

REFLEXIONES ACERCA DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA BUENA FE

por Dra. Mirian Mabel Ivanega

Este trabajo forma parte de la obra colectiva “Derecho Constitucional para el Siglo XXI”, un aporte de la maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, puesta generosamente a disposición de los lectores, por el profesor Dr. Miguel Hernández Terán, Director de la Maestría en Derecho Constitucional.

Producción editorial: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Año 2020

Diseño y revisión de texto: Departamento editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Director: Dr. Miguel Hernández Terán



Acceder a obra colectiva completa

SUMARIO

Resumen	01
Palabras claves	02
I. La confianza en las instituciones	02
II. La confianza legítima	06
II.I. Una noción con efectos expansivos. Los derechos adquiridos	06
II.II. Seguridad jurídica	08
II.III. Seguridad jurídica y la emergencia pública	11
III. El Principio de Buena Fe como presupuesto de la Confianza Legítima	12
III.I. Confianza y actos propios	14
II.II. Buena fe y confianza legítima	17
IV. La confianza legítima en el marco de la “buena administración”	18
V. Reflexiones finales. Corrupción y confianza institucional	

Resumen Este estudio trata sobre la estabilidad de las situaciones de los administrados; de la confianza en las instituciones como pilar de la democracia, y de la necesaria certeza que debe brindar el Estado a sus ciudadanos a través de la clásica figura denominada *seguridad jurídica*; la cual, claro está, no implica

rigidez absoluta o inamovilidad del sistema jurídico, pues semejante situación es incompatible con la noción misma de Estado de Derecho, como se destaca oportunamente en este trabajo.

Palabras claves Confianza legítima, seguridad jurídica, sistema jurídico, derechos adquiridos, Estado de Derecho, democracia.

I. LA CONFIANZA EN LAS INSTITUCIONES.¹

Confiar es, según la Real Academia Española (23 edición) en su primera acepción, “1. f. Esperanza firme que se tiene de alguien o algo”.

Justamente esa esperanza conlleva expectativas y certidumbres que permiten a una persona prever la estabilidad de situaciones o comportamientos.

En el debate acerca de su naturaleza, encontramos quienes postulan que se trata de una actitud, un comportamiento, una idea, una noción o un concepto, o los que defiende su noción como sentimiento, emoción, recurso, estrategia, hasta asignarle el rol de un comportamiento, una reacción o una función facilitadora de las relaciones.²

Sin entrar a analizar las múltiples definiciones que, particularmente desde la sociología, se elaboraron entorno al concepto de confianza, es factible considerar que en el plano social referirse a esa noción presupone una situación de estabilidad democrática.

Sin embargo, también se ha sostenido que no necesariamente la confianza tiene que ser un rasgo estable e inmutable, dado que puede ser “una respuesta a una interacción entre individuos e instituciones que se fortalece o se debilita según sus condiciones políticas y sus resultados socioeconómicos”³

1. Basado en el trabajo presentado en el Seminario Taller Internacional acerca de Dimensiones de la confianza institucional, en Nueva York, setiembre de 2018.

2. López Noreña, G.: “La confianza, elemento dinamizador del éxito organizacional y empresarial: una lectura desde el paradigma ecológico” en Contribuciones a la Economía, marzo 2010, en <http://www.eumed.net/ce/2010a/>

3. Moreno Alejandro Introducción en Moreno Alejandro (Coordinador), *La confianza en las instituciones-*

La realidad muestra que, desde la inestabilidad económica hasta los altos niveles de corrupción, pasando por la inseguridad física, afectan en forma directa a la confianza del ciudadano en las instituciones y en las personas.

El factor económico es consustancial a la confianza en las instituciones. En las economías donde la confianza es alta, los individuos suelen afrontar menores gastos para protegerse cada vez que realizan una transacción; por ello hay menos litigios y los contratos no necesitan contemplar cada contingencia, como tampoco generan gastos especiales para cubrirse de actos ilegales que violen sus derechos.

La baja confianza desincentiva la innovación, ya que se requiere tiempo y esfuerzo para vigilar a los socios, el personal o los proveedores. A su vez, en un entorno de confianza los mercados informales de crédito, suelen facilitar la inversión cuando los individuos carecen de activos de garantía o no existe un sistema financiero desarrollado.⁴

Por eso, es necesario que los ciudadanos consideren que el Estado mismo es “confiable”.

