

UNA INTRODUCCIÓN IUSNATURALISTA AL DERECHO ADMINISTRATIVO

PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO *

*“En todas tus empresas piensa en Él,
y Él dirigirá tus caminos”
Proverbios, III-6*

Hace más de una década, con motivo de un artículo que publiqué en *El Derecho*¹, le solicité a un profesor su comentario. Me respondió protestando primeramente que era “católico, apostólico y romano”, pero que en mis trabajos jurídicos no debía sostenerme en los postulados de la Iglesia, porque ella mira las cosas de “arriba”, mientras el Derecho mira las cosas de “abajo”. Finalizó diciendo que sólo me podía sustentar en la doctrina de la Iglesia cuando estuviera asentada en sólidas bases científicas. Nada repliqué.

El tiempo, los hijos y las canas me afirmaron en la necesidad de sostenerme en la fe de la Iglesia que nos gloriamos en profesar —como dice la liturgia— y de llevar sus principios éticos a todos nuestros ambientes familiares, profesionales y sociales, de modo de “reunirlo todo en Cristo” (Efesios, I-10). No es posible que la fe, cualquiera que sea la religión de las personas, en la medida que tenga una cosmovisión ética², esté desligada de la vida familiar y comunitaria, la vida diaria en definitiva, comprendiendo en ésta la actividad profesional o aca-

* Abogado UCA. Protitular de Derecho Administrativo.

¹ “Concepción cristiana del Estado de Derecho”, *ED*, 129-923.

² “No olvido que los hombres extranjeros a la filosofía cristiana pueden tener un sentido profundo y auténtico de la persona humana y de su dignidad, y hasta mostrar a veces en su conducta un respeto práctico de esa dignidad que muy pocos sabrían igualar.” Jacques MARTAIN, *Los derechos del hombre*, trad. esp., Buenos Aires, 1961, pág. 15.

démica³. Por ello, apoyarse en la religión es la mejor manera de dar razón última del pensamiento científico, siempre que sostenga la unidad fundamental entre la religión y el obrar y reconozca la responsabilidad personal del hombre. De esta forma –y en lo que aquí nos interesa– la cuestión no está en decidir si tal o cual decisión o actividad iusadministrativa es correcta técnicamente según nuestra fe –porque la fe no es una técnica–, sino si ella es moralmente correcta a la luz de la fe. Y, así, los valores jurídicos toman razón del principio que les da entidad.

Es desde tal perspectiva que a partir de la fe que sostiene a la Iglesia Católica y de la visión iusnaturalista en la que fui formado en nuestra Universidad Católica que pretendo en esta monografía dar sentido al Derecho Administrativo, sin perjuicio de buscar siempre aquello que hay de verdad en el pensamiento de otros autores que por pertenecer a otra religión o carecer de una fe o creencia religiosa particular sustentan su doctrina en valores humanos compartidos y en defensa de los derechos de la persona⁴.

- I -

1. Todo estudio que con profundidad se pretenda llevar a cabo sobre el Derecho Administrativo necesita partir de la raíz primaria del destinatario final de sus principios y normativa: la persona humana. En efecto, nuestra materia, como bien la ha descrito González Navarro, es un derecho para la libertad⁵. Por lo tanto, si se pretende describir los pilares fundamentales sobre los que se asienta el Dere-

³ "... algunos científicos, carentes de toda referencia ética, tienen el peligro de no poner ya en el centro de su interés la persona y la globalidad de su vida. Más aun, algunos de ellos, conscientes de las potencialidades inherentes al progreso técnico, parece que ceden, no sólo a la lógica del mercado, sino también a la tentación de un poder demiúrgico sobre la naturaleza y sobre el ser humano mismo. JUAN PABLO II, *Encíclica Fides et Ratio*, N° 46.

⁴ Utilizando palabras de Maritain refiriéndose a entrañables amigos judíos asesinados en los campos de muerte del demonio hitleriano, podemos decir que así como hay "israelitas puros y admirables cristianos de corazón" (ver prólogo al padre John M. OESTERREICHER, *Siete filósofos judíos encuentran a Cristo*, Madrid, 1961; en realidad el título en inglés de esta obra es *Walls are crumbling*, esto es, Cristo "derumbó" la pared que dividía los dos pueblos judíos y paganos, como dijo Pablo), puede haber ateos o agnósticos cristianos de corazón.

⁵ "Creo que el derecho es para la libertad. Sobre todo el derecho administrativo que es el derecho del poder y que precisamente en esa finalidad encuentra su justificación." FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español*, t. I, 1a. ed., Pamplona, 1987, pág. 40.

cho Administrativo, es preciso, indefectiblemente y aunque no se los mencione expresamente, partir de los principios iusfilosóficos que dan sustento a las creencias del investigador.

Si no se parte de ese compuesto liminar del material que se investiga, se construiría sin contar con los cimientos últimos que dan razón a las instituciones iusadministrativas. Olvidar esto es, en definitiva, olvidar al hombre, puesto que una cultura no se forja sin una visión ética de la persona humana, enraizada en valores comunes⁶. Estos dos últimos siglos han sido testigo elocuente de ello: la cuestión social, las dos trágicas guerras, el comunismo y sus distintas variantes, el nacionalsocialismo, el fascismo, el holocausto, los gulags, los fanatismos religiosos, el terrorismo y sus víctimas, etcétera, son en definitiva, consecuencias de esa visión que se tiene del hombre, esto es, si es un individuo, un engranaje de la gran máquina estatal, un absurdo, una realidad inmanente o un ser fatalmente destinado por un dios antojadizo y voluble⁷.

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

⁶ "El valor del derecho no es solamente una teoría. Por debajo de todos sus temas está implicado el destino mismo del hombre. La concepción que defendemos, además de testigos, tiene mártires." Sebastián SOLER, *Los valores jurídicos*, Buenos Aires, 1948; separata de la *Revista Jurídica de Córdoba*, Año 1, Núm. 2. Las palabras del gran maestro argentino, sin bien fueron escritas en el marco de lo que constituía su pensamiento filosófico —ajeno al iusnaturalismo aquí expuesto— poseen, no obstante, aquello de verdadero que hay que buscar en todo pensamiento y que conforma, en definitiva, la unidad del género humano a través de ideas y principios compartidos.

⁷ Viktor FRANKL, al referirse a la cuestión del sentido de la vida y al rol que correspondía al terapeuta, sostuvo un pensamiento que se oponía a lo que podríamos llamar el determinismo freudiano: "Lo que hace falta es que sepamos hablar y responder a nuestros enfermos, que aprendamos a entrar en la discusión, a afrontar la lucha con los medios adecuados, es decir, con armas espirituales. (...) A un problema clara y netamente ideológico no podemos contestar, en modo alguno, invocando supuestas razones ocultas de orden patológico, ni afirmando las consecuencias enfermizas de las cavilaciones filosóficas. Intentar proceder así valdría tanto como rehuir una crítica inmanente, equivaldría a abandonar el plano en que el problema se plantea —el plano espiritual—, en vez de permanecer en él, afrontando y sosteniendo con armas espirituales la lucha en torno a una actitud espiritual," *Psicoanálisis y existencialismo*, trad. esp., 2ª ed., México, 1952.

la concepción sobre esas tres nociones, es impensable concebir un andamiaje jurídico administrativo, puesto que, como antes se apuntó, le faltaría su basamento.

