

Título: El principio de legalidad y la interdicción de arbitrariedad

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: RDA 2012-79, 93

Cita: TR LALEY AR/DOC/6226/2013

## I. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PÚBLICO EN EL ESTADO DE JUSTICIA

El derecho, tal como se lo concibe modernamente en la mayoría de los países civilizados, no está compuesto sólo de normas, las cuales representan la faz positiva del mundo jurídico, sino que, además, se integra con conductas y valores.

Al plano de los valores pertenecen los principios generales del derecho, en el caso del derecho público, los que pueden hallarse positivizados o no. Un principio representa un valor en sí mismo que se describe con un alto nivel de abstracción y generalidad.

Los principios generales guardan estrecha relación con la justicia o con el derecho natural, en el que encuentran su fundamento (1), siendo conocimientos que se asemejan a creencias indiscutibles, forjadas desde afuera de la persona, en las que todo el mundo cree. Los principios son universales (2), existen por sí mismos (3). Puede decirse que son tan obvios que nadie los puede negar o refutar (v.gr., la defensa de la vida, la dignidad de la persona, el afianzamiento de la justicia, la libertad interior y exterior, la buena fe, etc.).

Sin embargo, no obstante el auge que tuvieron las corrientes iusnaturalistas durante el siglo pasado, incluso las más complejas y abarcativas como el trialismo (4) (una especie de iusnaturalismo actualizado), ellas se encuentran en un plano doctrinario caracterizado por una notable diversidad en el que desfilan desde concepciones positivistas hasta metapositivistas y eclécticas (5), o bien transpositivistas (6).

Con todo, las clasificaciones apuntadas no deben llevarnos a confundir las cosas, porque muchos de los principios generales provenientes del iusnaturalismo clásico, o aun del que posee naturaleza racionalista, han pasado al derecho positivo a través de su incorporación a la Constitución y a la ley (formal y material), o mediante su recepción generalizada por vía de la jurisprudencia. Esto no implica que se diluya la jerarquía que poseen los principios generales del derecho como fuente del ordenamiento, se encuentren o no positivizados.

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

El renacimiento de los principios en el Estado de derecho contemporáneo, mejor denominado Estado de justicia, implica reconocer que ha habido, en forma consciente o inconsciente, una huida masiva del positivismo (7) y de las técnicas puramente deductivas de interpretación de las normas, y por más que algunos sigan postulando una concepción estrictamente positivista del derecho, lo cierto es que los principios de la justicia, o si se quiere del derecho natural, han socavado los cimientos de la pirámide kelseniana, ya que ellos existen, se desarrollan y se aplican con independencia de las normas positivas (8). Más aún, muchas veces los principios generales representan un freno que cumple la función de garantizar los derechos de los particulares frente a los abusos en que suelen incurrir las leyes o reglamentos administrativos.

En cierto modo, el derecho administrativo puede describirse partiendo de una cadena formada por principios generales que se encuentran en la base del sistema jurídico, inspiran sus normas e informan su contenido permitiendo concretar, en caso de lagunas, la obra legislativa (9). 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 típicamente en función de los problemas. Precisamente, esta conversión de los preceptos del derecho natural en criterios técnicos y tecnificables es lo que se expresa en el concepto de "principios generales del derecho" (10).

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 (11).

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 la estabilidad de los principios pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes" (12).

Frente a esta problemática, la función del juez desempeña el papel de mantener el equilibrio social a través de las diferentes formas de justicia (13), 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 (14).

## II. PRINCIPIOS Y NORMAS

La posición del profesor Ronald Dworkin, a partir de las mismas entrañas del positivismo anglosajón, constituye uno de los ataques más serios que ha sufrido dicho sistema (15), con apoyo en la distinción entre principios, directrices y normas.

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica (16) 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" (17), los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción (18) 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.

Se ha procurado distinguir entre principios y valores en el sentido de que mientras éstos últimos no permiten especificar los supuestos en que deben ser aplicados, ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción (19). 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 asume la comunidad. El principio, en cambio, "para dicho autor" se nutre de una exigencia de justicia.

La diferencia entre valor y principio dista de ser clara y es difícil de precisar, pues independientemente de que en algunos principios existe un menor grado de concreción que en otros, en cualquier caso los valores siempre deben ser observados. "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" En suma, todo principio contiene un valor, pero no todo valor configura un principio.

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 (20), 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 de la dictadura hitleriana", al renacimiento del derecho natural sucedió un movimiento regresivo o producto de la circunstancia de su reintegración al ordenamiento jurídico estatal (21); 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.

## III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD

En el modelo de Estado surgido de la Revolución Francesa el principio de legalidad significaba, fundamentalmente, dos cosas: 1) el monopolio atribuido al Parlamento para el dictado de normas generales y obligatorias (legicentrismo), y 2) el sometimiento del Ejecutivo a la ley.

Este principio alcanzó una proyección generalizada en el derecho constitucional europeo, y no obstante los inconvenientes teóricos que planteaba por las diversas de sus fuentes doctrinarias, terminó afirmándose en la era del positivismo legalista.

Pero un problema no menor quedó planteado al constatarse la insuficiencia de la ley para regular todos los

supuestos posibles originados en los cambios económicos, sociales y tecnológicos. De la mera función aplicativa de las normas que cumplía el Ejecutivo a través del ejercicio del poder reglamentario se pasó, inicialmente, al reconocimiento de atribuciones delegadas (lo que ocurrió también en el derecho norteamericano), luego a la admisión de potestades excepcionales de urgencia para regir supuestos que anteriormente eran sólo patrimonio de las leyes, hasta, finalmente, desembocar en el reconocimiento, en algunos ordenamientos constitucionales, de una zona reglamentaria independiente a favor del Ejecutivo o de una función reglamentaria residual, cuando el Parlamento no legisla sobre una determinada institución o situación general (el caso de Francia, en la Constitución de 1958).