Desde una óptica latinoamericana, se sostiene que la gente confía en el gobierno si simpatiza con el partido en el poder y desconfía, en caso contrario. Por ello, es improbable que esto se traduzca en confianza en “la mayoría de las personas”.⁵

Además de la incidencia económica, coincidimos en que una administración pública, una justicia y una policía, honestas, eficaces e imparciales, ofrecen un contexto en el que las personas pueden conducirse de un modo confiable en sus relaciones mutuas y con las instituciones. Por el contrario, una policía deshonesto, una justicia ineficiente y una administración corrupta, generan incentivos para

México en perspectiva comparada; Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, México, Cámara de Diputados/ LXI Legislatura, diciembre de 2010, p. 14

4. Jorge Eduardo José, Cultura Política y Democracia en Argentina, EDULP, La Plata, 2010, p. 273/281.

5. Fuentes Panamá García, Confianza en el Ejecutivo a los ojos del conflicto electoral 2006 y sus diferencias con la aprobación presidencial en Confianza Institucional, en Moreno Alejandro (Coordinador), La confianza en las instituciones- México en perspectiva comparada; Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, México, Cámara de Diputados / LXI Legislatura, diciembre de 2010, p. 175/199.

que la sociedad actúe en forma oportunista, y engañosa respecto del sistema.⁶

A su vez, en la búsqueda de los vínculos entre la confianza interpersonal y la confianza en el gobierno, a partir de algunos indicadores de estudios comparativos internacionales, se consideró que si bien la primera no es inmutable, pues exhibe una gran estabilidad, la confianza en el gobierno se modifica con nuestra percepción del desempeño de las autoridades de turno, o las expectativas creadas por una elección.

Sin embargo, en toda la región latinoamericana la confianza en las instituciones ha sido tan baja como la depositada en los demás. Existe, por ende, una influencia recíproca: la confianza interpersonal facilitaría el desarrollo de buenas instituciones y éstas, a su vez, contribuirían a fortalecer y expandir la confianza. “Si un individuo cree –y supone que los demás creen lo mismo– que el Estado es capaz, de manera justa e imparcial, de garantizar la vigencia de los derechos y de hacer cumplir la ley y los contratos, entonces confiará en ‘la mayoría de las personas’”⁷

En la República Argentina, un relevante trabajo de investigación⁸ acerca de la evolución de la confianza en las instituciones de gobierno (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) durante el período abarcado entre los años 2010 y 2017, tuvo por objeto determinar la confianza del ciudadano en relación con el buen desempeño que se percibe de dichas instituciones, en la medida en que sean capaces de satisfacer las demandas de la población.

Los datos obtenidos reflejan un nivel muy bajo de confianza en los tres poderes a lo largo de ese período, lo que evidencia una brecha entre el ejercicio del gobierno y la confianza de la ciudadanía en ese ejercicio,

6. Jorge José Eduardo, *Cultura Política y Democracia en Argentina*, EDULP, La Plata, p.273/281.

7. Jorge José Eduardo, *Cultura Política y Democracia en Argentina*, EDULP, La Plata, p.281/287.

8. Gutiérrez Guerra Bautista, Padín Marchioli Mora, Zamprile Antonini Agustina y Salvia Agustín (Coordinador), *Confianza Institucional y Vida Ciudadana: Representaciones de la Opinión Pública en la Argentina Urbana*, Observatorio de la Deuda Social Argentina, UCA, 2018, p. 4/18 e Informe sobre Valoraciones de la Democracia y apatía ciudadana (2010-2018).

con prescindencia de sus simpatías partidarias. De esta forma, el funcionamiento de las instituciones de gobierno no parece satisfacer las demandas y expectativas sociales, dando lugar a un amplio contexto de desconfianza ciudadana.

Por ejemplo, se produjeron hallazgos respecto al consenso generalizado de los beneficios de la democracia,⁹ como forma de gobierno, instancia de participación cívica e inclusión de minorías, aprobación que, sin embargo, no se ve reflejada en una relación de confianza hacia los actores e instituciones que le dan forma. De esto dan cuenta, por ejemplo, la baja reputación de los empleados públicos y de los jueces entre la opinión pública.¹⁰

Otra dicotomía entre expectativas y realidad está presente en la calidad de la representación política: menos de 2 de cada 10 personas, creen que los diputados y senadores representan los intereses de sus votantes (16,0%). En cuanto a si es prioritario dar empleo y bienestar, aunque ello afecte al medioambiente, sólo un 35,9% respondió afirmativamente, aunque al igual que con otros parámetros, son los indigentes, con un 52,5%, quienes creen que es más importante dar empleo y bienestar y son los no pobres, con un 32,9%, quienes priorizan el efecto negativo en el medioambiente.

