss.

(91) En una orientación similar, véase: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo”, La Ley, Montevideo, 2012, especialmente ps. 30 y ss.

(92) Vid. y ampliar en el lúcido ensayo de BIANCHI, Alberto B., “La separación de poderes”. Un estudio desde el Derecho Comparado, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, ps. 23 y ss. Para este autor, más que de una teoría, se trata de una doctrina que, en sus distintos modelos, presenta la nota común de articular un sistema de gobierno de poderes limitados (op. cit., p. 399).

(93) Sobre las tensiones de la democracia represen-

tativa y las formas directas (deliberativa y participativa, véase el excelente trabajo de DALLA VÍA, Alberto Ricardo, “La democracia directa: entre la utopía y la anarquía”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Dir. Alfonso Santiago, publicación del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2020, ps. 71 y ss.

(94) ARAGÓN REYES, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero...”, ob. cit., p. 6.

(95) *Ibidem*, p. 6.

(96) Con distinta fundamentación, puede verse la crítica al falso neoconstitucionalismo desde la óptica de un administrativista: RODRÍGUEZ, R., “Libardo, Reflexiones sobre el neoconstitucionalismo”, en particular frente al derecho administrativo, RDA, 2017-111.

(97) Ver VIGO, Rodolfo Luis, “Constitucionalizaciones y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, *Infojus*, 2015, punto 5, ps. 503 y ss.

(98) Es la tendencia predominante en el ámbito de la dogmática comparada del Derecho Público, aunque sin apoyo en las raíces y concepciones de la filosofía del Derecho. Una excepción a esta falencia se advierte en el artículo publicado por nuestro colega SÁENZ, Jorge A., “Principios Generales del Procedimiento Administrativo”, en la obra colectiva *Procedimiento Administrativo*, La Ley, 2012, T. I, 1ª ed., p. 325, en línea similar a las posturas que sostenemos desde hace años sobre el principialismo.

(99) Así suele denominarse al movimiento iusfilosófico del iusnaturalismo moderno, encabezado por John Finnis.

(100) La trascendencia y consecuencias dogmáticas del principio de supremacía constitucional ha sido subrayada en la obra de LAPLACETTE, Carlos José, “Tutela judicial de la Supremacía Constitucionalidad. Anatomía

del control constitucional difuso”, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2016, ps. 15 y ss.

(101) Art. 31 Constitución Argentina; Art. 4ª Constitución de Colombia; art. 133 Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; art. 51 Constitución Peruana; todas las cuales abrevan en la Constitución de los EE.UU. (art. VI).

(102) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría del Derecho Administrativo” en la obra *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, (Editor Javier Barnes, Global Press-INAP, Sevilla, 2012, 2ª ed., ps. 59-64).

(103) *Ibidem*, ps. 60-61.

(104) En sentido contrario: FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantístico” en el libro *Debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 11 y ss. La postura de Ferrajoli traduce una férrea adhesión al positivismo Kelseniano y ha sido rechazada en su propio país, incluso por algunos de sus discípulos y parece haber quedado aislada del movimiento constitucional moderno y ius filosófico. Lo ha rebatido, con razones de peso, ATIENZA, Manuel en su trabajo “Dos versiones...”, ob. cit., p. 69 y ss. y BARBERIS, Mauro, “Ferrajoli o el neoconstitucionalismo no tomado en serio en un debate sobre el constitucionalismo”, ob. cit., ps. 85 y ss.

(105) Expresión empleada en la doctrina argentina, cfr. FERREYRA, Raúl Gustavo, “Fundamentos...”, ob. cit., p. 396; vid. también, especialmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Civitas, Madrid, 1982, 2ª ed., ps. 55 y ss.

(106) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, T. I, 4ª ed. actualizada, p. 162.

de los capítulos del derecho administrativo se encontraba en la Constitución, de conformidad con el pensamiento expuesto por Alberdi, al difundir la conocida frase de Pellegrino Rossi.