Este proceso de fragmentación del principio clásico de legalidad, que atribuía al Legislativo el monopolio de la ley (legicentrismo), se ha acrecentado con la creación de normas por entidades no estatales de carácter público (v.gr., colegios profesionales), así como con autorregulaciones que emanan de personas privadas (v.gr., bolsas y mercados de valores) y, en el campo laboral, con las llamadas convenciones colectivas de trabajo, que suelen contener normas de derecho público.

A su vez, la crisis del positivismo legalista, influido fuertemente por Kelsen, provocó el retorno a la justicia material a través de concepciones distintas al derecho natural clásico, como la típica (22) y la técnica de cubrir las lagunas legislativas con los principios generales del derecho. Se retorna, de alguna manera, a la concepción de la ley considerada tradicional, basada en un dualismo que permitía distinguir su positividad de la justicia (ley positiva y ley natural) y que en la actualidad lleva al sometimiento de la Administración tanto a la ley positiva como a los principios generales del derecho.

Pues, no obstante que la Administración debe ejercer sus potestades sobre la base de una habilitación otorgada previamente por la ley (potestades que pueden surgir de normas expresas o implícitas o inherentes), la ley positiva ha dejado de ser el centro del sistema jurídico, ya que el clásico bloque de legalidad de que nos hablaba Hauriou (integrado por la ley y la costumbre) actualmente se integra con los principios generales del derecho (23), que se expanden y desarrollan en forma extraordinaria (24), prevaleciendo sobre las leyes positivas (25).

El proceso que se ha descrito, caracterizado por la decadencia del legicentrismo y la necesidad de una vinculación con la justicia material (26), se completa, en los países de Europa continental, con el fenómeno de la llamada constitucionalización de la legalidad (27), al haberse incorporado a la Constitución numerosos principios y declaraciones de derechos que operan como garantías de las libertades y demás derechos de los ciudadanos. Para los sistemas latinoamericanos que han seguido, desde sus orígenes constitucionales, el sistema norteamericano, que consagra la primacía de la Constitución, este último tramo del proceso constitucional europeo no representa una novedad de peso, salvo en lo que respecta al derecho comunitario, cuyas instituciones no resultan comparables con nuestro incipiente derecho de la integración.

El panorama de las fuentes del derecho se caracteriza así por una declinación de la ley positiva a la que se suma el hecho de que como consecuencia de la primacía de las normas comunitarias o de las emanadas de los tratados internacionales, la ley ha perdido la prevalencia jerárquica que antes tenía en los ordenamientos nacionales, la cual resulta desplazada por el predominio de la norma internacional, que se considera de superior jerarquía (aunque el esquema monista de las fuentes se haya relativizado en algunas constituciones y el dualismo siga rigiendo en uno de los países más importantes del mundo, como los Estados Unidos de América).

Con todo, pese a que los cambios producidos han provocado la dilución del legicentrismo estatal o del reino de la ley, concebido como centro absoluto del sistema de las fuentes del derecho, la ley continúa siendo, en el derecho interno y bajo la supremacía de la Constitución (así como de los tratados internacionales y los principios generales del derecho), la fuente jurídica jerárquicamente superior en determinadas materias que se declaran reservadas. De ese modo, siempre existe la posibilidad del ejercicio de los poderes de legislación residuales en aquellos campos en que se ha operado la fragmentación de la ley (v.gr., autorregulaciones público-privadas).

#### IV. LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD. DISTINTAS FORMULACIONES DEL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

En cualquier caso, el principio de legalidad es susceptible de ser explicado en dos planos, no necesariamente opuestos. El primero es el de ley positiva, en sentido formal y material. Tal es el entendimiento que cabe atribuir a las normas constitucionales que consagran reservas legales (v.gr., en materia tributaria el art. 4º, CN). Concebido de esa manera, integra el principio de legitimidad (28) (un sector de la doctrina utiliza, en el mismo sentido, el término juridicidad (29)), que comprende tanto la legalidad en sentido estricto como la razonabilidad o justicia. El otro sentido de la legalidad tiene sus raíces en la escolástica "que no repugnó la identificación de la ley con el derecho (30)", es el que utiliza el art. 19, CN, como se verá más adelante.

Al respecto, pensamos que el concepto de juridicidad, de raíz positivista (Kelsen), no expresa la idea del contenido de justicia ni de los principios generales del derecho, sino más bien la de un principio que basa la validez de un acto administrativo en la circunstancia que tenga fundamento en la norma superior, lo que resulta coherente en autores enrolados en esa tendencia, como por ejemplo Fiorini. No obstante, en la doctrina española la juridicidad suele ser utilizada también como comprensiva de la legalidad y de la justicia o razonabilidad [\(31\)](#).

#### V. LEGALIDAD Y RESERVA DE LEGALIDAD. LA LLAMADA PREFERENCIA DE LEY

En el campo de la Administración Pública, el principio de legalidad puede entenderse en varios sentidos. Por de pronto, toda actuación administrativa debe fundarse en ley material (ley formal, reglamento administrativo, ordenanzas, etc.), y éste es el sentido que cabe atribuir al art. 19, CN [\(32\)](#), que juega como una garantía a favor de las personas.