Respecto a uno de los temas relevantes de la agenda pública, como es la desigual posición de la mujer respecto del hombre, un 63,9% está de acuerdo con esta afirmación, existiendo una diferencia del 10% entre los individuos de 18 a 34 años (68,7%) y los de 60 y más (57,9%).

Sin embargo, recientemente otra investigación vuelve a valorar la relación entre la sociedad argentina respecto a la democracia durante el 2018, arrojando resultados preocupantes.¹¹

9. Aproximadamente 9 de cada 10 personas (91,5%) consideran a la democracia como la mejor forma de gobierno.

10. "Sólo un 34,6% opina que los empleados públicos son honestos y hacen bien su trabajo, y sólo un 20,8% cree que los jueces son imparciales".

11. Informe aún no publicado sobre Valoraciones de la Democracia y apatía ciudadana (2010-2018) elaborado a partir del grupo de investigadores del Observatorio de la Deuda Social Argentina de la UCA (www.infobae.com/politica, del 23/12/18).

Los porcentajes son poco alentadores: el **65,6% de los encuestados está disconforme con el funcionamiento de la democracia**, el **60,2% descreo de las instituciones de la República**, el **74% considera que existe un déficit de participación ciudadana** y el **34,6% muestra apatía respecto de la democracia**.

El principal crecimiento del malestar sobre el funcionamiento de la democracia, motivada en **la situación socio económica, está presente en los sectores medios y bajos**. Por lo tanto, a peor situación socioeconómica mayor es la percepción negativa del funcionamiento de la democracia y sus resultados.

Es decir que, si bien existe disconformidad con el funcionamiento de la democracia, no se cuestiona la legitimidad de esta forma de gobierno, sino que evidencia la evaluación de la sociedad sobre el cumplimiento de objetivos fundamentales que se relacionan con alcanzar niveles aceptables de bienestar.¹²

Es así como entre el 2017 y el 2018, se produjo un aumento de 11 puntos en la desconfianza en las instituciones argentinas, alcanzando en la actualidad **al 60,2% -6 de cada 10 personas**.

II. LA CONFIANZA LEGÍTIMA

II.I. Una noción con efectos expansivos. Los derechos adquiridos.

Uno de los elementos que componen la confianza institucional es la denominada “confianza legítima”.

Estamos frente a un principio que, más allá de las diferencias conceptuales, se encuentra en el centro de otras figuras, cuyo vínculo suele generar el análisis y tratamiento conjunto.

Una fugaz recorrida por las instituciones típicas del derecho público, muestran la expansión de su contenido, abarcando diversas manifestaciones.

12. *ibidem*.

en los principios de buena fe y seguridad jurídica, la teoría de los actos propios, la revocación de los actos y contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la presunción de legitimidad de los actos administrativos, los límites de la discrecionalidad administrativa, los efectos del precedente administrativo, los derechos adquiridos, los límites de la responsabilidad del Estado, la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad y la denominada “cosa juzgada írrita”.

En consecuencia, esta confianza termina por constituir un eje interpretativo del que irradian principios y reglas de interpretaciones.

A partir de ese marco, uno de los efectos que produce la alteración de tal confianza es la afectación de derechos adquiridos, entendidos como los válidamente constituidos y consolidados al amparo de una determinada legislación.

La teoría de los derechos adquiridos suele invocarse como un ejemplo de tensión entre justicia y seguridad jurídica. Con el reconocimiento de aquellos, se tiende a no cuestionar las situaciones jurídicas establecidas en el pasado, garantizándose así la confianza de los ciudadanos y la propia estabilidad del derecho. Sin embargo, la intangibilidad de los derechos adquiridos puede ser incompatible con imperativos de justicia y de bien común, por ello el Estado de Derecho generó el replanteo de sus efectos, justificando que el reconocimiento no se detiene en las condiciones formales de validez de la legislación a cuyo amparo surgieron, sino que se extiende a las condiciones de justicia (buena fe, ausencia de dolo) que determinaron su génesis y su mantenimiento.¹³

En la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha interpretado que las meras expectativas no son derechos, pues “nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos o a su simple inalterabilidad”.¹⁴ En forma consecuente, cuando bajo la vigencia de

13. Perez Luño Antonio Enrique, *La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia*, en Boletín de la Facultad de Derecho N° 15, Sevilla, 2000, p. 25/38.