No son admisibles aquí posturas meramente técnicas. La técnica, es cierto, es indispensable desde el punto de vista práctico y es la que permite superar los obstáculos que impiden el desarrollo humano. Pero reducir a mera técnica el Derecho Administrativo, estudiando formalmente sus instituciones, es quitarle su alma, su ser, a esta rama del Derecho y llevaría a su deshumanización, como ha ocurrido en otras ciencias que se han constituido en, simplemente, "técnicas", más que "prácticas"⁸. No vale aquí el *pensiero debole* que postula un relativismo total y sin compromiso.

3. La trilogía clásica de todo régimen político en el cual se inserta el Derecho Administrativo se constituye con las ideas de orden, poder y libertad⁹ que conducirán en definitiva a su cualificación. Si se quiere, esa trilogía se puede reducir a la metáfora jurídica de la tensión entre libertad y autoridad, conformadoras de lo que en la doctrina nacional y extranjera se ha dado en llamar "régimen exorbitante", esto es, el equilibrio entre las prerrogativas de poder público y las garantías personales¹⁰. En definitiva, el enfoque que se dé a los

⁸ Sobre esta distinción fundamental, ver: DERISI, Octavio Nicolás, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, 1a. ed., Buenos Aires, 1941, pág. 242 y ss. Allí, nos dice: "El hombre no puede alcanzar la realidad sino por el conocimiento. Pero una vez ahí, frente a la realidad, una de dos: o se detiene en su aprehensión objetiva en una actitud teórica o especulativa (*speculator*, mirar), o bien subordina ese conocimiento a un fin como medio de que se vale para captarlo y ordenarse a él, en una actitud práctica. (...) La condición práctica humana tiene, pues, su punto de origen en la limitación e imperfección de un ser que encuentra su perfección, es decir, su fin o bien supremo fuera de sí mismo. (...) La practicidad es el índice del *estado vial* del hombre en la presente vida, es el medio que lo puede acercar a su último fin, el bien en sí e infinito. La distancia entre el ser actual del hombre y su plenitud en la posesión de su bien mide el recorrido de su practicidad. El perfeccionamiento, o sea, el acercarse hacia su perfección definitiva por el desarrollo o actuación de su facultades espirituales (y de las demás en cuanto al de ésta conduce), demarca el dominio de la ética, el dominio práctico estrictamente tal, que constituye el objeto de la filosofía moral: 'Ética, Económica y Política', como divide Aristóteles, según que mire al desarrollo humano de la persona en sí misma o del individuo como miembro de la sociedad familiar o civil, respectivamente." Ver también Domingo BASSO, O.P., "Acerca del conocimiento especulativo y del conocimiento práctico", publicado en *Prudentia Iuris*, XIV-5.

⁹ "Los elementos de la sociedad política son las creencias relativas al orden, al poder, a la libertad y al justo equilibrio de estas tres fuerzas espirituales." Maurice HAURIUO, *Prefacio al Précis de Droit Constitutionnel*, 1a. ed., París, 1923. Ver igualmente, SARRIA, Félix, *Derecho Administrativo*, 2a. ed., Córdoba, 1961, pág. 7.

¹⁰ "El Derecho administrativo parece albergar en su seno, desde sus orígenes, una contradicción irreductible. Por una parte, a él se debe la creación de un sistema

aspectos señalados dependerá de la visión que se tenga de aquellas nociones.

Merece traerse aquí el pensamiento de Ernst Forsthoff que es coincidente con el aquí sostenido: “[l]a moderna doctrina del Estado no considera más al hombre sino que lo abandona al teólogo, al sociólogo, al sicólogo o al estudioso de doctrinas morales. Ella se ha tornado en una doctrina del Estado sin virtud (...). Se olvida así que ningún normativismo puede ser por sí solo decisivo en sentido positivo o negativo, y que la doctrina de derecho natural de un Tomás de Aquino no puede ser separada de su doctrina de la virtud, de la cual hoy se habla muy poco”¹¹.

Por ello, pues, el primer aspecto a tener en cuenta será la persona. La concepción que de ella se tenga demarcará los alcances de la visión del Estado y la sustancia del ordenamiento jurídico. Ese estudio de la persona parte de su dimensión individual y social, esto es, inserta en el mundo. Por tanto, no puede estudiarse el Estado ni el Derecho sin exponer qué lugar ocupa conceptualmente la persona humana¹².

- II -

1. La dignidad humana es el primer valor a tener en cuenta cuando se estudia a la persona. La palabra dignidad proviene del latín *dignitas* que significa, en una de sus acepciones, mérito o consideración, y en otra, cargo público. En el *Diccionario de la Real Academia Española* se lee que, en coincidencia con su raíz latina, ella puede mentar —en lo que aquí nos interesa— la calidad de digno (1ª acepción) y excelencia o realce (2ª acepción)¹³. La dignidad de la persona humana de

de garantías jurídicas del particular frente a la Administración que forman hoy parte entrañable de su esencia; por otra, el Derecho administrativo ha sido instrumento sutil de justificación jurídica de la prerrogativa administrativa.” Fernando GARRIDO FALLA, *La Administración y la ley*, RAP-6, pág. 138. Cassagne, de su lado, agregó: “El sistema del Derecho Administrativo debe articularse dentro de un equilibrio permanente entre prerrogativas y garantías, entre autoridad, por un lado, y libertad y propiedad por el otro.” Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, prefacio a la 2.ª ed., Buenos Aires, 1983.

¹¹ Ver también, BARRA, Rodolfo Carlos, *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1980, pág. 153 y sigs.

¹² “Lo Stato moderno e la virtù”, publicado en su obra *Stato de diritto in trasformazione*, Milán, 1973, pág. 12.

¹³ Tomados de la XXI edición, Madrid, 1992. Sobre el sentido y origen de la locución “dignidad humana”, ver D’ORS, ALVARO, “La llamada ‘dignidad humana’, LL,

riva de sus más íntimos y específicos componentes de racionalidad, libertad y apertura a su dimensión trascendente, aspecto este último del cual no es lícito prescindir o desentenderse¹⁴.

Desde el punto de vista ético, el concepto trasciende su definición semántica. En efecto, para comprenderlo en su amplitud, es preciso partir de la idea de persona. Boecio, en clásica definición, la caracterizó como un individuo de naturaleza racional (“*persona proprie dicitur nature rationalis individua substantia*”). En primer lugar, el hombre es un individuo por ser un todo físico indiviso y distinto de los demás (principio de individuación). Con su inteligencia, el individuo-hombre toma conciencia de sí y accede al conocimiento del ser del mundo circundante de las creaturas irracionales, sobre el que ejerce su dominio material. De este modo, aparece el individuo-hombre como un compuesto de materia, que lo individualiza, y de una forma sustancial, que es su alma racional y que lo especifica del resto de las cosas creadas irracionales y lo identifica con el resto de los hombres; materia y forma integran, así, un compuesto que es un todo en sí, mas no un fin en sí mismo¹⁵.

