

EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO, HOY

**Jornadas presididas
por el Profesor
Dr. Miguel S. Marienhoff**

**Aberastury (h) - Altamira Gigena
Barra - Bianchi - Botassi - Canosa
Cassagne - Celorrio - Comadira
Coviello - Creo Bay - Docobo
Druetta - Fanelli Evans - Gambier
Gauna - Goane - Gordillo
Hutchinson - Lapierre - Maiorano
Mairal - Marafuschi - Marienhoff
Mata - Mertehikian - Pérez Cortés
Perrino - Pritz - Reiriz - Salomoni
Sesin - Tawil - Tribiño - Uslenghi**



**Editorial Ciencias de la Administración
División Estudios Administrativos**



**Editorial Ciencias
de la Administración**

División Estudios Administrativos

Carlos Calvo 3269
2° Piso (1230) - Buenos Aires
Tels./Fax: 931-3188/5017/6863

Queda hecho el depósito
que establece la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-99048-6-4

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Prohibida la reproducción total o parcial de
las colaboraciones firmadas, por medios
electrónicos o mecánicos, incluyendo
fotocopia, grabación magnetofónica y
cualquier sistema de almacenamiento de
información sin autorización escrita del
Editor.

PRESIDENTE DE LAS JORNADAS

Miguel Santiago Marienhoff

CONSEJO ACADEMICO

PRESIDENTE

Juan Carlos Cassagne

VICEPRESIDENTES

Julio Rodolfo Comadira

Horacio Creo Bay

VOCALES

Alberto Bianchi

Hernán Celorio

Beltrán Gambier

Pablo E. Perrino

Guido S. Tawil

Alejandro Uslenghi

COMITE ORGANIZADOR

Jorge Albertsen

Homero Bibiloni

Julio R. Casas

Máximo Fonrouge

Alejandro Laje

Laura M. Monti

Marisa L. Panetta

Gabriela Stortoni

MODERADORES

Oscar Aguilar Valdéz

María Inés Barreci

Javier Barraza

Fabián O. Canda

María Inés Corrá

Miriam M. Ivanega

Gabriela Marsiglia

Raúl Paolasso

María Paula Rennella

Alejandro Rossi

Patricio Sammartino

Carlos Zubiaur

INDICE

PRIMERA JORNADA

	Página
Prólogo	13
Apertura	15
Palabras a cargo del Dr. Roberto Bosca	
El Derecho Administrativo Argentino, Hoy	17
Dr. Miguel S. Marienhoff	
De nuevo sobre los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo	24
Dr. Juan Carlos Cassagne	
Derecho de la Integración y Mercosur	31
Dr. Rodolfo Carlos Barra	
Estado, Bien Común e Interés Público	36
Dr. René Mario Goane	
El Acto Administrativo, Hoy	50
Dr. Julio Rodolfo Comadira	
Control Judicial. Habilitación de la Instancia Judicial	64
Dra. María Jeanneret de Pérez Cortés	
El Procedimiento Administrativo en la Reforma del Estado	78
Dr. Armando Canosa	
Poder de Policía y Actividad de Fomento	87
Dr. Alejandro J. Uslenghi	
Limitaciones a la Propiedad en Interés Público	95
Dr. Beltrán Gambier	
Los Controles de la Administración Pública	102
Dr. José A. Lapierre	
El Defensor del Pueblo	108
Dr. Jorge L. Maiorano	
Los Entes Reguladores de los Servicios Públicos	115
Dr. Ismael Maña	

INDICE

SEGUNDA JORNADA

	Página
La Delegación Legislativa	122
Dr. Pablo E. Perrino	
El Control de la Administración Pública en el Ambito Provincial	138
Dr. Miguel Angel Marafuschi	
El Servicio Público	143
Dr. Héctor Mairal	
El Jefe de Gabinete	147
Dr. Eduardo Mertehikian	
Los Conceptos de Autonomía y Autarquía	159
Dr. Horacio Creo Bay	
El Concepto de Contrato Administrativo	166
Dr. Pedro J. J. Coviello	
El Consejo de la Magistratura	176
Dr. Alberto B. Bianchi	
La Relación Jurídica de Empleo Público	188
Dr. Jorge Docobo	
El Ius Variandi en los Contratos Administrativos	197
Dr. Guillermo Fanelli Evans	
Las Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo Provincial	207
Dr. Julio I. Altamira Gigena	
La Potestad Reglamentaria en la Constitución	215
Dr. Hernán Celorrio	