14. CSJN “A, F.J. y otro c/ Estado Nacional s/amparo ley 16.986”. Fallos: 339:24 (2016); Galindo de Spota Norma

una norma el particular cumplió todos los actos, condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en aquella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido: la situación jurídica general creada por esa normativa se transforma en una situación concreta e individual, en cabeza del sujeto y como tal, se hace inalterable, no pudiendo ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad.¹⁵

II.II. Seguridad jurídica

Seguridad y orden constituyen términos afines, aunque no son sinónimos: la primera se refiere a la protección contra los riesgos y a la identificación de éstos, el segundo a la colocación de las cosas en el lugar que les corresponde. reflejada respecto de la seguridad jurídica (especie dentro de la expresión general “seguridad”), pues ambas nociones parten de un común denominador: la certidumbre; por ello cuando una persona está en lo cierto, cuando sabe lo que debe hacer, experimenta cierto grado de seguridad, puede anticipar los riesgos que amenazan su existencia o sus bienes.¹⁶

Existe entre ellas una relación de valores, en la cual el orden es un valor más fuerte que la seguridad jurídica, pues es más fácil ordenar la vida social que obtener tal seguridad. Sin embargo, si bien sin orden no puede existir seguridad jurídica, esta última es un valor de mayor jerarquía axiológica, aunque sea más débil, ello porque “se encuentra condicionada por la vigencia de un mínimo de orden”.¹⁷

La importancia del principio de confianza legítima se encuentra en el reequilibrio que, de forma general, trata de arbitrar el principio en cuestión, entre los valores de estabilidad y cambio. Tensión que encuentra su traducción en el principio de seguridad jurídica.¹⁸

Carmen c/ EN- M° de Economía y Otro s/proceso de conocimiento–Ley 25561. Fallos: 338:757 (2015).

15. SAN LUIS.

16. Cueto Rua Julio, *Seguridad Jurídica*, La Ley 1994-A-742.

17. Ibidem.

18. Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo*. Editorial Ariel, Barcelona, 2003.

En similar sentido, se considera que aquella vincula, por lo menos, con tres factores: la previsibilidad; la necesidad de controlar y hasta eliminar o minimizar los riesgos; el logro de la estabilidad de las relaciones humanas.

Este contenido muestra que no puede identificarse con un comportamiento inalterable o rígido, ello no sería posible por los cambios en la vida humana, la continuidad y el desarrollo de la sociedad, en la consecuente transformación de los vínculos con el Estado. La seguridad absoluta y el mantenimiento inamovible del sistema jurídico resultan incompatibles, con la noción misma del Estado de Derecho. Esa es la razón que justifica traer como noción trascendental a la previsibilidad.

A su vez, la presencia de seguridad jurídica presupone la eliminación de toda arbitrariedad, con la consecuencia de crear un ámbito de vida jurídica en la cual el hombre puede desenvolverse con el pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos y por lo tanto, con libertad y responsabilidad. A partir de la división de poderes y de los actores que tienen a su cargo la preservación de su vigencia, se han diferenciado tres tipos de seguridad: ejecutiva, legislativa y judicial.

Ahora bien, la seguridad jurídica es un término utilizado en diversos sentidos, desde su origen en la publicidad y conocimiento de la ley, hasta el vínculo particular con la interpretación de los derechos adquiridos, pasando por los plazos de caducidad para demandar al Estado.

En un primer momento, con la Revolución Francesa adquirió relevancia, valor jurídico decisivo y excluyente, al ser mencionada entre los cuatro derechos incluidos en la Declaración de los Derechos de 1789. Así, el derecho tiene por misión central posibilitar esa previsibilidad que se expresa simbólicamente con el apotegma: *dura lex, sed lex*; a esos fines, resultaba decisivo la previsión de un mecanismo oficial para la publicación de la ley y la correspondiente presunción *jure et jure* de su conocimiento, que habilita la improcedencia de la invocación de ignorancia de la ley una vez publicada.