La forma sustancial otorga el carácter de persona al hombre y le da el realce entre los otros seres creados. La forma sustancial, la inteligencia, produce en el hombre su apetito hacia el Ser perfecto, aquél en el cual coinciden la Unidad, la Bondad y la Belleza, y hacia ellos se orienta su voluntad, su querer. Así, la persona, al buscar su perfec-

31/7/80. Este autor da un sentido sobrenatural a la dignidad, al considerar que ella proviene de la pertenencia del cristiano a la Iglesia por obra de la filiación divina recibida en el Bautismo; a tal dignidad opone la natural, de raíz kantiana, según la cual aquélla le corresponde al hombre por ser tal, por ser un fin en sí mismo. El autor entiende que la tradición cristiana dio a la dignidad humana el sentido sobrenatural, sentido que, a partir del Concilio Vaticano II se tornó hacia una interpretación natural, cuando, entre otros documentos, en *Gaudium et Spes* se sostiene que “la dignidad humana requiere que el hombre actúe según su conciencia y libre elección” (Nº 17), al tiempo que en el mismo documento (Nº 16) se recuerda que esa dignidad consiste en la obediencia a la ley que Dios ha escrito en el corazón humano, de modo que esa dignidad tiene a Dios como su fundamento y perfección (Nº 21).

Las afirmaciones del autor español fueron replicadas por Bidart Campos en el artículo “La dignidad del hombre (natural o sobrenatural). Comentarios a una tesis de Alvaro D’Ors”, *LL*, 17/9/80, quien respondió que siendo el hombre persona tiene una dignidad natural que es inherente a su esencia, porque “negar que ontológicamente todos los hombres tienen una común dignidad natural básica, es dejar sin quicio a los derechos de la persona”, sin que ello signifique desconocer que a esa dignidad natural se añade, por el Bautismo, la sobrenatural.

¹⁴ EZCURRA LAVIGNE, José A., S.I., *Curso de derecho natural. Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos* (parte general), Madrid, 1987, pág. 27.

¹⁵ DERISI, *ob. cit.*, pág. 221 y sigs.

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

Si, entonces, la personalización del hombre está en el obrar, sí-guese que debe gozar de una autonomía para escoger los medios que le permitan la obtención de sus fines naturales: esa autonomía es la libertad. Lógicamente, la libertad, que realiza aún más al hombre, y cuya raíz es, según Santo Tomás, la inteligencia¹⁶, no debe entenderse en forma absoluta¹⁷, sino restringida, o sea, como poder de obrar en orden a la consecución del Fin último e intermedios naturales, conforme los dictados de la naturaleza.

De este modo, la persona es lo más perfecto en toda la naturaleza, y de allí, entonces, el fundamento de su dignidad¹⁸. Aún más, la propia asunción del Verbo de la naturaleza humana para salvarnos, nos elevó a la condición de hijos adoptivos del Creador. Esto, más allá de las creencias personales, constituye una realidad que quienes descendemos de la misma raíz cristiana no podemos negar¹⁹. Por ello, por esta relación filial, la naturaleza humana acredita títulos suficientes para ser cualificada como digna²⁰.

¹⁶ *De Veritate*, q. XXIV, a.2, in c.

¹⁷ Contrariamente, la libertad absoluta conduce en definitiva a la limitación de la libertad personal y la de las otras personas.

¹⁸ SANTO TOMÁS, *Suma Teológica*, 2-2, q. 29, a. 3 y q. 32, a. 5.

¹⁹ No podemos olvidar tampoco que el cristianismo se une filialmente a una común raíz judía. Por ello, más allá de las respetables actitudes respecto a la figura de Cristo, no cabe duda que el cristianismo y el judaísmo sostienen —con sus lógicas particularidades— valores de la misma raíz ética, que son, en definitiva, de trascendencia fundamental para la visión del Derecho y del Estado. Edith Stein, Santa Teresa Benedicta de la Cruz, religiosa carmelita de origen judío, asesinada en Auschwitz el 9 de agosto de 1942, en una carta dirigida a un familiar el 17 de octubre de 1936 le agradecía fervorosamente el envío de un libro de oraciones del pueblo hebreo, que ella había utilizado luego de bautizada para rezar una oración en especial, agregando: “Le volví a abrir de nuevo por la misma oración y encontré una vez más la misma fe, que nos es tan connatural y que constituye mi apoyo. No es esta fe algo ajeno al judaísmo ...”. *Selección Epistolar de Edith Stein*, Madrid, 1976.

²⁰ “El mismo Dios ha venido al mundo y, asumiendo la naturaleza humana, ha corroborado la semejanza divina impresa en el alma humana, testimoniando con ello que el valor de la persona (‘dignidad personal’), consecuencia de su alma espiritual, es superior a cualquier valor terreno, de modo que no pueden equipararse la sociedad, el Estado, la nación, la raza y ni siquiera el mundo entero.” MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid, 1967, pág. 18.

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

El hombre como ser personal tiene un fin que cumplir. Ya se ha hecho mención a su dignidad, producto, esencialmente, de su creación divina²¹. Pero esa dignidad aun se acrecienta al ser llamado el hombre a compartir la gloria divina. De allí que este llamado puesto en el alma humana sea la causa final que produce el movimiento del ser personal del hombre hacia la búsqueda de su causa eficiente creadora, que es Dios, el Bien absoluto²².

Dios es el fin último del hombre, que se alcanza luego del paso terrenal en el cual se van llevando a cabo en la medida de lo posible aquellos fines intermedios o secundarios coadyuvantes al logro del Fin. De esta manera, los fines intermedios o secundarios cobran una importancia fundamental en el desarrollo y perfeccionamiento de la persona humana.

Los fines existenciales, denominación que engloba el Fin último o trascendente y el fin inmanente o secundario²³, son los que dan su razón a toda ciencia e institución humanas y fijan el marco de actuación de los poderes públicos, sea tanto en sentido positivo como negativo. Apartarse de ellos significaría quitar toda base ética a la ciencia y al ejercicio del poder.

3. El movimiento del ser al que se ha hecho referencia en el número anterior se interioriza o actualiza en el hombre a través de su obrar. La acción, entonces, es la manifestación de la existencia del hombre. Ella puede, a grandes rasgos, dividírsela en aquella que le es común a él y a las otras creaturas irracionales, como lo son los fenó-

²¹ "El fin último es el fin por excelencia, porque en él radica la razón suprema del movimiento de las causas eficientes y de su fuerza de atracción participan los fines intermedios y en él se aquieta toda apetencia, una vez obtenido." DERISI, *ob. cit.*, pág. 86.

²² "El Acto Puro está en el principio del orden eficiente determinando la existencia de todo ser y en el término del orden final determinando la actividad perfecta de toda creatura." DERISI, *ob. cit.*, pág. 105.

²³ Se recoge aquí la denominación que da MESSNER, *ob. cit.*, pág. 39 y sigs.

menos biológicos, esto es, aquellos actos que le son impuestos orgánicamente en forma, en general, independiente de su voluntad; son los denominados actos del hombre. A su lado se encuentran los que son propios de su esencia superior, caracterizada por su racionalidad; son los actos en los que actúa el hombre conforme su querer y se los denomina actos humanos²⁴. Los segundos son los que interesan aquí, aunque, claro está, que los primeros también pueden, en cierto modo, ser abarcados por aquéllos en cuanto ingresen en el ámbito del dominio de la voluntad.