De esa manera, la consagración del Estado de Derecho Constitucional ha generado una serie de efectos que se proyectan al control judicial de constitucionalidad, entre los que se destacan:

1. La efectividad que asume la supremacía de la Constitución como técnica jurídica ideada para asegurar que las autoridades cumplan la Ley Fundamental y no excedan sus límites (107), cuyas normas, principios y derechos dejan de considerarse programáticas para ser operativas o, en algunos casos, con operatividad derivada;

2. El surgimiento de los principios generales con prevalencia sobre las leyes o informando, como mínimo, al ordenamiento jurídico;

3. La potenciación del papel del juez en la realización de esos principios generales, a raíz de que deben interpretar y aplicar mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas. En este plano, si bien, los jueces no se hallan habilitados a sustituir la ley ni tampoco a transformarse en legisladores, se encuentran obligados a fallar en los supuestos de carencias o lagunas regulatorias. A tal fin, se acude a la técnica de la analogía junto al juicio de proporcionalidad impuesto por la necesidad de justificar racionalmente la decisión.

Esto no implica una objeción hacia el legislador civil cuando, por ejemplo, acrecienta la inserción en el CCCN del principio general de la buena fe (108), en la medida que la tarea interpretativa de los jueces se lleve a cabo con arreglo al meta principio constitucional de razonabilidad —comprensivo de la proporcionalidad— que, excluye toda arbitrariedad o abuso interpretativo. En muchos casos, los jueces, al aplicar los principios generales para resolver las carencias regulatorias, acuden a la técnica de la ponderación, en lugar de la subsunción que, ante la ausencia o ambigüedad de la norma, se convierte en un callejón sin salida. Esto ocurre porque aun siendo los principios reglas del derecho —al igual que las normas— los principios “requieren de la técnica racional de la ponderación” (109).

Esa práctica es precisamente la que acontece en el escenario jurisdiccional, producto de la pandemia de la COVID-19, en el cual se torna imperioso armonizar las restricciones justificadas por el Estado de Necesidad con el principio de proporcionalidad, que exige ponderar la adecuación o idoneidad (110), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (111).

(107) Cfr. LAPLACETTE, Carlos José, “Tutela judicial de la Supremacía...”, ob. cit., ps. 15 y ss., considera que las formas de supremacía o jerarquía pueden reducirse a dos: a) la lógica o formal, en cuanto a toda norma que regula la creación de otras ha de considerarse superior y; b) material, en cuanto prevalece por su contenido sobre otra en caso de conflicto, ya sea por la propia materialidad del precepto o por el valor axiológico que le asigne el intérprete (op. cit., ps. 16-17).

(108) Véase la crítica de RIVERA, Julio César, “Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia”, La Ley, diario del 11/11/2020, p. 4, que, por las razones que damos en el texto, no compartimos.

(109) Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, “Derecho y moral (razón práctica): conexiones...”, ob. cit. p. 3.

(110) En la última parte del Considerando 6º de la disidencia del Juez Lorenzetti en el fallo “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” de fecha 4/05/2021, se reflejan

## VI. Hacia el Estado Subsidiario

En el plano de la teoría política, con sus avances y retrocesos, el contenido del Estado de Derecho se ha ensanchado con los aportes provenientes de sucesivas tipologías: Estado Social y Democrático y Estado de Bienestar. En el modelo de Estado que propicia la doctrina europea actual, la concepción del Estado Regulador y Garante (112), representa la recepción del principio de subsidiariedad (113), con similar contenido dogmático al que hemos venido sustentando bajo el nombre de Estado Subsidiario, cuyas raíces se encuentran en la Doctrina Social de la Iglesia (114), interpretación que se apoya también en textos de nuestra Carta Magna, conforme a los arts. 14, 19 y 28 de la CN (115).