De la rigidez de este enfoque, se pasó a considerar que en el Estado de Derecho Constitucional no se trata de ignorar la seguridad, pero si conferirle un lugar subsidiario o adjetivo en el derecho, en tanto lo decisivo es que éste determine y procure lo justo, pero que fundamentalmente no transija con una injusticia extrema, evidente o inequívoca. De esta forma, el gran esfuerzo de los juristas se orienta a la equidad, es decir a la justicia del caso, que en términos de Aristóteles es la mejor o más perfecto modo de la justicia.¹⁹

Ahora bien, en cuanto a las consecuencias de su obligatoriedad y la publicación, la CSJN ha interpretado que la ley –como expresión de la voluntad popular– requiere para ser obligatoria, de su publicidad. Esta exigencia es derivación del principio republicano de gobierno y del principio de juridicidad, por lo tanto los principios de razonabilidad y justicia impiden que se puedan señalar incumplimientos legales frente a normas no publicadas.²⁰

En forma consecuente, la ausencia de publicidad, “cualquiera sea la bondad de la nueva disposición con relación a la anterior, tratándose de un requisito que hace a la obligatoriedad de la ley, la sanción que contempla la norma, causa lesión a la garantía constitucional de la defensa en juicio, en cuanto exige que aquélla se encuentre prevista por la ley con anterioridad al hecho del proceso”.²¹

Por ello, también se señaló reiteradamente que la facultad del Estado de imponer límites al nacimiento o extinción de los derechos, no lo autoriza a prescindir por completo de las relaciones jurídicas concertadas al amparo de la legislación anterior “especialmente, cuando las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran con un justo paliativo”²²

19. Ver Vigo Rodolfo L. *Constitucionalización y judicialización del derecho del Estado de derecho legal, al Estado de derecho constitucional*, Edit. Porrúa-UP, México, 2013, p. 2/9.

20. CSJN “Municipalidad De Berazategui c/ Molinos Rio De La Plata S.A. s/Apremio” CSJ 000692/2017/CS001, del 27/09/2018 (voto del Dr. Rosatti).

21. CSJN “Gartner, Angel Eduardo c/ Comité Federal de Radiodifusión R. N° 960/961/962/963/96” Fallos: 325:1808 (2002).

22. CSJN “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”. Fallos: 325:366 (2002).

Sin perjuicio de estas interpretaciones, lo cierto es que referirse a la seguridad jurídica es aludir a un valor que se mide y percibe de acuerdo a determinadas pautas culturales, que sufrió una evolución que refleja el paso de lo individual a lo colectivo.

II.III. Seguridad jurídica y la emergencia pública

Cierta paradoja se cierne alrededor de la seguridad jurídica: su abordaje en los últimos tiempos y la creciente preocupación por analizar su contenido y alcance, tienen origen en los riesgos de su aniquilamiento durante las situaciones de emergencia pública. La excepcionalidad e imprevisibilidad que han servido para justificar tales declaraciones de emergencia, enfrenta aquel valor a la necesidad de adoptar remedios extraordinarios para paliar los efectos negativos de una crisis o perturbación económica, política o social.

Pero la realidad argentina muestra que el estado de emergencia se ha prolongado por muchos años; situación que llevó a la Corte Suprema que esa prolongación representaba, en sí misma, “el mayor atentado a la seguridad jurídica”.²³ “cuando se recurre a los poderes de emergencia se lo hace con el objeto de amparar y defender el orden preestablecido pues ella no suprime la legitimidad constitucional, sino que la garantiza por vía de remedios extraordinarios (...) Aun cuando se admitan restricciones como respuesta a la crisis que se intenta paliar, aquéllas deben necesariamente reconocer el vallado de la justicia y la equidad por lo que los medios elegidos no pueden desvirtuar la esencia de las relaciones jurídicas establecidas bajo un régimen anterior”.²⁴

En esa misma línea argumental, se determinó que el fundamento de emergencia, radica en la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a una intervención en el orden patrimonial, de forma tal que se permita el cumplimiento de las obligaciones, a la vez de

23. CSJN “Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN-ley 25.561-dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561”. Fallos Fallos: 328:690 (2005).