Los actos humanos son actos necesariamente orientados por los fines existenciales; por ello no puede sostenerse que sean libres en forma absoluta, como pretende el individualismo, sino que el Fin y los fines intermedios, sujetos a aquél, encauzan al hombre en su acción²⁵. El encauzamiento referido está dado por las normas o reglas de conducta que el hombre va conociendo en su vida, originariamente familiar y luego comunitaria. En la familia, primera comunidad que conoce el ser humano, aprende que existen normas a las cuales debe sujetarse para convivir y lograr sus objetivos; más tarde, al vivir y relacionarse con las otras comunidades intermedias, conocerá otras reglas que moldearán y conformarán su personalidad y que le harán tomar conciencia de lo que debe cumplir para convivir civilizadamente y de lo que puede exigir a la comunidad y a sus integrantes.

Esto nos lleva necesariamente al tratamiento del segundo componente de la tríada que integra la noción del derecho público: el concepto de Derecho.

- III -

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

²⁴ MILLÁN PUELLES, A., *Fundamentos de filosofía*, 4ª ed., Madrid, 1966, pág. 610.

²⁵ La persona humana, "si bien lleva en su naturaleza una dirección esencial hacia su último Fin, para el cual no es libre es ella misma quien debe encauzar su vida hacia su conquista mediante el empleo ordenado de sus actos, como de otros tantos medios que a él conducen." DERISI, *ob. cit.*, pág. 225.

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

Es decir, al conformar las comunidades y establecer las reglas —o si queremos, *lato sensu*, el “derecho”— a que estarían sometidas, ellas no surgieron espontáneamente o como producto del “acuerdo” constitutivo, aunque posteriormente se pudieran instituir como consecuencia de un pacto sustentado en convicciones o valores previos. Es decir, si una comunidad política se constituyó como consecuencia de un acuerdo fundacional, la raíz de las reglas constitutivas se sustentaba en las creencias que habían conformado al grupo humano respectivo. No fueron “creadas” en ese momento fundacional. El acto normativo constituyente de la comunidad fue en todo caso el punto de partida de formación de la institución entendida como orden político y ordenamiento jurídico.

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

2. Todo conocimiento humano parte de los sentidos. A través de ellos el hombre aprehende el ser de las cosas. En esa realidad ontoló-

gica se descubren los principios primeros del orden creado, siendo el de causa final uno de ellos y básico en el orden moral. Se configura así una aptitud especial del ser humano que permite que la razón capte aquello que, estando ontológicamente en el orden creado, adquiera intelectivamente carácter de norma que por su especificación conductiva hacia el bien se denomina norma moral²⁶.

La norma moral constituye un vínculo que aparece con carácter obligatorio a la razón porque sólo a través de la sujeción a ella el hombre logra su perfeccionamiento. De tal manera, cumplimiento de la norma moral y felicidad del hombre (logro de sus fines) se relacionan con un vínculo obligatorio que se funda en la ley natural, en la que se injertarán todas las leyes morales positivas, recibiendo de aquella su carácter obligatorio²⁷.

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

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

El Derecho está ínsito en el orden moral, orden en el que se desarrollan las relaciones humanas. Si bien la moral busca la perfección individual y social del ser humano, y como hemos dicho, el Derecho

²⁶ "El concepto de 'norma' equivale a regla o medida, y norma moral será aquella por la cual discernimos la bondad o malicia de un acto humano." DERISI, *ob. cit.*, pág. 268.

²⁷ DERISI, *ob. cit.*, pág. 300. "Así, en cualquier campo de la vida personal, familiar, social y política, la moral —que se basa en la verdad y que a través de ella se abre a la auténtica libertad— ofrece un servicio original, insustituible y de enorme valor no sólo para cada persona y para su crecimiento en el bien, sino también para la sociedad y su verdadero desarrollo." JUAN PABLO II, Encíclica *Veritatis Splendor*, N° 101.

posee un fundamento moral, su esfera es la acción humana, su ámbito externo. De allí que tradicionalmente se haya señalado que una de las características de la ley *-lato sensu termino-* es la exterioridad²⁸.

En otros términos, el Derecho (*"ius"*) es "algo" que está en el mundo, algo que es externo a la persona y que denominamos la "cosa justa" (*res iusta*), que es una realidad. "Eso" que es "lo justo" es aprehendido bajo la forma de ser o ente. Tal aprehensión no es neutra, no es una simple admiración o contemplación de la "cosa justa", sino que por la *sindéresis* la conciencia "mueve" al intelecto en forma preceptiva. Y el "ser" o realidad aprehendida por la inteligencia en virtud del estímulo que lleva en sí, se torna en deber ser²⁹. Es decir, el indicativo ("lo justo" = ser) pasa al modo preceptivo o deóntico ("norma" o "ley" = deber ser)³⁰.

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

Es preciso señalar que aunque lo desarrollado hasta ahora parte de una idea de cariz aristotélico-tomista en punto a las relaciones existentes entre la moral y el Derecho, existen valiosas doctrinas iusfilosóficas que han reconocido o sostenido la vinculación entre el Derecho y la Moral³¹.

²⁸ GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, trad. esp. de Celina Ana Lértora Mendoza, Buenos Aires, 1978, pág. 40.

²⁹ Sobre la obligatoriedad de la ley natural, Javier Hervada ha dicho: "La ley natural o prescripción de la razón es la expresión racional de un deber-ser, de una exigencia ontológica, que la razón capta y, en consecuencia, prescribe como deber", *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, 1981.

³⁰ Estas consideraciones las desarrollé en la monografía "El Derecho: ¿Realidad o norma moral? A propósito de la tesis de Michel Villey", *Prudentia Iuris*, N° 29, págs. 49-67, esp. pág. 67. Los términos utilizados son propios de Villey en sus distintas obras: "Les origins de la notion de droit subjetif", en *Archives de philosophie du droit*, 1953, 1954, pág. 163 y sigs. Compendio de filosofía del Derecho, Navarra, 1979 (t. I) y 1981 (t. II). *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Buenos Aires, 1978.

³¹ "La validez del Derecho se basa en la moral, porque el fin del Derecho se endereza hacia una meta moral". RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de la ed. alemana de 1948, 1a. ed., 1a. reimpr., México, 1955, pág. 56.