En esta concepción, el principio de subsidiariedad se erige como regla central de la actuación del Estado, en cuanto permite la plena concreción de los esfuerzos y capacidades de las personas y grupos intermedios de la sociedad, cuyas iniciativas resultan ser las más adecuadas y eficientes para la satisfacción de las necesidades humanas, tanto individuales como colectivas (116).

Este principio ha sido recogido recientemente en el Protocolo 15 del Convenio Europeo, si bien con una regulación que circunscribe la subsidiariedad a las relaciones con los Estados integrantes de la Unión Europea, es decir, a la llamada subsidiariedad territorial y no horizontal (117).

Como es sabido, la subsidiariedad tiene dos perfiles. Uno fundamental (la faz pasiva) que veda la injerencia del Estado en todas aquellas actividades que puedan llevar a cabo las personas privadas o las comunidades menores (privadas o públicas) y otro, que hace a la función de suplencia que debe cumplir el Estado de cara a la insuficiencia de la actividad privada o de las comunidades públicas menores al Estado, especialmente en el ámbito territorial, porque, como indica la razón de ser de la descentralización, se administra mejor cerca de los ciudadanos y empresas.

La vigencia y aplicación de la regla de la subsidiariedad reviste una condición fundamental y necesaria en el combate contra la pandemia (tal como ha ocurrido y está ocurriendo en los Estados Unidos de Norteamérica). De lo contrario, si todas las acciones de protección de la salud se dejan en manos exclusivas del Estado crecerá seguramente la ineficiencia, generándose un ambiente propicio a la politización y, en algunos casos, a corruptelas entre gobernantes y empresarios.

En prieta síntesis, el axioma que representa el principio de subsidiariedad puede expresarse de este modo: tanta libertad como sea posible y tanto Estado como sea necesari-

amente los subprincipios de necesidad y de idoneidad al señalar que “... quien pretenda restringir el derecho tiene la obligación de buscar primero los medios alternativos que puedan existir para evitar esa restricción pues, constituye una regla esencial del sistema, que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ponderar el criterio disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida (vgr. art. 1713 Código Civil y Comercial de la Nación)”.

(111) Cfr. Nuestro trabajo “El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad”, La Ley 25/09/2020, 1, TR LALEY AR/DOC/2959/2020.

(112) Ampliar en nuestro “Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2020, ps. 121 y ss.

(113) COVIELLO, Pedro J. J., “Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo”, en Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, ps. 22-24.

rio (118). Hay pues, una equivalencia de fines entre el Estado Regulador y Garante y Estado Subsidiario.

## VII. Principales características y proyecciones jurídicas del Estado Regulador y Garante

Lo primero que se observa es la transferencia de la gestión de cometidos públicos a los particulares en una proyección nunca vista en los siglos anteriores ya que, en algunos casos, hasta se ha operado la transferencia de la titularidad y dominio del servicio. Al contrario de lo que algunos han supuesto, ello no debería provocar un debilitamiento de las funciones del Estado ni una completa absorción de esas actividades por el derecho privado porque si bien se tiende a que el Estado adelgace su planta de personal, está forzado a intervenir y regular esas actividades de interés público en su condición de principal responsable y orientador del bien común.

De esa manera, el mayor protagonismo de la sociedad conduce a la adopción de nuevas técnicas (aunque muchas de ellas estuvieron vigentes en otros períodos de la historia del derecho público) entre las que destacan la autorregulación (también sujeta al control regulatorio) junto al surgimiento del contrato como fuente de la regulación de determinados sectores de la industria o comercio.

Al propio tiempo, la regulación en competencia supera el antiguo modelo de la regulación de monopolios y procura reconstruir los mercados para favorecer la competitividad y la calidad de las prestaciones destacándose la función de controlar los precios en las relaciones y transferencias entre los sectores privados que actúan en regímenes de interconexión de servicios en red. La segmentación o fragmentación de los mercados y los mecanismos de rendición de cuentas que establecen las diferentes regulaciones están en línea con el objetivo de promover una competencia más libre, sin prácticas abusivas ni poderes dominantes.