INDICE

TERCERA JORNADA

	Página
Responsabilidad del Estado	220
Dra. María Graciela Reiriz	
La Concesión de Servicio Público	230
Dr. Osvaldo Pritz	
Panorama Actual del Procedimiento Administrativo Bonaerense	240
Dr. Carlos Botassi	
Ejecución de Sentencias Condenatorias contra el Estado	253
Dr. Tomás Hutchinson	
Amparo por Mora de la Administración Pública	260
Dr. Juan O. Gauna	
Habilitación de la Instancia en el Contencioso Administrativo	267
Dr. Carlos R. Tribiño	
Derechos de Incidencia Colectiva	274
Dr. Agustín Gordillo	
El Derecho Administrativo Argentino Actual frente al Derecho Comparado	287
Dr. Guido S. Tawil	
Discrecionalidad Administrativa y Conceptos Jurídicos Indeterminados	294
Dr. Domingo Juan Sesin	
Régimen de los Bienes Públicos en las Concesiones o Licencias de Servicios Públicos	302
Dr. Jorge L. Salomoni	
El Contrato de Suministro	311
Dr. Pedro Aberastury (h)	
El Contrato de Obra Pública	316
Dr. Ricardo Druetta	
Clausura	325
Palabras a cargo del Dr. Juan Carlos Cassagne	

DE NUEVO SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

por Juan Carlos Cassagne

I. Trascendencia de los principios generales del derecho en el derecho administrativo

En el derecho administrativo hay temas esenciales en los que confluyen, con mayor intensidad, los elementos normativos de la ciencia jurídica, los valores que dan contenido justo a la aplicación e interpretación del derecho junto a los datos de la experiencia que refleja la realidad social a través del comportamiento de las normas, tanto en la jurisprudencia como en la práctica o costumbre.

En esta visión tridimensional del derecho, de la que también participa el derecho administrativo, uno de esos temas esenciales es, sin duda, el de los principios generales del derecho.

Antes de ahora ⁽¹⁾ nos propusimos captarlo en su real dimensión y trascendencia. Su temática requiere recorrer un camino de regreso a la teoría de las fuentes, a las cuestiones básicas e introductorias del fenómeno jurídico y muy especialmente, al campo de la filosofía del derecho.

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

En su obra sobre los principios generales del derecho administrativo, aunque con otra orientación y alcance que lo que hoy se entiende por ellos, Gastón Jèze nos advierte en el prólogo sobre el derrumbe de los postulados en que se asentaba el clásico derecho administrativo francés, construido a partir de la obra de Lafèrrière.

La comprobación a la que llegaba el ilustre Profesor francés era que de ese monumental edificio era muy poco lo que quedaba ya en los primeros albores del siglo XX. Entre otros, se habría superado, por obra, sobre todo de la rica jurisprudencia del Consejo de Estado, el principio de la irresponsabilidad de los actos del soberano por los llamados actos de autoridad o de potencia pública.

JUAN CARLOS CASSAGNE es abogado, egresado de la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la misma Universidad. Es miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, y de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España. Actualmente desarrolla su carrera docente como profesor titular de "Derecho Administrativo" en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, donde también es Director del Curso de Especialización en Derecho Administrativo Económico, y en la Facultad de Ciencias Políticas, Jurídicas y Económicas de la Universidad del Museo Social Argentino. Además, es profesor visitante de la Universidad Autónoma de Madrid. Publicista.

(1) En *Principios generales del derecho en el derecho administrativo*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

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

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

Ese auge de los principios implica reconocer que ha habido, evidentemente, una huida masiva del positivismo y de las técnicas puramente deductivas de interpretación de las normas y, por más que muchos sigan acudiendo a Kelsen y a su concepción normativista del derecho, lo cierto es que, los principios de la justicia, o si se quiere del derecho natural, han socavado los cimientos de la pirámide Kelseniana, ya que ellos existen, se desarrollan y se aplican con independencia del ordenamiento jurídico positivo. 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.

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.