Robles ha escrito al respecto: "Es preciso un retorno a la ética en serio, no a una ética meramente procedimentalista. Sin descuidar la importancia, sin duda enorme, del procedimiento para la toma de decisiones colectivas (también las de índole moral), se impone la reflexión sobre los problemas reales que hoy tenemos, tanto en el

- IV -

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

El impulso del hombre a vivir en sociedad, en la “polis” o “ciudad” griega, es algo natural y no el producto de la conveniencia, como quiso postularlo el liberalismo. Si el hombre se asocia y, a través del encadenamiento social, llega a conformar la familia, el club, el gremio, la empresa, el partido, el barrio, el municipio, la provincia, para culminar con el Estado, no es porque exista solamente un interés personal para ello, sino por el contrario, la sociabilidad nace a partir de su propia naturaleza y no del “pacto” originario. Éste, en todo caso, podrá existir para el establecimiento u organización de la comunidad (recordemos el pactismo español del medioevo o se los pactos que establecieron en nuestra Nación); pero será como consecuencia del impulso social, ínsito en la naturaleza humana, y no el pacto el determinante de la sociedad organizada. Es decir, entonces, aplicando la teoría de las causas al estudio de la realidad estatal, el impulso social constituye la causa eficiente del Estado.

ámbito de la vida personal como en el de la vida social o política. El relativismo moral que constituye hoy por hoy el rasgo predominante de nuestro actual momento cultural ... ha de ser superado. Al menos hay que lograr un consenso mínimo, esto es, un consenso sobre un núcleo de criterios morales que representen los valores básicos para una convivencia realmente humana. Hoy la ética se ha transformado en una necesidad radical, pues sin ella el género humano sucumbirá a la destrucción. Es preciso un nuevo pacto: el pacto que nos impulse a la contemplación de la humanidad como un todo y nos permita salvarnos juntos. No un pacto a favor del Estado, como los modernos, sino un pacto en favor de la humanidad.” ROBLES, Gregorio, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, 1992, págs. 184-185.

También puede consultarse la obra del destacado pensador Jaime BARYLKO, *El humanismo judío*, Buenos Aires, 1981, donde destaca la relación entre la moral y el Derecho y la ordenación a la ley de Dios.

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

La institución, como la describió su creador, el maestro de Toulouse Maurice Hauriou³², constituye una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. La idea institucional permite así superar la mera sociabilidad del hombre inspirada en fines utilitarios —típica del liberalismo— por la concurrencia hacia un fin que es común al grupo, más allá que en la institución cada miembro obtenga su bien particular. La idea institucional es la que más evoca y afirma en la persona la virtud de lealtad.

2. La aplicación de la teoría de las causas al Estado, permite distinguir las cuatro clásicas: la material, que es el territorio y la población; la formal, que es el Derecho; la eficiente, que es el impulso social del hombre; y la final, que es el bien común. Para el presente trabajo interesan la segunda, la tercera —sobre las que ya se expuso— y la última.

La causa final es la que da sentido al Estado, su razón de ser. El carácter medial del Estado respecto a la persona se perfila en la medida que se aprecie que su fin está intrínsecamente vinculado a ella. El Estado no tiene un fin para sí, sino para las personas. De esta manera la persona no aparece en esta visión como un “instrumento” al servicio del Estado, sino que éste se presenta ante la comunidad como una organización a su servicio. Tal servicialidad es la que, al mismo tiempo, determina que el Estado, como uno de los gerentes del

³² La teoría de la institución y de la fundación, trad. esp. de Arturo Enrique Sampay, Buenos Aires, 1968, pág. 41. Hay también otra traducción española de Juan Antonio Santamaría Pastor y de Santiago Muñoz Machado en la obra Maurice HAU-RIOU, *Obra escogida*, Madrid, 1976.

bien común, deba velar por su logro, dirima los conflictos que en la confrontación entre los distintos intereses comunitarios puedan existir (característica típica de la función judicial, si bien existen notas similares, aunque no sustanciales, en las actividades de los otros dos Poderes), distribuya las cargas sociales conforme principios de justicia y adopte las decisiones políticas (de índole legislativa o administrativa) ordenadas al bien común.

La idea de bien común es de raíz cristiana, toda vez que fue Santo Tomás de Aquino quien la acuñó³³. Hoy en día la locución ha tenido un efecto expansivo que permitió que aun bajo ideas ajenas al catolicismo o al cristianismo se la utilice, y ello a tal punto que términos aparentemente irreductibles por su raíz individualista como utilidad general o interés general se los ha considerado equiparables al bien común³⁴. Con ello dichos términos han tomado un giro diferente —más solidario, ético y sustancial— que permite su utilización en forma intercambiable con el de bien común.

Se definió el bien común como “aquellas condiciones externas que son necesarias al conjunto de los ciudadanos para el desarrollo de sus cualidades y de sus oficios, de su vida material, intelectual y religiosa”³⁵ o como “un conjunto de aquellas condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres sociales el desarrollo integral de su propia persona”³⁶.

El bien común no tiene un carácter cuantitativo (que lo identificaría con el interés general), sino que es netamente cualitativo, puesto que son “condiciones” que deben darse para el desarrollo individual y social de la persona, y comprende tanto bienes materiales como espirituales. A diferencia del interés general —en su concepción clásica de suma de intereses colectivos coincidentes— el valor del bien común se configura a partir de su cariz ético y no simplemente estadístico. Ello determina que se distinga el bien común del bien particular³⁷. No significa que uno se oponga a otro, puesto que por ser cualitativo,

³³ SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Los principios cristianos del orden político*, Madrid, 1962, pág. 167.

³⁴ JEAN RIVERO, quien fue uno de los grandes administrativistas franceses, e inspirado en el pensamiento católico, sostuvo que la Administración Pública es en su actuación desinteresada porque está al servicio del interés general o bien común: *Droit administratif*, 8ª ed., Paris, 1977, pág. 10. Ver también la 18ª ed. escrita con la colaboración de Jean Waline, pág. 10.

³⁵ Pío XII, *Alocución Con sempre*, nº 13.

³⁶ JUAN XXIII, Encíclicas *Mater et Magistra*, nº 58 y *Pacem in Terris*, nºs 55-57.

³⁷ WELTY, Eberhard, *Catecismo Social*, t. I, Barcelona, 1962, pág. 29 y sigs.

el bien común incluye el bien particular. Maritain escribió que el bien común está al servicio de la persona humana y que el adagio de la superioridad del bien común no es comprendido adecuadamente sino cuando se hecha de ver que ese bien común implica referencia a la persona humana³⁸; mas como entre uno y otro existe una relación de prevalencia, en caso de oposición, el bien común o bien del todo será siempre mayor al bien de la parte.

Para disipar toda duda que pudiera categorizar equivocadamente la doctrina del bien común, es preciso acentuar la dimensión estrictamente personal que ella tiene, pero a través de una visión situada de la persona; es decir, fuera de la cosmovisión individualista, sino moralmente comprometida con la realidad social. Y si se habla de la persona, se hace referencia de su vida, su dignidad y su libertad. Como lo describió Messner: "el orden del bien común es, ante todo y fundamentalmente, un orden de libertad, según el criterio de las esferas de responsabilidad del hombre individual y de las sociedades miembros, que se funda en los fines existenciales y en el orden de estos fines"³⁹.

El bien común no constituye un fin en sí mismo. Es un concepto instrumental orientado al logro de los fines existenciales del hombre. Conforman un orden para que la persona logre esos fines. Como se aprecia, el bien común afirma y favorece la libertad auténtica de la persona, por lo que se encuentra bien distante de las concepciones que subordinaron la persona al Estado o sólo la vieron como instrumento de él (propia, entre otros, de los colectivismos) y de las que negaron la raíz social de la persona, acentuando, en algunos casos, la libertad a extremos radicales. Esto se desarrollará más adelante cuando se exponga el principio de subsidiaridad.