A estas técnicas se adiciona la tendencia a sustituir el clásico régimen de las autorizaciones administrativas por meras comunicaciones sujetas al control de los entes reguladores, la mejora en los sistemas de acceso a la información pública, la protección y control de datos y el establecimiento de mecanismos que estimulan la participación pública previa a las decisiones que adoptan los reguladores.

En este aspecto, el procedimiento de audiencias públicas —proveniente del derecho norteamericano— como único y exclusivo sistema de participación de los usuarios en forma previa a la adopción de las decisiones de los entes reguladores suele prestarse —al menos en nuestro país—

(114) Principio especialmente desarrollado a partir de la *Encíclica Quadragesimo Anno*.

(115) Así lo sostenemos en el *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2018, T. I, 12ª ed. actualizada, p. 48, nota 147 y sus citas. Ver también, BARRA, Rodolfo Carlos, “Principios de Derechos Administrativo”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1980, ps. 35 y ss.

(116) En este sentido concordante se ha dicho en un fallo de la Corte que el “Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual (disidencia del Juez Ricardo Luis Lorenzetti en el fallo “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” de 4/05/2021, Considerando 2º, párrafo segundo).

(117) Ver, al respecto: VIGNOLO CUEVA, Orlando, “La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal”, Ed. Palestra, Lima, ps. 43 y ss.

(118) Cfr. MESSNER, Johannes, “La cuestión social”, trad. del alemán, ed. RIALP, Madrid, 1976, 2ª ed., ps. 543 y ss.

para fines estrictamente políticos o de hegemonía de los sindicatos, trastocando la finalidad del propio sistema que necesita conocer la opinión de los usuarios de los respectivos servicios. Por esta causa, pese a que, en Argentina, sectores doctrinarios y jurisprudenciales han considerado que la audiencia pública constituye un requisito constitucional (haciéndole decir a la Constitución algo que no prescribe) es de esperar que la evolución futura del sistema permita reemplazar esa exigencia por otras de mayor eficacia y menores riesgos de politización, como son las consultas o encuestas diseñadas por los reguladores.

A su turno, el tema de la revisión judicial de las decisiones de los entes reguladores resulta una exigencia obligatoria en aquellos sistemas como el argentino o el español (119), denominados judicialistas puros, en los que no cabe admitir que las decisiones de los reguladores no sean susceptibles de ser revisadas por la justicia, superando incluso los límites a la revisión judicial que imponía la doctrina del *ultra vires* (120), que circunscribe la revisión al exceso o no de la competencia o poderes expresamente regulados por el ordenamiento.

Desde luego que ello demanda, en virtud de la necesidad de garantizar los derechos de los particulares, que esas funciones jurisdiccionales limitadas que ejercen los reguladores sean adjudicadas a órganos dotados de una especial idoneidad que, además, deben gozar de garantías de independencia e imparcialidad (121).

Al concluir este resumido panorama sobre el nuevo modelo del denominado Estado Subsidiario (Regulador y Garante) cabe reiterar que el mismo no implica abdicar de los principios que nutren al Estado de Derecho ni tampoco de los fines que perseguía el Estado prestacional. Se trata de un cambio instrumental acerca del papel del Estado y de la Sociedad en la regulación de los intereses generales que hacen al bien común.

Por otra parte, como la realidad siempre termina por suplantar a las conjeturas de los juristas e ideólogos, el nuevo modelo, antes que provocar una declinación del derecho público, ha producido y continúa produciendo una extensión objetiva (122) y subjetiva (123) de este derecho a los particulares de considerable magnitud, lo que conduce a reformular algunas de las concepciones tradicionales del derecho administrativo para adaptarlas a esa realidad.