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

Ese dinamismo potencial que es propio de los principios generales del derecho corre parejo con las peculiaridades del derecho administrativo como derecho en formación, que siempre se encuentra de cara a un proceso de adaptación a la realidad sobre la que elabora sus soluciones frecuentemente asistemáticas.⁽²⁾

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

Esto se ve claro en la evolución que se ha operado en el derecho administrativo francés y es lo que ha llevado a Rivero a sostener que el Consejo de Estado, 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 que la estabilidad de los principios pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes"*.⁽³⁾

Frente a esta problemática, la función del juez desempeña el papel de mantener el equilibrio social a través de las diferentes formas de justicia⁽⁴⁾ cuya realización se alcanza utilizando el mayor margen de libertad que le permite la recurrencia a los principios generales del derecho, inclusive para construir nuevas soluciones jurídicas no previstas en el ordenamiento.⁽⁵⁾

(2) Como lo ha puesto de relieve recientemente Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº I, pág. V-10, Buenos Aires, 1995.

(3) Rivero, Jean. *Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo*, en R.A.P., Nº 6, pág. 293.

(4) En el derecho público, donde predominan la justicia legal y la distributiva, existen también, como hemos sostenido, conmutaciones voluntarias que crean relaciones regidas por la justicia conmutativa (Conf. *Cuestiones de Derecho Administrativo*, pág. 83, Buenos Aires, 1987).

(5) El ordenamiento se halla constituido no sólo por las normas sino también por los principios generales del derecho, encontrándose éstos en cúspide del ordenamiento jurídico. La admisión de los principios generales como fuente del

II. La inserción de los principios del derecho natural en el ordenamiento y el papel de la tópica

Durante algún tiempo –como apuntó en su momento Del Vecchio–, “la negación del derecho natural se consideró por lo general como, un indispensable acto de fe y casi un deber de buena crianza para el jurista”.⁽⁶⁾ En efecto, los juristas se van curando poco a poco de esa enfermedad que Kaufman⁽⁷⁾ llamó *el horror iuris naturalis*, comenzándose a admitir la aplicación de los principios del derecho natural como fuente subsidiaria para suplir las lagunas de la ley, prosiguiendo con el reconocimiento de su carácter informador del ordenamiento hasta culminar, como en el modelo francés, aceptando que se trata de una fuente autónoma directa del derecho administrativo, conforme a la elaboración jurisprudencial.

La negación de los principios generales del derecho como fuente del derecho continúa siendo afirmada por aquellas concepciones que consideran a la justicia como una noción metajurídica que se halla fuera del derecho o que éste surge de la conducta o del consenso de la comunidad. Pero si esto último fuera cierto, cabe preguntarse si sería válida una norma que legitime los enriquecimientos de los funcionarios públicos producidos por exacciones ilegales o cohechos y que los jueces apliquen esa norma en base a que dicho principio es el querido y aceptado por la comunidad en una determinada circunstancia histórica. ¿No constituiría esa norma un supuesto de ilegitimidad para contrariar un principio de la justicia natural según el cual no es lícito obtener de los delitos enriquecimiento alguno?

La causa del verdadero descrédito del derecho natural no obedece al hecho de que se base en la primera verdad del hombre que es Dios, sino a la utilización del método axiomático y deductivo, propio de la Geometría, por el que se pretendía extraer de cada axioma una cadena de consecuencias a través de la deducción. Este método resulta opuesto al llamado tópico que llegaron a utilizar los romanos y que ha sido revalorizado en este siglo por la ciencia jurídica alemana. Su criterio central se asienta en un proceso analítico que procura hallar respuesta a problemas concretos mediante el empleo de un repertorio de *topoi* o lugares comunes revelados por la experiencia.⁽⁸⁾

Es que –como apunta García de Enterría– aún cuando el derecho natural se asiente en el *primum verum* “su efectividad en el derecho positivo no actúa destruyendo las estructuras tópicas en que éste se concreta sino precisamente insertándose en ellas y funcionalizándose dentro de sus propios esquemas técnicos”⁽⁹⁾ mediante la adición, el

derecho rompe la estatización del derecho que se pretendió asegurar con el dogma de la completitud del ordenamiento. Además de lo dicho en el texto la distinción entre norma y principio se apoya –según Dworkin– en que éstos tienen una dimensión que no poseen aquéllos: 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 tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una medición exacta y el juicio respectivo 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*, pág. 78).