24. CSJN “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional”, Fallos 326:417 (2003).

que sirva para atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, los mecanismos ideados para superar la emergencia están sujetos a un límite: su razonabilidad, “con la consiguiente imposibilidad de alterar o desvirtuar en su significación económica el derecho de los particulares, y condicionar o limitar ese derecho afecta a la intangibilidad del patrimonio y obsta al propósito de afianzar la justicia”.²⁵

Es en los períodos de emergencia en los cuales la seguridad jurídica corre riesgo de convertirse en una utopía, pues la emergencia permanente crea inseguridad, que destruye todo cálculo de riesgos, y su previsión individual, restringiendo el funcionamiento económico.

En definitiva, en el marco del Estado Constitucional de Derecho los ciudadanos tienen que ser capaces de prever posibles injerencias del Estado, que les puedan afectar; tienen que poder fiarse de que sus acciones que son lícitas, bajo el derecho actual y de las que se siguen determinadas consecuencias jurídicas, también puedan ser consideradas lícitas en el futuro. De ahí, que la seguridad jurídica signifique para la persona, la protección de la confianza legítima.²⁶

III. EL PRINCIPIO DE BUENA FE COMO PRESUPUESTO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Párrafo aparte nos merece la buena fe.

Conforme lo sostiene Parejo Alfonso, la confianza legítima no viene a ser sino un nombre nuevo de la buena fe, “una ampliación y actualización internos de su contenido”. De ahí que realmente la diferencia entre el principio de buena fe y el de confianza legítima es más una distinción de alcance que de

25. CSJN “Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”. Fallos: 325:366 (2002).

26. Malvez Pardo Gabriela, El principio de protección e la confianza legítima en México, en www.up.edu.mx/escuela/mex/law/publicaciones, 2016.

sustancia, “siendo el radio de acción del de buena fe más corto que el que pretende abarcar el más novedoso de la confianza legítima”.²⁷

La buena fe significa que el hombre cree y confía que una determinada declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente produjo en casos iguales.²⁸

La buena fe objetiva (buena fe-creencia o buena fe-confianza) cabe ser diferenciada de la buena fe subjetiva (buena fe-probidad o buena fe lealtad). La primera alude a la convicción razonable y diligente de un sujeto, que se atiene a lo que surge de la apariencia de lo externo, pues existe una situación para poner de resalto la verdad jurídica. Es la impecable conciencia de que se está obrando conforme a derecho.

La buena fe subjetiva refiere a que los contratantes deben someterse a lo pactado como una suerte de ley privada.²⁹ Es decir que en el ámbito contractual las partes deben abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Las doctrinas de los actos propios y de la confianza legítima, en la práctica interpretativa de las cláusulas contractuales, derechos y deberes de las partes, suelen ser incluidas bajo la noción de la buena fe, principio que es el pilar de la construcción teórica de aquéllas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, ha confirmado que el principio es predicable de todas las funciones estatales, procedimientos y procesos al sostener que “las partes deben conocer de antemano las reglas de juego del proceso a las que atenerse, tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales, ya que el proceso judicial no puede ser un

27. Parejo Alfonso L., *Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 2003, p. 691/692.

28. Borda Guillermo A., *Tratado de derecho civil, Parte General, T. II*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1996. p. 130/131.

29. Llambias Jorge Joaquín y Alterini Atilio A., *Código Civil Anotado, Tomo III-A*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998 (reimpresión) p. 153.

“juego de sorpresas” que desconoce el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas”.³⁰

Incluso, en su relación con los actos propios sostuvo que el principio cardinal de la buena fe, que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, que condiciona especialmente la validez del actuar estatal, “deriva la doctrina de los actos propios según la cual no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta pues la buena fe impone un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever”.³¹

III.I. Confianza y actos propios

Esta doctrina está vinculada con la confianza legítima y la seguridad jurídica. Receptada en el derecho privado, ella dio sentido a la necesidad que el tráfico negocial se desarrollara en base a la confianza y la buena fe, con el objeto de evitar que el cambio de posición de una parte, defraude las expectativas a la otra, le genere pérdidas o los prive de un lucro esperado. Ahora bien, la Administración no está exenta de incurrir también en contradicciones, de ahí que se discutiera si esta teoría podía ser aplicable a las relaciones jurídicas que ella entablaba, teniendo en cuenta sus fines públicos. En realidad, como los cambios de posición buscan una mejor defensa de los intereses de las partes, el debate se centró en las limitaciones a su aplicación en el ámbito público.