Al propio tiempo, el principio de legalidad opera como una restricción al ejercicio del poder público y exige ley formal o ley formal-material para aquellas actuaciones que interfieran en la libertad jurídica de los particulares (v.gr., arts. 16, 17, 18, 19 y 28, CN). Como ha dicho Linares, ello puede acontecer, "sea inmediatamente o sea mediatamente a través de normas intermedias de aplicación de una ley formal o material restrictivamente interpretadas" [\(33\)](#).

A su vez, la reserva de ley constituye la máxima expresión del principio de legalidad en sentido estricto, en cuanto prescribe una regla superior en el plano constitucional que consiste en que determinadas materias sólo pueden ser reguladas por leyes del Congreso (v.gr., creación de tributos). Con todo, la estrictez de la regla se hace más fuerte y absoluta en materia penal en virtud del principio nullum crimen sine lege que consagra el art. 18, CN, lo cual se proyecta sobre la determinación de los supuestos de hecho o de la conducta de las acciones humanas susceptibles de configurar delitos y las penas que los jueces pueden aplicar [\(34\)](#). En otros ámbitos del ordenamiento, como en el derecho tributario y el derecho aduanero [\(35\)](#), la reserva de ley también constituye el principio "en cuanto a la configuración del hecho imponible y sus elementos integradores, a la atribución indelegable de la potestad tributaria a un sujeto activo determinado, a la elección de los sujetos pasivos, a la configuración de exenciones o liberaciones, a la tipificación de los ilícitos tributarios y sus sanciones y a todos aquellos elementos de la relación jurídica tributaria en que no sea conveniente o más eficaz delegar en el órgano administrativo, por razones de inmediatez o de mejor elaboración técnica o casuística, su fijación dentro de las previsiones contenidas expresamente en la ley" [\(36\)](#).

Esa interpretación más flexible del principio no implica conculcar la regla general de la legalidad formal en materia tributaria, tal como acontece cuando la ley delega en el Ejecutivo, sobre la base de pautas predeterminadas, la determinación de ciertos elementos de la relación jurídica tributaria que no sean estructurales (v.gr., la determinación de las alícuotas del impuesto dentro de límites máximos y mínimos) [\(37\)](#).

Por último, corresponde distinguir la reserva de ley de la preferencia de ley, dado que mientras en el primer caso la determinación la efectúa la propia Constitución, en el segundo, es la propia ley del Congreso la que determina que ciertas regulaciones deben ser efectuadas por ley formal-material y no por reglamento [\(38\)](#). Es una situación parecida a la denominada congelación de rango que se ha sostenido en la doctrina española [\(39\)](#), con referencia a su ordenamiento constitucional.

#### VI. DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD. LA IRRAZONABILIDAD

En muchas ocasiones, el lenguaje jurídico se presta a grandes equívocos por el hecho de su formación natural, máxime cuando los juristas no se ponen de acuerdo acerca de la utilización de convenciones ad hoc para definir los conceptos.

Por ejemplo, si alguien afirma que el poder discrecional implica dictar un acto arbitrario, está utilizando tan sólo una de las acepciones del término lingüístico que consiste en la facultad de elegir una solución con preferencia a otra. Pero, al mismo tiempo, como se trata de conceptos análogos (en el sentido que no son necesariamente opuestos ni iguales), también se puede definir la arbitrariedad como el acto contrario a la razón, producto de la mera voluntad o capricho del funcionario, que es el sentido de mayor empleo convencional en el mundo jurídico.

El concepto de "arbitrariedad" (tal como lo define el Diccionario de la Real Academia) corresponde al de "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho". En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad [\(40\)](#), antaño conocida en España como "ley del encaje" [\(41\)](#), cuya traducción figura en antiguos diccionarios franceses [\(42\)](#) como "la resolución que el juez toma por lo que a él se le ha encajado en la cabeza" [\(43\)](#).

En suma, el concepto de arbitrariedad es amplio y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario [\(44\)](#), siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad [\(45\)](#).

Una situación similar se plantea acerca de lo que se entiende por irrazonabilidad (46), ya que es posible sostener que implica una actuación injusta (en el sentido de afectar al valor justicia o a los principios generales del derecho), o bien una actividad contraria a la razón y, como tal, contradictoria o absurda, en el plano lógico. En uno u otro caso, la irrazonabilidad integra el contenido de la arbitrariedad, y tal es el sentido que se desprende de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que, en otros, el Alto Tribunal utiliza ambos términos como sinónimos.

## VII. LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD EN EL DERECHO ARGENTINO: SU BASAMENTO CONSTITUCIONAL

Una vez perfilado el concepto de arbitrariedad que, en el caso de la Administración, comprende toda actuación administrativa contraria a la justicia, la razón o la ley, veamos cuál es el fundamento de la regla que la prohíbe, concebida como un principio general derivado de los textos constitucionales.

Una primera regla de hermenéutica, que cuenta con aceptación general en la doctrina y jurisprudencia, enseña que las prescripciones constitucionales no deben interpretarse en forma literal, sino, fundamentalmente, en atención a los fines que persiguen, máxime cuando se trata de principios generales o de garantías jurídicas. Así, por ejemplo, el principio que consagra la garantía del debido proceso (art. 18, CN) se ha extendido a la defensa de los derechos de los particulares frente a la Administración (47), y lo mismo ocurre con el principio de la tutela judicial efectiva (48), cuya proyección, en sede administrativa, ha sido destacada por la doctrina (49).