(6) Del Vecchio, Giorgio. *Los principios generales del derecho*, pág. 45, Barcelona, 1979.

(7) Kaufman, en *Naturrecht and Geschittichkeit*, pág. 5, Tübingen, 1957, cit., por García de Enterría, Eduardo en *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, pág. 77, nota 9, ed. Civitas, Madrid, 1984. Apunta Kaufman que “en el jurista yace, profundamente arraigado un ‘horror iuris naturalis’... y en el fondo de su corazón se alegra poder resolver un problema sin tener que acudir a consideraciones *iuris naturalitas*”.

(8) Viehweg, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*, pág. 25 y sigs., trad. del alemán, Ed. Taurus, Madrid, 1964.

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

complemento y la incorporación de matices "que el pensar jurídico ha obtenido típicamente en función de los problemas".⁽¹⁰⁾

El profesor Ronald Dworkin, que sucediera a Hart en la cátedra de Oxford, si bien no se enrola en las clásicas concepciones del derecho natural, ha emprendido, desde las entrañas mismas del positivismo jurídico inglés, uno de los ataques más serios que ha sufrido este sistema, basado en la distinción entre principios, directrices y normas.⁽¹¹⁾

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica⁽¹²⁾ que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, el 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, respecto de un particular.

Mientras que 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*⁽¹³⁾ los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción⁽¹⁴⁾ 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 éste, en su aplicación al caso concreto.

En nuestro derecho positivo, la mayoría de las instituciones del derecho administrativo – como lo ha puntualizado Marienhoff –⁽¹⁵⁾ encuentran su directo fundamento en la Constitución Nacional, que constituye la fuente primaria de la mayor parte de los principios generales del derecho.

(10) García de Enterria, Eduardo, op. cit. pág. 62.

(11) Conf. Dworkin, Ronald, op. cit., págs. 72-73, donde señala que: "En la mayoría de los casos usaré el término 'principio' en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo 'directriz' o 'directriz política' al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo 'principio' a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia) o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera".

(12) 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 a la decisión".

(13) Conf. Vigo, Rodolfo L. (h). *Los principios generales del derecho*, en Revista Jurisprudencia Argentina, diario del 20-08-86, pág. 6.

(14) 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 de Del Vecchio afirma: "Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más amplio y comprensivo sentido son materia del filósofo del derecho; empero, hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y a éste pertenecen y dentro de su competencia están cuando descienden de aquellas alturas para encarar en la vida, prestando espíritu, color y base a los preceptos de una legislación positiva. En el tránsito de una a otra esfera lo que ganan en concreción y acaso en intensidad, lo pierden en amplitud y extensión; al fin ese tránsito representa una mayor determinación, un acomodamiento en que la virtud del principio, antes generalísimo, se 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*, págs. 6-7, Barcelona, 1979).

(15) Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº I, pág. 287, Buenos Aires, 1990.

III. Desarrollo de principios fundamentales y surgimiento de nuevos principios generales de derecho administrativo de carácter sectorial o institucional a la luz de la reforma constitucional

El grado actual de desarrollo en nuestro país de determinados principios del derecho administrativo resulta aún embrionario en muchos casos, advirtiéndose cierta tardanza en reconocer de un modo efectivo, por parte de la jurisprudencia, las aplicaciones del principio autoformalista y el de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos. ⁽¹⁶⁾ En efecto, existen instituciones como la habilitación de la instancia, la protección de los intereses legítimos y los plazos de caducidad que deberían ser reinterpretadas para permitir el juego más armónico del principio en un marco de efectividad.