La intensa presencia estatal en el tráfico moderno y la supremacía jurídica de sus actos hace que la confianza depositada por los particulares “ostente una frecuencia e importancia superiores a las observables en hipótesis análogas del derecho privado”. Por eso, esta doctrina es una herramienta conceptual a la que recurren jueces y letrados para rechazar pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, en los casos que

30. CSJN “Abarca, Walter José y Otros c/ Estado Nacional–Ministerio Energía y Minería y Otros s/Amparo Ley 16.986”. Fallos: 339:1254 (2016).

31. CSJN Faifman, Ruth Myriam y otros c/ EN s/daños y perjuicios. Fallos: 338:161 (2015)

contrarían la buena fe o vulneran la confianza que terceros depositaron en base a dicha conducta. Así, al proteger estas modificaciones en la actitud se ampara la buena fe, la regularidad y la confiabilidad de las relaciones jurídicas. En todo impera la coherencia del comportamiento de las partes.³² Los elementos que debe reunir para su configuración son: a) que exista una conducta previa y una pretensión posterior de la misma persona y que se hayan producido frente a la misma contraparte y dentro del marco de la misma relación o situación jurídica.

Hay por ende identidad de partes y unidad de situación jurídica; b) que la conducta previa sea válida y revista un sentido unívoco y hasta cierta entidad; c) que esa conducta y la pretensión sea contradictorias o sea incompatible entre sí; d) que no exista norma que autorice la contradicción. El efecto de la aplicación de esta doctrina es la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria declarada por un juez.³³

Hemos tenido de considerar que, conforme a la doctrina que postula la aplicación de la teoría en el ámbito de la Administración, su origen está presente en el principio de buena fe, que obliga a valorar el nocivo efecto cívico que produce el desconocimiento del *factum proprium*, al sorprender a los particulares con cambios de actitud que no serían tolerables en el derecho privado.³⁴

Son diversos los supuestos en los cuales la Administración entra en contradicción con su conducta anterior, sin que ese comportamiento se haya reflejado en reconocimientos de reparaciones.

Su similitud con la figura anglosajona del *estoppel*, llevó a que la doctrina considerara que de las cuatro variantes que presenta aquella, la tercera categoría (*estoppel in pais o by representation*) y en menor medida la cuarta (*promissory estoppel*) son las que presentan mayor interés para su comparación.

32. Mairal Héctor, *La doctrina de los actos propios y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1994. p. 2/6.

33. *Ibidem*.

34. Ivanega Mirian M.

En cuanto a la tercera especie, el profesor argentino Mairal indica que se configura cuando surge de la contraria un comportamiento que manifiesta en forma clara e inequívoca, de manera que la contraparte dentro de la razonabilidad, haya actuado en consecuencia, alterando suposición en su propio detrimento. Dentro de la doctrina de los propios actos, el *estoppel* es la vertiente más enérgica, dado que deja de lado la buena fe que pudo tener el contradictor o los motivos que haya considerado; por eso ambas figuras son aplicables al constituir dos caras de un mismo principio. La diferencia, radica en que la teoría de los propios actos descarta la conducta inicial ilegítima, en cambio el *estoppel* puede aplicarse en ciertos supuestos a pesar de la ilicitud, pues es decisivo el cambio de posición que, confiado en la conducta ilegítima anterior, el interesado lleva a la práctica en su propio detrimento. De esta forma, el *estoppel* puede ser útil para los supuestos en que no existe validez de la conducta inicial.

Así, para aquellos que defiende su aplicación en el campo del derecho administrativo, cuando la incoherencia de la actuación pública obedece al intento de corregir una violación legal anterior la doctrina de los propios actos no es oponible, pero podría ser aplicada la del *estoppel* como una segunda barrera para impedir la contradicción.

En síntesis:

- Cuando se presentan todos los requisitos que torna aplicable la doctrina de los propios actos, ésta rige, en principio, respecto de la Administración.
- En los casos que falta el requisito de validez de la conducta inicial, pero existe un cambio de posición del particular que confió razonablemente y en su propio detrimento en la conducta inicial de la Administración, considera aplicable el *estoppel*.