Si bien no hay en la nuestra un texto tan preciso como el que se encuentra en la Constitución española (art. 103.1 que prescribe que la Administración debe actuar "con sometimiento pleno a la ley y al derecho"), existe en el ordenamiento constitucional argentino un conjunto de preceptos que permiten afirmar que el principio de prohibición o interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional.

Por de pronto, el principio contenido en el art. 19, CN, contiene dos mandatos trascendentes.

Mientras el primero prescribe que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados"; el segundo dispone que "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe".

La génesis de la primera parte de la norma reconoce antecedentes preconstitucionales, entre los que se destaca el Estatuto Provisional de 1815 (Sección Séptima, Cap. I, arts. 1° y 2°) (50), cuyo principal redactor habría sido el presbítero y doctor Antonio Sáenz (51), formado en la Universidad de Charcas, de cuya obra se desprende la influencia de Santo Tomás y de Suárez, lo cual permite desentrañar el sentido filosófico del precepto.

Al respecto, se ha sostenido que la filosofía del art. 19, CN, no es otra que la de la justicia anclada en el derecho natural (52), habiéndose interpretado que "en su primera parte" la norma consagra la prohibición a cualquier magistrado de la República (ya sean autoridades legislativas, ejecutivas o judiciales) para dictar actos administrativos, regular conductas generales o juzgar a personas, para inmiscuirse en lo que el artículo denomina "acciones privadas de los hombres" (53). Por otra parte, la Corte Suprema tiene dicho que el art. 19, CN, establece el principio general que prohíbe perjudicar los derechos de terceros (*alterum non laedere*) y que la norma condensa un principio general aplicable a todo el derecho (54) y no sólo al derecho privado.

A su vez, la segunda parte del art. 19, CN, destinada a la esfera pública de las personas (en el sentido de acciones exteriores), al prescribir que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe", contiene un mandato dirigido tanto a la Administración como al juez. Va de suyo que el precepto constitucional contiene un mandato implícito, ya que si nadie se encuentra obligado a hacer lo que la ley no manda (en todos los aspectos en que se concibe la arbitrariedad) es porque los funcionarios (en su caso) de la Administración tienen prohibido dictar órdenes o emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia.

Este principio constitucional implícito (la prohibición de arbitrariedad), no suficientemente destacado en nuestro derecho, es, indudablemente, una pieza fundamental de la protección de las libertades y demás derechos que consagra la Constitución (el que también se extiende a la arbitrariedad judicial).

La fuente histórica mediata y positiva de esta segunda parte del art. 19, CN, se encuentra en el art. 5° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que establece: "La ley sólo tiene el derecho de prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo aquello que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene".

¿Cuál es el concepto de ley a que alude la segunda parte del art. 19, CN? ¿Es la legalidad positiva? ¿Acoge acaso la concepción de Rousseau acerca de la norma legislativa como producto de la voluntad general soberana?

¿Qué principio consagra? Por de pronto, cabe advertir que la filiación filosófica del precepto no constituye una creación original de los convencionales de la Francia revolucionaria ni del ginebrino, sino que tiene su fuente doctrinaria en la obra de Montesquieu, a través de las concepciones que expuso en *El espíritu de las leyes*, como lo reconocieron en su momento autores franceses que defendían ideas tan opuestas como Hauriou y Duguit (55) (en Argentina nadie, que sepamos, ha reparado en dicha fuente).

Aquí cabe formular una digresión. Suele afirmarse que el art. 19, CN, encarna el principio de legalidad (56), lo cual si bien es cierto (con la debida interpretación en punto a sus alcances), no impide tener en cuenta, también, que el pensamiento de Montesquieu se encontraba más orientado a la protección de la libertad (57) que al imperio de la ley positiva.

Para el gran bordelés, la libertad no radica en la voluntad del hombre (como lo sostuvo Rousseau), pues no consiste en hacer lo que uno quiere, sino "en poder hacer lo que se debe querer y no estar obligado a hacer lo que no se debe querer... La libertad -continúa- es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten" (58).

En la concepción de Montesquieu, la preservación de la libertad se presenta como el principio fundamental del sistema político que hace al equilibrio del poder y a la necesidad de evitar el abuso de éste último. Por eso sostiene que una Constitución sólo "puede ser tal que nadie está obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley y a no hacer las permitidas" (59).

Al recibir la Declaración de Derechos de 1789 también la influencia de Rousseau, su concepción política, como la de la Constitución de 1791, se torna muchas veces contradictoria. Puede decirse que la teoría rousseauiana fue la causa, en el plano histórico- filosófico, de los excesos en que incurrieron los revolucionarios al apartarse del modelo de la separación de poderes de Montesquieu y basarse en la primacía absoluta de la ley positiva emanada de la Asamblea y en la radicación de la soberanía en la Nación (la cual, según Sieyès, sólo encarnaba el Tercer Estado).

Pero en el aspecto relativo a la protección de la libertad prevaleció, en la dogmática constitucional francesa, la tesis de Montesquieu, quien, por lo demás, tenía un concepto de ley que rechazaba tanto la idea de que ésta fuera el producto de una voluntad general soberana e infalible como las concepciones absolutistas fundadas en el origen divino del poder. Estas teorías contradecían la filosofía política de la neoescolástica, particularmente la obra de Suárez, quien basaba la legitimidad del gobernante no en la soberanía de la Nación, sino en el consentimiento del pueblo, origen del principio de la soberanía del pueblo que más tarde adoptaron la Constitución norteamericana y la nuestra (expresamente en su art. 33).