En otro sentido, se han desarrollado principios que exceden muchas veces el ámbito interindividual para transformarse en pilares de la moral social. Es lo que acontece con el principio general de la buena fe ⁽¹⁷⁾ aplicable sin cortapisas al accionar del Estado y sus entidades. Así, ha dicho la Corte que *"el actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocados como el que expresa 'venire contra factum proprium non valet' que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe"*. ⁽¹⁸⁾

Un lugar destacado ocupa lo que se conoce en el derecho americano como *"debido proceso sustantivo"* que, como lo ha demostrado Linares, ⁽¹⁹⁾ conforma la garantía innominada de razonabilidad de los actos estatales que hace a la misma esencia de la libertad. ⁽²⁰⁾

Desde la fundamentación del acto en sus antecedentes de hecho y de derecho, hasta su finalidad, culminando con el requisito de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que persigue la Administración es mucho lo que ha avanzado el derecho público en el camino hacia un control administrativo y judicial cada vez más depurado de la razonabilidad de los actos estatales. Este principio es uno de aquellos que ha tenido mayor proyección en nuestro sistema jurídico compartiendo la idea de quienes sostienen que *"se encuentra en vías de ser reconocido como el más importante del ordenamiento jurídico"*. ⁽²¹⁾

A su vez, entre las transformaciones operadas en el derecho constitucional a raíz de la reforma de 1994 se encuentra la recepción de principios generales que se proyectan a todas las ramas jurídicas y de aquellos que son propios del derecho administrativo.

Unos y otros se complementan, aunque la dimensión de peso juega la más de las veces en sentido inverso a la prevalencia de los principios sectoriales o específicos del derecho administrativo en un sentido opuesto al principio de especialidad.

Así, de reconocerse, como creemos, que la Constitución ha incorporado el principio de subsidiariedad al ordenamiento constitucional positivo, no solo por el reconocimiento de los derechos que prescribía a favor de los particulares, la Constitución de 1853 art. 14, C.N., sino por el deber legal de promover la competencia (lo que conduce a mantener la iniciativa privada y las libertades del mercado) que estatuye el art. 42 de la Constitución

(16) Véase: Jeanneret de Pérez Cortés, María. *Reflexiones sobre la admisibilidad de la acción de cobro de pesos o indemnización de daños, sin impugnar, dentro del plazo del art. 25 de la Ley 19.549, la legitimidad del acto administrativo que ha desestimado la misma pretensión o cuyo contenido excluye el pago de lo reclamado*, en REDA N° 3, pág. 120, Buenos Aires, 1990.

(17) Vid González Pérez, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, pág. 26 y sgts., ed. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1983.

(18) In re *"Compañía Azucarera Tucumana S.A. c/Gobierno Nacional"*, publicado en J.A. 1989, T° IV, pág. 429.

(19) Linares, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1970.

(20) Wade, H.W.R. *Derecho Administrativo*, págs. 273-274, ed. Instituto de Estudios Políticos, trad. de inglés, Madrid, 1971, recuerda que el derecho a ser oído constituye una vieja regla consuetudinaria (aplicada por vez primera en el caso *"Bentley"* en 1723 (que con mayor probabilidad conduce a decisiones justas y rectas).

(21) Gordillo, Agustín A., op., cit., T° 1, pág. VI-38.

Nacional lo cual, como es obvio, resulta incompatible con la gestión directa por el Estado de actividades comerciales o industriales que prestan las empresas privadas.

La función del Estado no es competir en el mercado, ni aún en el mercado imperfecto de los servicios públicos de naturaleza económica otorgados bajo condiciones de exclusividad. Un buen ejemplo de ello es la tendencia que se afirma en la Comunidad Europea al excluir las ayudas a las empresas públicas, como lo ha puesto de relieve un trabajo reciente de Tomás Ramón Fernández publicado en nuestra REDA.

Otro de los principios fundamentales que incorpora la Constitución Nacional, donde se advierte esa prevalencia de los principios más generales sobre los principios específicos, es el de tutela judicial efectiva, cuya inserción se opera ahora en forma expresa a través de la incorporación de las prescripciones del Pacto de San José de Costa Rica (art. 8º, inc. 1º) al plexo constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

Si bien muchas de sus formulaciones y aplicaciones prácticas se venían reconociendo como derivadas de la garantía de la defensa consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional (norma no reformada en 1994) lo cierto es que la proyección garantística del principio resulta mucho mayor que aquella. No es solo cuestión de matices sino de una diferente estructura del principio que se extiende más allá de la inviolabilidad de la defensa para poner el acento en la efectividad de la tutela judicial.

Ese principio lleva consigo la necesidad de proceder a una adecuación de nuestro sistema procesal administrativo para superar los rigorismos formales, eliminar las dificultades de acceder a la instancia judicial, acelerar la duración de los procesos y establecer reglas efectivas para la ejecución de las sentencias que condena al Estado y sus entidades.