En ese sentido, el nuevo modelo de Estado Regulador y Garante (124), encaja en lo que se ha llamado el nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo, que representa un sistema de superior jerarquía, al que debe también adaptarse.

(119) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado...”, ob. cit., p. 261.

(120) ESTEVE PARDO, José, “La nueva relación...”, ob. cit., ps. 150 y ss.

(121) PERRINO, Pablo Esteban, “Entes reguladores, calidad institucional y desarrollo de infraestructura pública”, RAP Nº 406, Buenos Aires, ps. 75 y ss.

(122) ESTEVE PARDO, José, “La nueva relación...”, ob. cit., ps. 150 y ss.

(123) *Ibidem*, ps. 156 y ss.

(124) Véase: FERREYRA, Raúl Gustavo, “Epílogo. Escritos abiertos sobre Derecho y Constitución”, en el libro *Garantismo. A veinte años de Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, coordinado por Enrique Javier Morales, Buenos Aires, 2022, 1ª ed., p. 453 y ss.; ha dicho este autor que “Las garantías son los mecanismos distinguidos, quizás los que mayor amplitud poseen para procesar las pretensiones de vigencia de las normas de la Constitución...” siendo “procesos previstos por el propio sistema para perseguir la instrumentación de su autodefensa, la concreta posibilidad de su realización integral” (op. cit., p. 471).

En esa línea garantística, la supremacía que han adquirido los principios generales del derecho sobre las normas positivas no puede soslayarse habida cuenta que resultan mandatos vinculantes cuya observancia obligatoria abarca a todos los protagonistas de la regulación económica. Es una batalla contra el positivismo legalista (125) que, aunque parece darse solo en el campo de la filosofía del derecho, se reproduce con real intensidad en el ámbito de la actividad regulatoria de la Administración.

### VIII. Epílogo

El derecho no constituye una realidad estática sino dinámica y adaptable a las circunstancias históricas, sociales y económicas, pero ello no justifica alterar la esencia ni los fines, normas y principios de la Constitución. En ese escenario, el Estado de Derecho Constitucional constituye un freno legítimo

y opuesto al denominado falso neoconstitucionalismo, que sustituye la voluntad del constituyente por las convicciones ideológicas de los jueces y el decisionismo de los legisladores.

El fenómeno jurídico no es como lo quisiéramos ver sino como realmente es y no se puede ignorar que la evolución ha terminado por reconocer que los principios generales del derecho y, sobre todo, los principios incorporados positivamente a la Constitución prevalecen en los ordenamientos público y privado (126).

La supremacía constitucional (127), la separación e independencia de los poderes y los principios que integran el bloque de legitimidad del Estado de Derecho y, especialmente, el principio de subsidiariedad, que anida en el Estado Regulador y Garante, constituyen principios que son la clave de

bóveda del edificio de la democracia representativa (arts. 1º y 22, CN) (128), que resulta imprescindible preservar para mantener la dignidad de las personas, cualquiera fuera su condición política, económica o social.

Ese Estado Subsidiario tiene por finalidad perseguir el bien común mediante los mecanismos que ponen en funcionamiento la asignación de las competencias establecidas en la Constitución. No esta demás, reiterar que este modelo de Estado debe orientarse a procurar la realización de sus objetivos, preservando incólumes la libertad, la igualdad y la propiedad de las personas, verdaderos fines centrales del derecho, principalmente de los derechos Constitucional y Administrativo, pero también aplicables al derecho privado, junto a la realización armónica de los nuevos derechos sociales y colectivos en el contexto de una justicia social sustentable, regida por el principio de subsidiariedad.

En definitiva, el principalismo no se identifica totalmente con el neoconstitucionalismo en sentido amplio.

La realización de los fines del Estado, en el marco de la ejecución práctica del derecho (cuya dimensión moral es indiscutible) (129), lejos de llevarse a cabo mediante los postulados teóricos del positivismo (ni del garantismo constitucionalista positivo que pretende sucederlo) (130) se concreta a través del principalismo.