En efecto, en la primera parte de su obra, luego de afirmar que "las leyes, en su más amplia significación, son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas" (Libro I, Cap. I), se refiere tanto a la ley natural (puntualizando algunos principios que hoy día son considerados principios de justicia o de derecho natural, según la concepción que se adopte) como a la ley humana o positiva, en varios pasajes de su obra. Puntualiza precisamente que "decir que sólo lo que ordenan o prohíben las leyes positivas es como decir que antes de que se trazara círculo alguno no era iguales todos sus radios" (60), y tal fue, en líneas generales, la filosofía en que se basó Alberdi al redactar el proyecto que sirvió de base para la Constitución de 1853 (61).

Esos antecedentes tienen, pues, una importancia capital para desentrañar el correcto sentido que corresponde atribuir al art. 19, CN, en el que el concepto de ley ha de interpretarse o integrarse combinando, según las circunstancias, la ley positiva con el derecho o la justicia. Al respecto, cabe advertir que el Preámbulo de nuestra Constitución, casi similar al de la Constitución norteamericana, difiere en el objetivo de afianzar la justicia, "como valor, la justicia como fin" como apunta certeramente Vanossi (62), marcando un principio que coadyuva y refuerza la posición institucional del juez argentino para controlar la arbitrariedad administrativa que, en una de sus principales acepciones, es todo acto contrario a la razonabilidad o justicia.

Conforme a la hermenéutica histórico-filosófica descripta, para que la norma cobre sentido razonable dentro del contexto constitucional resulta evidente que si nadie está obligado a hacer lo que la ley o el derecho no mandan, la Administración no puede ordenar conductas contrarias a la ley y al derecho ni privar de lo que la ley (en sentido amplio) no prohíbe. En otros términos, al estar la Administración sujeta a la ley y al derecho, el precepto contiene la regla de la prohibición de arbitrariedad que se configura así como un principio general de derecho público que, como se verá seguidamente, tiene fundamento en otra norma constitucional que completa la regla contenida en el art. 19, CN.

#### VIII. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN DE ARBITRARIEDAD

En la doctrina se ha sostenido, en forma pacífica, que el principio de razonabilidad se funda en el precepto contenido en el art. 28, CN, fórmula original de la Constitución argentina (63), que estatuye que "los principios,

garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio".

Esta prescripción constitucional, que también fundamenta la prohibición de arbitrariedad, si bien aparece circunscripta a normas que dicta el Legislativo, se ha juzgado extensiva a los actos de los órganos Ejecutivo y Judicial (64). Precisamente, Linares apunta que en la ciencia del derecho el tema de la razonabilidad aparece conectado a la búsqueda de la razón suficiente de la conducta estatal. "Esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica; de existencia, cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da; y de verdad, cuando tiene fundamentos de justicia" (65).

Si se proyecta el principio del art. 28, CN, a la actividad del Ejecutivo, la cláusula opera, preceptivamente, sobre el conjunto de la actividad administrativa o reglamentaria, ya se trate de actos reglados o discrecionales, en cualquiera de sus elementos constitutivos, sin que puedan alterarse los principios, derechos y garantías consagrados en los arts. 14, 16, 17 y 18, entre otros.

Tal era el pensamiento de Alberdi (66), inspirador de la cláusula constitucional, que no tiene antecedentes en el modelo norteamericano, parcialmente seguido, en otros trascendentes aspectos, por nuestra Ley Suprema (67), lo que prueba una vez más que la arquitectura de la Constitución ha sido diseñada sobre la base de una mixtura de fuentes (norteamericanas, europeas e hispanoamericanas) (68).

Cabe advertir, por otra parte, que la alteración de la Constitución implica, en principio, una irrazonabilidad de esencia, por cuanto el acto administrativo contradice o no guarda proporción con el texto o los fines que persiguen los principios y garantías constitucionales; lo mismo acontece cuando el acto administrativo exhibe una desproporción entre las medidas que involucra y la finalidad que persigue (69). En definitiva, la proporcionalidad integra el concepto de razonabilidad que, como se ha visto, es más amplio (70). La ausencia de proporción hace que el acto carezca de razón suficiente, convirtiéndose en un acto afectado de irrazonabilidad (una de las formas de la arbitrariedad), siendo pasible de la tacha de inconstitucionalidad.

Ahora bien, la razonabilidad puede darse en forma parcial (en sus aspectos de existencia, esencia y verdad o justicia) o total. Sin embargo, por razonabilidad, tanto la doctrina (71) como los fallos de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y la de los Estados Unidos aluden a las leyes, actos o sentencias que no cuentan con un fundamento de justicia (72). Otros autores entienden por "razonable" aquello que resulta aceptable por la comunidad (73).

A su vez, en el plano de los hechos o conductas, la Corte se maneja con los tres sentidos de irrazonabilidad que se han señalado para fundamentar la causal de apertura del recurso extraordinario fundado en la causal de arbitrariedad de las sentencias (74).

Finalmente, corresponde advertir que en los Estados Unidos, como anota Bianchi, se aplica la regla de la deferencia, la cual, en principio, conduce a respetar el criterio de la Administración en tanto sus decisiones sean razonables o no sean manifiestamente arbitrarias (75), lo que implica un control judicial limitado y, por tanto, no pleno, de la razonabilidad, particularmente en materia de reglamentos delegados, en una línea similar a la adoptada por algunos fallos de nuestra jurisprudencia que conculcan el principio general del control judicial suficiente, que exige amplitud de debate y prueba.