El cuadro de la reforma constitucional de 1994 se completa con la incorporación de una serie de principios institucionales o sectoriales, pertenecientes al derecho público, que si bien se encuentran descriptos como derechos de los particulares y, correlativamente, como deberes de la administración, se han prescripto en cláusulas que se caracterizan por un margen de indeterminación y por una abstracción que conduce a la conclusión que se trata de principios y directivas, que aún cuando para operar no precisan en todos los casos de las leyes (sin perjuicio de su eventual reglamentación legislativa) necesitan un acto posterior que precise su formulación detallada o concreta por parte de los jueces o de la Administración Pública.

Tal es lo que acontece con el deber legal de preservar el ambiente y el de proveer a la calidad y eficiencia de los servicios públicos (art. 42, Constitución Nacional), en cuya base se encuentran los principios generales que hacen a la defensa de la vida, la salud y la dignidad de las personas.

Con ello no se agota el marco de estos principios por cuanto queda todavía el conjunto de garantías que –como se ha indicado– reconocen los tratados internacionales, cuya supremacía sobre las leyes consagra la Constitución y aunque ello no era novedad en nuestro sistema (ya que la jurisprudencia de la Corte Suprema les había asignado esa prevalencia), se ha cristalizado constitucionalmente una tendencia favorable al derecho y jurisdicción supranacionales, que no era sostenida unánimemente por los juristas. En cierto modo, ello implica abandonar el patrón de Constitución rígida que caracterizaba a la Constitución de 1853 –aunque ese nuevo derecho que surge de los tratados no puede alterar lo que se ha llamado el contenido pétreo de la Constitución Nacional– pero también implica la quiebra del dogma de la soberanía de los Estados para legislar en cabeza de sus órganos parlamentarios representativos en la medida que se admite la correlativa prevalencia del derecho derivado que emane de los órganos (primordialmente administrativos) del sistema comunitario.

Es evidente que la recepción de esos nuevos principios, deberes y derechos por parte de la Constitución reformada, como en otras instituciones, nos aproxima al derecho público europeo, en una línea que ya era advertible, si nos atenemos a la evolución que venía operándose en las principales instituciones del derecho administrativo y argentino.

A la luz de lo expuesto se abren una serie de interrogantes que gravitan sobre el futuro desarrollo del derecho administrativo siendo numerosas las cuestiones que suscita este

tema capital del derecho público, en un marco donde muchas de las potestades del Parlamento han pasado a ser ejercidas por el Poder Ejecutivo.

En este sentido, a propósito de la crisis de la ley como normación general, abstracta, impersonal y objetiva Grecco⁽²²⁾ nos advierte sobre el riesgo de avanzar excesivamente en el camino hacia la construcción de una concepción extraña a la legitimación normativa encarada en el Parlamento, que supone la racionalidad de la voluntad general.

"La fluctuación –dice Grecco– es inevitable. Escuchamos, por un lado, la necesidad de gobernar, la urgencia en procurar beneficios inmediatos en un marco social renuente a la esperanza, la exculpación de la heterodoxia por la lógica de la emergencia. En el otro campo se invoca la remisión de potestades, el desdén por la representación popular parlamentaria, la ausencia de soberanía en la normación edictal. Entre recelos y ofuscaciones –que alcanzan en ocasiones la jerarquía del vituperio–, un fenómeno parece, sin embargo, irrefutable: la incontenible y formidable fusión de potestades en cabeza del Ejecutivo y de la administración".

La mejor herramienta para corregir los excesos de este fenómeno que exhibe la realidad de nuestro derecho público se encuentra en los principios generales del derecho, cuya función de garantía corresponde potenciar y aplicar en plenitud para una realización integral de la justicia, entre cuyos valores principales cuenta la vigencia efectiva del estado de libertad de los ciudadanos y sus derechos patrimoniales, lo que no es óbice para el juego equilibrado del principio de solidaridad en el campo social, aún en aquellos países que practican la economía de mercado en el complejo mundo que nos toca vivir, donde resulta indudable que la realidad empieza a tener más peso que la ideología.

(22) Grecco, Carlos Manuel, al comentar nuestro libro sobre *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, en REDA N° 4, pág. 405, Buenos Aires, 1990.