3. La vinculación y fuerza creadora del Estado respecto al Derecho es una cuestión de antigua data que en los últimos siglos cobró particular vigencia. Si el Derecho es obra del Estado, sea como voluntad del príncipe o de la decisión soberana del pueblo expresada en el cuerpo legislativo, resultará que éste no encuentra otro límite que no sea su voluntad, monárquica o democrática. En cambio, la postura inversa que confiere preeminencia al Derecho confirmará la limitación del poder del Estado, en la medida que aquél es anterior a la constitución de la comunidad política. De tal forma, al reconocerse que la limitación de la potestad estatal ya existe al momento de su

³⁸ *La persona y bien común*, trad. esp., Buenos Aires, 1981, págs. 30-31.

³⁹ MESSNER, *ob. cit.*, pág. 208.

constitución, perderá vigor la tesis de la “autolimitación” invocada como único sustento de dichas restricciones, sin perjuicio que la autolimitación sea una de las fuentes de sujeción estatal a la norma⁴⁰, en el entendimiento que existe un orden normativo superior al Estado.

Por otro lado es necesario tener presente que, como se ha destacado, la potestad tiene un carácter funcional o servicial: está dada en beneficio o servicio de terceros y no del propio detentador⁴¹. Por ello se ha sostenido que el poder es “benefactor” en la medida que representa a un árbitro de las disputas posibles, una garantía de paz, un gestor de bienes que han de beneficiar a todos⁴².

4. El Estado de Derecho constituye la institución típica del derecho público continental europeo, obra de los juristas alemanes del siglo pasado⁴³, aparece como una de las construcciones más acabadas jurídicamente para restringir el poder del Ejecutivo, al mismo tiempo que, en otra variante tomada de la misma construcción, los juristas franceses tomaron otro camino: incluyeron en la restricción al propio Legislativo⁴⁴. La diferencia entre los juristas alemanes y franceses estaba dada en que mientras aquéllos sostenían la autolimitación estatal, éstos afirmaban la heteronomía del Derecho, puesto que la ley estaba configurada para la defensa de los derechos del hombre, conceptuados anteriores al Estado.

Vale destacar que para el iusnaturalismo no constituyó una materia novedosa, puesto que desde la Biblia se reconoció dicha limitación, y no sólo los pensadores medievales lo afirmaron, sino que también encontramos el mismo pensamiento en la escolástica española⁴⁵.

⁴⁰ “Quien enuncia el derecho se obliga a respetar la norma que él establece.” STEIN, EDITH, *De l'État*, trad. fr., Friburgo, 1989, pág. 97

⁴¹ DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, *Las potestades administrativas*, Madrid, Tecnos, 1986, *passim*.

⁴² SANCHEZ AGESTA, LUIS, *Principios de teoría política*, reimpr. de la 6ª ed., Madrid, 1979, pág. 86.

⁴³ Se atribuye la formulación y desarrollo de la doctrina a Robert von Mohl –en los años 1842/43– y a su contemporáneo Julius von Stahl. Estos autores buscaban limitar la autoridad del Ejecutivo por medio de la ley, emanada del Parlamento. No obstante, la doctrina vigente era la de la autolimitación, obra de los grandes juristas Ihering, Laband, Mayer y Jellinek. Ver al respecto, LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *El Estado de Derecho*, *Revista de Administración Pública* (RAP) N° 6-6; CHEVALLIER, JACQUES, *L'État de Droit*, París, Montchrestien, 1993, págs. 11 y 15.

⁴⁴ CHEVALLIER, *ob. cit.* pág. 18 y sigs.

⁴⁵ LEGAZ, art. cit. COVIELLO, “Concepción cristiana del Estado de Derecho”, *ED*, 129-923. Id. “La denominada ‘zona de reserva de la Administración’ y el principio de la legalidad administrativa”, en AAVV: *Derecho Administrativo. Homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, 1998, págs. 193-222.

No obstante, el mérito de la formulación del Estado de Derecho está dado porque a partir de ella se estructura toda una dogmática occidental acerca de los alcances y límites del poder estatal.

Puede sostenerse que hay coincidencia en cuanto al contenido de la institución: primacía de la ley —uno de cuyos derivados es el principio de la legalidad administrativa—, la división de poderes, la afirmación y defensa de los derechos humanos, el control judicial y la existencia de un sistema de responsabilidad del Estado⁴⁶.

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

5. Al ser el Derecho anterior al Estado, cabe determinar su grado de incidencia en la actividad estatal. En este sentido, el Derecho u ordenamiento jurídico postula un orden o marco de desenvolvimiento del Estado y los particulares. Ese orden estatuido se incardina hacia el bien común. Orden, tranquilidad, paz, son objetivos del Derecho, fines, en definitiva, ínsitos en la consecución del bien común⁴⁷. De ello se desprende que ese orden conformado crea un ámbito para el desenvolvimiento de la propia personalidad de los componentes del grupo social para el logro de sus fines existenciales. En definitiva, es un orden de libertad. De allí se sigue la íntima vinculación entre el Derecho y el principio de subsidiariedad, del cual no puede estar en modo alguno alejado el Estado⁴⁸.

Y aquí vemos cómo aparece nuevamente la libertad como un componente fundamental en la relación Estado-persona que entre ambos se establece a través del Derecho. Claro está que la relación con el

⁴⁶ LEGAZ, art. cit. Entrena CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1973, pág. 33 y sigs.

⁴⁷ GRANERIS, *ob. cit.*, pág. 56.

⁴⁸ Ver MESSNER, *ob. cit.*, pág. 331 y sigs.

Estado no es sólo con las personas, como se pretendió en el siglo pasado, sino también entre él y los componentes intermedios del grupo social. Al llegar a este punto se constituye en tema insoslayable el tratamiento del alcance y límites de la actuación estatal porque ellos están dados, precisamente, por la importancia que se asigne a la actuación de la persona y los grupos intermedios, situación en la que cobra singular relevancia el principio de subsidiaridad.

Surgido de la doctrina social de la Iglesia a partir de su utilización por el Papa Pío XI en su encíclica *Quadragesimo Anno*, del año 1931, dicho principio comporta el reconocimiento de los distintos roles que corresponden a la comunidad política, los cuerpos o grupos intermedios y las personas. Significa admitir que existen actividades que deben ser llevadas a cabo libremente o bajo regulación por las personas o grupos intermedios y con el adecuado marco de autonomía, y por otro lado, la comunidad política, al lado del cumplimiento de sus fines específicos, debe intervenir en el medio social —a través de las distintas técnicas de intervención— para favorecer su desarrollo⁴⁹.