- (1) Ver Sarmiento García, Jorge, Los principios en el derecho administrativo, Diké, Mendoza, 2000, ps. 41 y ss.
- (2) El realismo moderado, de raíz aristotélico tomista, aunque postula la independencia de las cosas de las ideas (unificando el mundo sensible con el inteligible) acepta, a diferencia del nominalismo, la categoría de los universales. En la actualidad, algunos juristas suelen ser nominalistas inconscientes, como los neo-positivistas; ampliar en Ferrater Mora, José, Diccionario de filosofía, t. III, Ariel Filosofía, Barcelona, 1994, ps. 2575 y ss., y t. IV, ps. 3603 y ss.
- (3) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, t. I, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, afirma que "si el Consejo de Estado francés invoca y aplica 'los principios generales del derecho' es porque éstos existen" (cit., p. 282).
- (4) Sarmiento García, Jorge, Los principios en el derecho administrativo, cit., ps. 25/26.
- (5) Vigo (h), Rodolfo L., "Los principios generales del derecho", JA 1986-III-860, señala que en el escenario doctrinario hay cinco corrientes: la positivista, que sostiene que no hay principios fuera del derecho positivo; la historicista, que encuentra el fundamento de los principios generales en un derecho pretérito; la científicista, que sólo tiene en cuenta su elaboración por la ciencia jurídica; la metapositivista, que fundamenta el contenido de los principios fuera del derecho positivo; y, por último, la ecléctica, que armoniza las distintas posturas.
- (6) Coviello, Pedro J. J., "Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino", REDA, nro. 62, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 1088 y ss.
- (7) Una fuerte y lúcida reacción contra el positivismo legalista en Uruguay puede verse en Martins, Daniel H.,

Introducción al derecho administrativo, FCU, Montevideo, 1982, ps. 15 y ss.

(8) Véase Silva Tamayo, Gustavo, Desviación de poder y abuso de derecho, LexisNexis - Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 29.

(9) Altamira Gigena, Julio I., Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo, Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 29.

(10) García de Enterría, Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho, Civitas, Madrid, 1984, p. 63, agrega que "La sustantividad de éstos, paralela a la propia sustantividad de la técnica jurídica, se manifiesta por de pronto en un hecho elemental, y es que no todos ellos son concreción de ese derecho natural o superior, sino que éste sólo informa una parte de ellos, siendo los otros expresión del orden político concreto, y otros, en fin, y no de los menos importantes, de carácter institucional o estrictamente técnico, aunque éstos vienen a encerrar frecuentemente todos los anteriores..." (op. cit., ps. 63-64). Entre nosotros, se ha sostenido también que el derecho natural y el derecho positivo no constituyen ordenamientos separados y que los principios generales del derecho se desprenden de la ley natural, de la cual se extraen por medio de la acción práctica: cfr. Roquel, Rodolfo, Introducción a la teoría general del derecho administrativo, Dunker, Buenos Aires, 2004, p. 88.

(11) Como lo ha puesto de relieve Gordillo, Agustín, Tratado de derecho administrativo, t. I, FDA, Buenos Aires, 1995, p. V-10.

(12) Rivero, Jean, Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo, RAP, nro. 6, p. 293.

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

(14) El ordenamiento se halla constituido no sólo por las normas, sino también por los principios generales del derecho, encontrándose éstos en la cúspide del ordenamiento jurídico. La admisión de los principios generales como fuente del derecho rompe la estatización del derecho que se pretendió asegurar con el dogma de la competitividad del ordenamiento. Además de lo dicho en el texto, la distinción entre norma y principio se apoya —según Dworkin— en que éstos tienen una dimensión que no poseen aquéllas: la de peso o importancia. Al respecto, señala este autor que "cuando los principios se interfieren (la política de protección de los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una medición exacta y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido, qué importancia o qué peso tiene" (Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1989, p. 78).

(15) Conf. Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, cit., ps. 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".

(16) 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".

(17) 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 (h), Rodolfo L., "Los principios generales del derecho", JA 1986-III-864.

(18) 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 encarnar 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, cit., ps. 6/7).

(19) Pérez Luño, Antonio E., Derecho humanos, Estado de derecho y constitución, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 286 y ss.

(20) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, cit., t. I, p. 287.

(21) Kaufmann, Arthur, Derecho, moral e historicidad, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 17.

(22) Ver Silva Tamayo, Gustavo, Desviación de poder..., cit., ps. 25 y ss.

(23) Muñoz Machado, Santiago, Tratado de derecho administrativo, t. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2006, p. 420.

(24) Ver Coviello, Pedro J. J., "Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino", REDA, nro. 62, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 1088 y ss.

(25) Como lo hemos sostenido en un trabajo anterior, "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo", Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1988, p. 34; véase también: Bielsa, Rafael, Metodología jurídica, Castellví, Santa Fe, 1961, ps. 102 y ss.

(26) García de Enterría, Eduardo, Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho, Civitas, Madrid, 1984, p. 39.

(27) Muñoz Machado, Santiago, Tratado de derecho administrativo, cit., t. I, ps. 403 y ss.

(28) Legaz y Lacambra, Luis, Filosofía del derecho, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, p. 598 y ss., especialmente ps. 601 y ss.; Bidart Campos, Germán, Derecho constitucional, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1996, ps. 108 y ss., especialmente p. 116, y nuestro Derecho administrativo, t. II, 8ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 29/30.