Y si bien este último solapa al nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo no llega a identificarse con él y, sobre todo, no se confunde con el falso neoconstitucionalismo que promueve la aniquilación de la democracia representativa y la configuración del Estado Populista.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1929/2022

(125) Tema que abordamos en nuestro libro "Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)", Reus, Madrid, 2016, ps. 52 y ss.

(126) Véase: DALLA VÍA, Alberto R., "La Constitución y el Código Civil: reflexiones sobre el derecho público y el derecho privado". SJA 17/06/2015, TR LALEY AR/DOC/4878/2015, punto III, expresa sus reservas en punto al término y la necesidad de evitar mal entendidos, teniendo en cuenta que la expresión nace en el llamado neoconstitucionalismo. Aunque, sin hacer la disección entre el verdadero y el falso, su posición resulta afín a la de Aragón Reyes.

(127) El retraso del derecho europeo en reconocer la supremacía constitucional obedeció, entre otras causas, a la influencia doctrinaria de la obra de Lasalle, a través de la difusión de la conocida conferencia que pronunció en Berlín en 1862 "Sobre la esencia de la Constitución", en la que definía a la Constitución como una "mera hoja de papel", sosteniendo que en realidad impone reconocer el sustrato efectivo de poder que subyace en las declaraciones formales. Como se ha señalado, se trata de un reduccionismo "...que la izquierda va a mantener a través de las formulaciones marxistas..." (Cfr. GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo, "La Constitución como norma...",

ob. cit., p. 130).

(128) Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido su compatibilidad con la llamada democracia deliberativa, al menos en materia de participación de los usuarios en los organismos de control de los servicios públicos; al respecto puede verse SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Alternativas de encuentro en el escenario de la democracia deliberativa", en *Academias. Conocimiento y Sociedad*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, ps. 141 y ss.

(129) Se ha dicho que la filosofía jurídica actual, tanto la proveniente de autores que se apoyan en Kant (como

Alexy, Atienza, Nino, etc.) como los que se basan en Aristóteles y Tomás de Aquino (como Finnis, Viola, Ollero y Vigo postulan "que la razón puede respondernos algunas preguntas de índole moral o axiológica y esas respuestas se traducen en exigencias de índole sustancial, pero también en el plano formal o procedimental" (Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, "La reconciliación...", ob. cit., p. 71 y ss.).

(130) Vid FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principalista...", ob. cit., en el libro *Un debate sobre el constitucionalismo...*, ob. cit., ps. 11-50.

# Maternidad subrogada internacional: ¿un "Cuento de la criada" global? (\*)



Carlos Martínez de Aguirre Aldaz



Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.

**SUMARIO:** I. Introducción y planteamiento general.— II. Maternidad subrogada internacional: datos y contratos.— III. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de maternidad subrogada.— IV. Algunas iniciativas internacionales relativas a la maternidad subrogada.— V. Consideraciones conclusivas.

## I. Introducción y planteamiento general

### 1.1. Conceptos previos

Al hablar de maternidad subrogada (o gestación para otro), y, más en concreto, del contrato de maternidad subrogada (o de gestación para otro) estamos hablando, convencionalmente, del contrato por el que una persona, o una pareja (comitentes) encarga a una mujer que lleve a término la gestación de un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, para que se lo entregue a los comitentes después del parto, de manera que figure legalmente como hijo de la persona o pareja que lo encargó, renunciando la madre gestante a la filiación materna que pudiera corresponderle legalmente. La mujer gestante puede aportar únicamente la gestación (y entonces se llama maternidad subrogada gestacional), o también el óvulo (y entonces se llama maternidad subrogada tradicional) y los comitentes

(quienes encargan la gestación y recibirán finalmente al niño) pueden aportar o no sus propios gametos (ovulo y espermatozoide, o solo espermatozoide, por ejemplo, en el caso de tratarse de dos varones); por fin, los gametos pueden también proceder de donante (masculino y/o femenino): como puede verse, las combinaciones posibles son bastante numerosas, lo que complica mucho el panorama, también desde el punto de vista legal. A su vez, el contrato puede ser gratuito (la mujer gestante no obtiene retribución) u oneroso (la mujer gestante obtiene retribución) (1).