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

No existen fórmulas determinadas para establecer cuándo debe intervenir el Estado. Sin embargo, aunque es una cuestión de hecho, puede decirse, con fundamento en dicha doctrina, que en la medida que los individuos y el grupo social puedan cumplir eficazmente sus fines y actividades, la intervención estatal en estos campos constituirá un hecho grave e ilegítimo. Sería prácticamente un despojo hacia la sociedad.⁵⁰

⁴⁹ En la versión española se tradujo la expresión *subsidiarii officii principio* por “principio de función subsidiaria”. El origen de la palabra subsidiario es militar, *subsidiarii cohortes*, cuya traducción es “cohortes de reserva”, que intervenían cuando las formaciones principales no podían cumplir acabadamente su misión. Con ello se señala que subsidiario no significa “ayuda”, sino servir como reserva cuando no se pueda cumplir con el cometido principal. MESSNER, *ob. cit.*, pág. 336.

⁵⁰ Sobre el rol del Estado en la realidad de los siglos XIX y XX, ver: PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado Social y Administración Pública*, Madrid, 1983, págs. 25, 28 y 29. DEBBASCH, Charles, *Science administrative*, 3ª ed., París, 1976, págs. 415 y sigs. CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2ª ed., 1994. ARINO ORTIZ, *Economía y Estado*, Madrid, 1993. MARTÍN MATEO, Ramón: *Liberalización de la*

Subsidiaridad y solidaridad son hoy en día bases del actual rol del Estado, puesto que entre todos los componentes sociales hay una interrelación que no admite un desentendimiento ni de los componentes de la comunidad ni del aparato estatal. Ambas, subsidiaridad y solidaridad son pautas claves del actual rol del Estado en el medio social, del que no están excluidos los individuos⁵¹. No existe ni puede existir un modelo fijo y definido que nos señale el grado de intervención del Estado en dicho medio. Sólo pueden darse pautas a partir de los principios señalados. La vuelta a supuestos abstencionismos propugnados por el liberalismo en su sentido más recalcitrante no es tal. No se vive la realidad del siglo XIX, con las nefastas consecuencias a que dicha ideología llevó. La cuestión social no surgió por obra y gra-

economía, Madrid, 1988. RODRÍGUEZ ARANA, Jaime: *La privatización de la empresa pública*, Madrid, 1991. RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo J., *Privatización de la empresa pública y post privatización*, Buenos Aires, 1995.

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

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

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

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

⁵¹ "Es preciso decir que siendo el bien común temporal un bien común de personas humanas, por ello mismo, cada una, subordinándose a la obra común, se subordina la realización de la vida personal de las otras, de las otras personas." MARITAIN, Jacques, *Humanismo integral*, trad. esp., Santiago de Chile, 1955, págs. 200–201.

cia de la espontaneidad. Por ello, como bien lo dijo Comadira, "el Estado no puede abandonar el papel de gestor del bien común, y volver al interesado postulado del indiferentismo global"⁵².

De ahí que si bien la solidaridad es propia de los componentes de la comunidad, es propio del Estado configurar las condiciones para que ella se de y fructifique⁵³. Hoy en día, sin duda, el mercado es el que marca el natural desenvolvimiento de la sociedad y favorece el desarrollo personal y social. Sin embargo, las meras fuerza naturales no son suficientes para impedir que los fuertes puedan predominar sobre los más débiles o indefensos. El Estado, entonces, con sustento en el principio de subsidiariedad, debe necesariamente intervenir a través de su rol regulador para que no ocurran dichas situaciones u otras de injusticia social que el propio medio natural de las relaciones interindividuales pueda resolver.

- V -

Llegados a este punto corresponde determinar cómo se refleja lo dicho en el Derecho Administrativo. Ciertamente en mucho. Algunas veces se han escuchado voces fatídicas sobre aquél, en las que aparecía como la destrucción del Derecho. Por vía de principio, cabe puntualizar que entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo existe un vínculo sustancial (en realidad es de todo el Derecho), toda vez que el primero nutre a éste. Pero mientras el Derecho Constitucional fija los principios, las bases jurídicas fundamentales, su puesta en práctica en relación al Estado es a través del Derecho Administrativo, quien a través de sus instituciones permite que la actuación estatal encuentre su quicio jurídico. Por ello se ha dicho que el Derecho Administrativo es el momento dinámico de la Constitución, o también, el procedimiento o Derecho Procesal de la Constitución⁵⁴.

En los puntos siguientes se describirá la forma en que se enraizan los principios desarrollados en las instituciones del Derecho Administrativo.

⁵² COMADIRA, Julio Rodolfo, *Los sujetos reguladores en la posprivatización, Régimen de la Administración Pública*, 183-26.

⁵³ Ver al respecto ARIÑO ORTIZ, *ob. cit.*, págs. 91-93.

⁵⁴ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., Buenos Aires, 1966, t. I, pág. 144.

1º El principio de legalidad administrativa. Es la emanación de los valores ínsitos en el Estado de Derecho. Es bueno recordar que Jacques Leclerq escribió –con la claridad y profundidad que trascienden sus obras– lo siguiente: “El papel del derecho del hombre en la civilización occidental se manifiesta y refleja como en su punto central en la noción del Estado de Derecho, porque el sentido del Derecho está estrechamente ligado al de la dignidad del hombre, del hombre en cuanto hombre y, por consiguiente, de todo ser humano”⁵⁵. De donde se extraen dos cuestiones básicas: primero, que el Derecho se sustenta en la dignidad del hombre y, en último término en el Derecho Natural, como derivado de la Ley Eterna; en segundo lugar, el Derecho “marca” los caminos por donde debe desenvolverse la acción estatal.

Este último aspecto es trascendental. Frente a peligrosas y desmedidas ideas que con asombro he escuchado de ciertos politólogos que pretenden que la actividad estatal está guiada por la política y que el Derecho toma un lugar secundario, sometido a la política (no sé si con “p” mayúscula, que la eleva a un nivel virtuoso y al servicio del bien común, o con la minúscula de prostituida por la coyuntura y el interés del dirigente de turno), el Derecho Administrativo, como Derecho Público, opone la sujeción al ordenamiento jurídico como forma de afirmar los valores democráticos y los derechos del hombre⁵⁶. Así, frente un decisionismo oportunista se oponen los valores jurídicos y su lugar preeminente⁵⁷.

2º Los derechos de los particulares. El Derecho Administrativo busca organizar jurídicamente la actividad estatal en punto a permi-

⁵⁵ *Filosofía e historia de la civilización*, Madrid, 1965, pág. 246. Sobre el principio de legalidad y su desarrollo me remito a mi monografía sobre la zona de reserva de la Administración.

⁵⁶ Valga como triste ejemplo la cantidad de decretos de “necesidad y urgencia” (art. 99, inc. 3º de la Constitución Nacional) que se han dictado hasta el presente, que estuvieron más guiados por conveniencias políticas que por necesidades reales y conducentes al bien común. Y es triste también ver que juristas olvidados de su responsabilidad profesional y académica prefieren seguir los dictados de la política o del partido antes que obedecer a su conciencia de hombres de Derecho.