(29) Utilizan el concepto de juridicidad con el contenido del principio de legitimidad o de legalidad en sentido amplio: Comadira, Julio R., Derecho administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 125/126; Sesin, Domingo J., Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica, 2ª ed., LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 47; y Coviello, Pedro J. J., La protección de la confianza del administrado, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, ps. 363/367.

(30) Coviello, Pedro J. J., La protección de la confianza..., cit., p. 365.

(31) Cfr. González Navarro, Francisco, El Estado social y democrático de derecho, Editorial Universidad de Navarra, Pamplona, 1992, ps. 211 y ss.

(32) Casás, José O., Derechos y garantías constitucionales del contribuyente, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 232.

(33) Linares, Juan F., "Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía", LL 54-777/778.

(34) Soler, Sebastián, Derecho penal argentino, t. I, 3ª reimp., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, ps. 118 y ss.; Zaffaroni, Eugenio R., Tratado de derecho penal, t. I, 4ª reimp., Ediar, Buenos Aires, 2004, ps. 131 y ss. Ver lo que decimos más adelante acerca de la degradación del principio de legalidad.

(35) Sobre el principio de legalidad en el derecho aduanero: Alais, Horacio F., Los principios del derecho aduanero, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, ps. 215 y ss.

(36) García Belsunce, Horacio A., "La delegación legislativa", en Estudios de derecho constitucional tributario, obra colectiva en homenaje al Dr. Juan Carlos Luqui, Depalma, Buenos Aires, 1984, parágr. VIII, ps. 1 y ss. Ver también Taveira Torres, Heleno, Derecho tributario y derecho privado. Autonomía privada, simulación y elusión tributaria, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, ps. 55 y ss.

(37) Casás, José O., Derechos y garantías..., cit., ps. 647/650.

(38) Casás, José O., Derechos y garantías..., cit., ps. 234/237.

(39) García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás R., Curso de derecho administrativo, t. I, 13ª ed., Civitas, Madrid, 2006, p. 251.

(40) Aunque el proceder discrecional —en uno de los sentidos del término— pueda ser arbitrario.

(41) En España, la referencia más antigua que sepamos se remonta al Quijote de Cervantes. Al respecto, en la edición que conmemoró el IV Centenario de Don Quijote de la Mancha de la Real Academia Española (Madrid, 2004) se alude dos veces a la expresión "ley del encaje" (Primera Parte, Cap. XI y Segunda Parte, Cap. XLII) como equivalente a la sentencia arbitraria (p. 98, nota 17) o al hecho de juzgar con arbitrariedad (p. 869, nota

29). A su vez, en el Diccionario de la Lengua Española, la ley del encaje se describe como una forma coloquial, apareciendo referida al "dictamen o juicio que discrecionalmente forma el juez, sin atender a lo que las leyes disponen".

(42) En Cormon, François, Nouveau Dictionnaire de Sobrino, François, Espagnol et Latin, t. II, A Anvers, Aux Défens de Piestre & Delamolliere, Paris, 1789, p. 512, se define "la ley del encaxe" como la "ley que un juez interpreta según su capricho, la resolución que toma él mismo, sin tener en cuenta lo que las leyes ordenan", indicando que su equivalente en latín era *lex ad arbitrium excogitato*, es decir, algo así como la ley imaginada u originada en la voluntad de uno mismo.

(43) Cfr. Cejador y Franca, Julio S. J., La lengua de Cervantes: Gramática y diccionario de la lengua castellana en el ingenioso hidalgo D. Quijote de la Mancha, obra premiada en el certamen público abierto por el Ateneo de Madrid con ocasión del III Centenario de la publicación del Quijote, t. 2, J. Rates, Madrid, 1906, p. 441.

(44) Hay autores que consideran que la esencia de la arbitrariedad radica "en sustituir la voluntad de la ley por la personal del funcionario" (cfr. Luqui, Roberto E., Revisión judicial de la actividad administrativa, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2005).

(45) Ver Brewer-Carías, Allan R., "Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional", en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Mariano R. Brito, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, ps. 622 y ss., con otra terminología pero en la misma orientación doctrinaria que desarrollamos señala como límites a la discrecionalidad a los principios de proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad y justicia.

(46) El Diccionario de la Real Academia Española no recoge los términos "razonabilidad" e "irrazonabilidad", aunque sí define la racionalidad e irracionalidad. Los primeros son valores convencionales entendidos que utilizan comúnmente los juristas, como en otros casos (v.gr. el término "ejecutoriedad").

(47) Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, cit., t. I, ps. 673 y ss.

(48) Sesin, Domingo, Administración Pública, actividad reglada..., cit., ps. 34/37, Aberastury, Pedro, La justicia administrativa, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 37 y ss.; Cassagne, Juan Carlos, "Perspectivas de la justicia contencioso-administrativa argentina en el siglo XXI", en Estudios de derecho administrativo, t. X, Diké, Mendoza, 2004, ps. 39/42.

(49) Perrino, Pablo E., "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia contencioso-administrativa", Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, ps. 257 y ss.; Canosa, Armando N., "El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), Procedimiento y proceso administrativo, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 50/51.

(50) Cfr. Sánchez Viamonte, Carlos, Manual de derecho constitucional, 3ª ed., Kapelusz, Buenos Aires, 1958, p. 39.