De todas estas variantes, me interesa ahora mencionar específicamente la que diferencia entre la llamada maternidad subrogada tradicional y la gestacional. En la gestación subrogada tradicional la mujer gestante aporta tanto el óvulo como el embarazo, de forma que el niño es, genética y gestacionalmente, hijo suyo; en la maternidad subro-

gada gestacional, el óvulo es aportado por la mujer comitente o, en muchos casos, por una mujer donante de óvulos, en cuyo caso la madre genética del niño es la donante del óvulo, la madre gestacional es la mujer gestante, la llamada "madre intencional" o "madre de intención" es la mujer comitente, y la madre legal puede ser una cualquiera de ellas. Desde el punto de vista numérico, y a nivel global, la mayor parte de los hijos nacidos a consecuencia de maternidad subrogada internacional lo son en la modalidad gestacional (recordemos: la madre gestante aporta la gestación, pero no el óvulo) y comercial (es decir, a cambio de dinero), llegando en algunas estimaciones a superar el 98 % del total de contratos de maternidad subrogada (2).

La terminología empleada es hasta cierto punto equívoca, aunque no es este el momento de entrar con detalle en ella. La más usada, habitualmente en español, es la que

da título a este trabajo, aunque se habla también, por ejemplo, de vientres de alquiler, o de gestación por sustitución. En mi opinión, la expresión que mejor refleja la realidad del fenómeno, en la línea de la que es más habitual en Francia (*gestation pour autrui*) es la de *gestación para otro*, ya que lo que hace la mujer gestante es precisamente eso: llevar a cabo una gestación por encargo de otra u otras personas, y para ellos, en el sentido de que el niño nacido a consecuencia de esa gestación será entregado a esa persona o esas personas después del parto (3).

### 1.2. El auge de la maternidad subrogada como problema global

La maternidad subrogada (y los contratos mediante los que se acuerda) no es un problema de derecho interno, que pueda ser afrontado eficazmente a través de los medios de que dispone cada ordenamiento nacional. El fenómeno de la globalización no solo

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) El título hace referencia a la conocida novela distópica de Margaret Atwood, "El cuento de la criada" (en el original, *The Handmaid's Tale*), que fue adaptada posteriormente para la televisión.

(1) Puede verse esta distinción, por ejemplo, en el Glosario que acompaña a *Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law* (en adelante, HCCH *Permanent Bureau*): *A Preliminary report on the issues arising from international surrogacy*

*arrangements* (10 de marzo de 2012). (disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, último acceso, 16 de mayo de 2022).

(2) *Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe* (en adelante, PACE), *Report on children's rights related to surrogacy*, (relatora P. de Sutter), p. 3 (disponible en <https://bit.ly/2depDYI>, último acceso, 16 de mayo de 2022); citado en adelante como PACE

*Report on children's rights related to surrogacy*; HCCH *Permanent Bureau* (H. BAKER), *A study of legal parenthood and the issues arising from international surrogacy arrangements* (Marzo de 2014, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>, último acceso, 16 de mayo de 2022), N° 135.

(3) El problema no se da solo en español: véase, por ejemplo, SMOLIN, D. M.: "Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the

*Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children*", 43 *Pepperdine. Law Review* n° 43 2016; disponible en <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/2/>, último acceso 17 de mayo de 2022), pp. 279 y ss. Entre nosotros, pueden verse las reflexiones de JUVÉ DE LA BARREDA, N., "Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética* XXVIII, 2017/2ª (disponible en <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf>, último acceso 17 de mayo de 2022), pp. 154 y ss.