⁵⁷ “En el ámbito político se debe constatar que la veracidad en las relaciones entre gobernantes y gobernados; la transparencia en la administración pública; la imparcialidad en el servicio de la cosa pública; el respeto de los derechos de los adversarios políticos; la tutela de los derechos de los acusados contra procesos y condenas sumarias; el uso justo y honesto del dinero público; el rechazo de medios equívocos o ilícitos para conquistar, mantener o aumentar a cualquier costo el poder, son principios que tienen su base fundamental –así como su urgencia singular– en el valor trascendente de la persona y en las exigencias morales objetivas de funcionamiento de los Estados.” JUAN PABLO II, Encíclica *Veritatis Splendor*, N° 101.

tir el mejor servicio a su destinatario final y a quien sirve el Estado, dado su raíz vicarial: la persona, en su faz individual y social. No es una herramienta para favorecer la arbitrariedad, sino para impedir-la. De allí que el régimen jurídico exorbitante es el paradigma que en nuestro derecho argentino se ha utilizado para describir la relación iusadministrativa: prerrogativas, para que el Estado pueda cumplir sus fines, y garantías, para que los particulares puedan ejercer sus derechos frente al Estado por los daños que les ocasione o para que su acción se encauce por las vías jurídicas.

El particular, también denominado –aunque el término ha merecido críticas– “administrado”, cuenta al efecto de una serie de garantías de distinto tipo, que algunas son propias del Derecho Administrativo y otras no: el derecho al debido proceso (también denominado, por la influencia española de su autor, el profesor Eduardo García de Enterría, el “derecho a la tutela judicial efectiva”), que es una derivación del derecho de defensa del art. 18 de la Constitución Nacional; principio *in dubio pro actione*, que permite que en caso de duda se permita el acceso a la jurisdicción en el proceso contencioso administrativo; la acción de amparo; el amparo por mora de la Administración; las medidas cautelares contra la Administración Pública; la seguridad jurídica y el principio de protección de la confianza legítima; los principios de claridad y transparencia; también, en los últimos años, el derecho de participación en la toma de decisiones públicas⁵⁸, por ejemplo en la regulación de los servicios públicos (art. 42 de la Constitución Nacional), etcétera.

3º La responsabilidad estatal. Una de las instituciones claves para asegurar un Estado de Derecho es permitir que los particulares puedan ser indemnizados por las actuaciones estatales que provocan daño en las personas o en su patrimonio. El Derecho Administrativo concibió como institución propia y específica la responsabilidad del Estado, que se ha desligado de los principios del Derecho Civil, tomando así una conformación propia. Los principios de este último derecho

⁵⁸ Con lo que se demuestra que la democracia de partidos, fórmula clásica de la democracia, precisa en los últimos decenios –y como “signo de los tiempos”– el encauzamiento de la participación ciudadana a través de otras formas no menos democráticas que no son exclusivamente las resultantes de la representación a través de los partidos políticos, sino que, incluyéndose a ellos que son la faz ideológica de la democracia, es necesaria la intervención de otros cuerpos intermedios, como las asociaciones de consumidores y usuarios, de los gremios, de las asociaciones empresarias o del mismo habitante como modo de integrar las representaciones sectoriales para enriquecer la república.

ciertamente son los que en un primer momento se aplicaron cuando se trataba de una actividad antijurídica y dañosa, como igualmente cuando se trataba de una responsabilidad contractual.

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

Pero más decisivo fue el reconocimiento de la responsabilidad por la actividad lícita, entre la que se destaca la actividad normativa (legal o administrativa). Aquí ya no corre el Derecho Civil, que sustenta la responsabilidad en la idea de culpa en sentido subjetivo (el riesgo creado es una forma de culpa). Evidentemente, el principio que anima tal responsabilidad es que el administrado no puede ser obligado a soportar el daño antijurídico que sufre en su persona o patrimonio por la acción estatal, cuando de su parte no hubo negligencia o imprevisión. Por cierto, es este tramo de la responsabilidad estatal el que más obstáculos encuentra hasta el presente.

4º El control jurisdiccional de la actividad administrativa. Es una de las consecuencias del principio de división de poderes. Si no hay control judicial del Estado, todo lo dicho cae en el vacío y es mero formulismo. Admitido el control (que puede ser a través de un tribunal administrativo o judicial), el punto crucial es el alcance del control. Mientras que no caben dudas que cuando la actividad estatal es reglada el control es pleno, porque se trata de comparar la actuación administrativa y su reflejo en la norma. Pero si la actividad es discrecional, ello es, aquella que en un marco de opciones axiológicas en la toma de decisión donde cualquiera de ellas es correcta, el control aparece menos perfilado. Ello es lógico, porque el juez no puede ocupar el lugar que le corresponde a otro poder del Estado.

De allí que se haya tratado de vedar el control del ejercicio de las potestades discrecionales a los jueces invocándose entre otras razones que si ello hicieran estarían violando el principio de división de poderes. La división de poderes no impide el control judicial del ejer-

cicio de la discrecionalidad, siempre que ella se desenvuelva dentro de los cánones del ordenamiento. Quienes sostienen la posición negativa del control judicial coadyuvan en definitiva al ejercicio de la arbitrariedad. De allí que algunos autores sostuvieron que el control del ejercicio de la discrecionalidad constituye la historia del Derecho Administrativo. En tal sentido, el profesor García de Enterría en una clásica monografía señaló que la reducción de las inmunidades del poder “podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo”⁵⁹. Y, por último, la palabra del eminente iuspublicista norteamericano Bernard Schwartz, quien dijo: “Ciertamente, ¿qué es el derecho administrativo si no el control de la discrecionalidad?”⁶⁰.

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

Y la idea que aquí campea es que la actuación estatal no puede fincar en la mera voluntad o capricho de la autoridad⁶¹, sino que debe tener sustento fáctico y jurídico, motivación suficiente, entendida como la explicitación de los antecedentes (que en realidad es una consecuencia de la forma republicana de gobierno), puesto que el servicio al bien común exige legalidad, claridad y transparencia de las decisiones estatales. El control judicial constituye de tal forma el último remedio para asegurar la corrección de la actuación del Estado.

⁵⁹ *La lucha contra las inmunidades del poder*, 2ª ed., Madrid, 1979, pág. 22. Del mismo autor, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 1.ª ed., Madrid, 1995, pág. 23.

⁶⁰ *Administrative Law*, 3ª ed., Boston, 1991, pág. 652, § 10.14.

⁶¹ “Una resolución absolutamente ‘arbitraria’, sin ningún fundamento es impensable.” E. STEIN, *De l'État*, cit., pág. 66.

- VI -

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

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

No significa esto que por sí sola no pueda nuestra ciencia servir a los fines a que está destinada. Pero, ciertamente, con la visión iusnaturalista mejor se logran. Tampoco se pretende que quienes no son católicos no puedan compartir el mismo criterio profundo de las instituciones del Derecho Administrativo. Si esas personas buscan los mismos ideales y valores, no habrá dificultad en la coincidencia sustancial. Valga lo dicho, aunque en otro contexto, por Edith Stein: "He estado siempre muy lejos de pensar que la misericordia de Dios se ciñese a las fronteras de la Iglesia visible. Dios es la verdad. Quien busca la verdad, busca a Dios, séale o no manifiesto"⁶². Y es el encuentro en esa verdad superior compartida lo que permite la búsqueda de valores y principios que dan sustrato ético al Derecho Administrativo.

⁶² *Selección epistolar*, carta del 23 de marzo de 1938, págs. 120-121.