(51) Sampay, Antonio E., La filosofía jurídica del art. 19 de la Constitución Nacional, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, ps. 11/12, con cita de Ravignani, Emilio, Antonio Sáenz. Fundador y organizador de la Universidad de Buenos Aires, 1925, p. 5.

(52) Sampay, Antonio E., La filosofía jurídica..., cit., ps. 13/17.

(53) Ver Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Anotada y comentada, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 183 y ss., destaca las diferencias con las cláusulas de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789 (arts. 4º y 5º) y afirma que "el desarrollo doctrinario jurisprudencial del art. 19 de la Constitución argentina amplió los horizontes de la libertad y del respeto a las opciones de las personas en la sociedad democrática" (op. cit., p. 184).

(54) "Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales s/accidentes ley 9688", Fallos 327:3753 (2004); ver también Fallos 308:118 (1986); "Díaz, Timoteo Filiberto v. Vaspia SA", Fallos 329:473 (2006); "Ramírez, Juan Carlos v. E. B. Y. s/daños y perjuicios", Fallos 330:2548 (2007).

(55) Hauriou, Maurice, Précis de droit constitutionnel, Sirey, Paris, 1923, p. 91; Duguit, Léon, Traité de droit constitutionnel, Bocard, Paris, 1923, p. 373.

(56) Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina..., cit., ps. 183 y 208.

(57) Duguit, Léon, Traité de droit constitutionnel, cit., p. 373.

(58) Montesquieu, El espíritu de las leyes, Libro XI, Cap. III.

(59) Montesquieu, El espíritu de las leyes, Libro XI, Cap. IV.

(60) Montesquieu, El espíritu de las leyes, Libro XI, Cap. II.

(61) Alberdi recibió la influencia de Montesquieu al redactar las Bases y el proyecto que sirvió de fuente a la Constitución de 1853. Sostiene Alberdi que "es una especie de sacrilegio definir la ley, la voluntad general de un pueblo...", y se pregunta si "sería ley la voluntad general expresada por un Congreso Constituyente que obligase a todos los argentinos a pensar con sus rodillas y no con su cabeza?"; para concluir citando una frase de Rivadavia que alude a la falsa ilusión que padece el legislador cuando pretende que por obra de su voluntad pueda cambiar "la naturaleza de las cosas" (Alberdi, Juan Bautista, Bases, 4ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1984, cap. XVII). Más adelante habla de las leyes naturales que debe observar el constituyente.

- (62) Vanossi, Jorge R., *Teoría constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 80. Después de recordar que mientras el preámbulo de la Constitución de Filadelfia habla de "constituir la justicia", anota que "En cambio, nosotros decimos 'afianzar la justicia' porque utilizamos en nuestro preámbulo la palabra 'justicia' con un sentido totalmente distinto: no es la justicia como tribunal o como simple administración de justicia, tal como está en el preámbulo norteamericano, sino la justicia como valor, la justicia como fin" (*Teoría constitucional*, cit., ps. 79/80).
- (63) Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, 2ª ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1970, ps. 165-166.
- (64) Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 121; Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, cit., ps. 224/225 y Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., p. 248.
- (65) Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 108.
- (66) Alberdi, Juan Bautista, *Bases*, cit., p. 247, escribió que "No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías reconocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias" (cap. XXXIII).
- (67) Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 160.
- (68) Cfr. Dalla Via, Ricardo, *La Constitución de Cádiz y los antecedentes de la Constitución de la Nación Argentina*, EDC, 2008, p. 429, realiza un profundo trabajo de investigación y análisis sobre las fuentes hispánicas de nuestra Constitución.
- (69) LNPA, art. 7º, inc. f), parte 1ª, in fine. Sobre el principio de proporcionalidad véase el lúcido trabajo de Grecco, Carlos M. — Guglielminetti, Ana P., "El principio de proporcionalidad en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina (glosas preliminares)", *Documentación Administrativa*, nro. 267-268, INAP, Madrid, 2004, ps. 121 y ss.
- (70) Ver Brito, Mariano, "De la razonabilidad del acto administrativo: la cuestión de su contralor jurisdiccional anulatorio", en *Derecho administrativo. Supremacía-contemporaneidadprospectiva*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 2004, ps. 457 y ss.
- (71) Luqui, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. I, cit., ps. 221/224; Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 108; también nosotros hemos identificado la razonabilidad con la justicia en nuestro *Derecho administrativo*, t. II, 8ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2006, ps. 28/29. Hay que reconocer, empero, que se trata de un concepto susceptible de ser empleado en diversos sentidos, no necesariamente opuestos, aun cuando la "razón suficiente" constituye el núcleo más fuerte del concepto.
- (72) Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 109.
- (73) Hutchinson, Tomás, "Principio de legalidad, discrecionalidad y arbitrariedad", en Reiriz, María Graciela (coord.), *Derecho administrativo. Aportes para el rediseño institucional de la República*, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 312, adopta la noción de Stammeler que en su momento recogió Imaz, Esteban, *Arbitrariedad y recurso extraordinario*, Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 93.
- (74) Véanse, por ejemplo, las causales de arbitrariedad en la jurisprudencia de la Corte que sistematiza la doctrina, en Morello, Augusto M., *Recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot - Platense, Buenos Aires, 1987, ps. 187 y ss.
- (75) Bianchi, Alberto B., "Las potestades administrativas del presidente de la Nación", en AA.VV., *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2005, ps. 55 y ss., especialmente p. 70. Este trabajo de Bianchi constituye un ejemplo de investigación y reflexión sobre el tema, hecho con seriedad y equilibrio.