- Por último, se requerirá de una cuidadosa evaluación del juzgador, serán relevantes la gravedad y el carácter manifiesto del vicio del que adolece la conducta administrativa inicial y la razonabilidad de la confianza que en ella depositó el particular.³⁵ Respecto a las diferencias entre la doctrina

35. Mairal Héctor, op.cit., p.60.

de los propios actos y la confianza legítima, se señala que, para habilitar la aplicación de la primera, la conducta o acto iniciales deben ser válidos, mientras que en la confianza legítima, ellos pueden ser inválidos, pero la protección igual puede tener eficacia. A su vez, los propios actos, se presentan en el contexto de un mismo círculo de intereses o en una relación jurídica concreta entre las partes –no en una relación jurídica genérica–, pero en la confianza legítima (que se afirma del lado del particular afectado frente a la actuación estatal) no se precisa de la existencia de esa relación jurídica determinada.³⁶

III.II. Buena fe y confianza legítima

Si bien la buena fe es un componente fundamental de la doctrina de la confianza legítima –e incluso en algunos supuestos puede desplazarla– no deben ser confundidas.³⁷

Esta última –como el principio que prohíbe la conducta contradictoria– constituye “refinamientos” del principio general de buena fe, para situaciones jurídicas específicas. Lo que sucede “es que la confianza legítima es una derivación de un valor, la seguridad jurídica, en el que se enfoca la situación específica del particular frente a la actuación de los poderes públicos y que para su evaluación necesita la concurrencia de la buena fe de éste como componente insoslayable”. La proximidad de estas figuras es evidente, a punto tal que sin buena fe la confianza no puede ser legítima.

La apariencia de juridicidad que caracteriza el obrar administrativo, crea una confianza en los administrados, que hace cuestionable un comportamiento que contraría esa confianza razonable y el ejercicio transparente de la función.

36. Coviello Pedro J.J., *La protección de la confianza del administrado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 415/416.

37. El Tribunal Supremo español comenzó a aplicar el principio de protección de la confianza legítima, como un fundamento explícito para justificar dicha extensión de la responsabilidad patrimonial del Estado (la jurisprudencia comenzó acogiendo este instituto por influjo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas). El propio Legislador lo terminó proclamando al reformar la Ley de Régimen Jurídico y de Procedimiento Administrativo Común en 1999. El Tribunal Supremo de ese país entendió que los principios de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y de seguridad jurídica, están estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima, enunciado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. García de Enterría Eduardo, El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 150, setiembre-diciembre de 2002, p. 173 y ss.

En realidad, no existe la confianza “a secas”, pues se trata de un componente de institutos jurídicos como la buena fe o la doctrina de los propios actos. Por ello, cada vez que se invoque la confianza “no se estará ante la protección de la confianza legítima, sino ante una situación jurídica que deberá ser resuelta, a falta de norma, con algunas de las instituciones específicas...no es una institución que se puede utilizar ante cualquier situación, sino todo lo contrario, es la “fuerza de reserva” jurídica sólo utilizable cuando los demás remedios jurídicos específicos no son aptos para resolver el caso”.³⁸

IV. LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN EL MARCO DE LA “BUENA ADMINISTRACIÓN”

Se ha señalado que el derecho fundamental a la buena administración (en los términos del artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000) obliga al replanteamiento del derecho administrativo en su conjunto. Desde la centralidad del ciudadano y desde su participación activa en la conformación de los intereses generales, esa disciplina y sus principales categorías deben ser reformulados puesto, dado que la relevancia de los derechos fundamentales de la persona sugiere nuevas formas de entender el sistema administrativo. El tema es estructural y se refiere a la recuperación de la perspectiva ética, de servicio objetivo a la ciudadanía, como caracterización de las administraciones públicas.

En ese contexto, el mismo autor sostiene con acierto que las personas no son mercancías, que tienen un potencial de libertad e inteligencia muy importante y que por lo tanto, los buenos administradores públicos tienen que ser capaces de hacer surgir esas potencias, esa capacidad de aportación e intercambio de ideas, “esa capacidad de generar confianza para transformar la realidad”.³⁹

38. Coviello Pedro J.J., op.cit., p. 403/410.

39. Rodríguez Arana Muñoz Jaime, La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa, en Misión Jurídica–Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Bogotá, N° 6, 2013, p. 23/56.

La Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación a la Administración, refleja en forma precisa esos fundamentos incluyendo en el marco de sus principios los siguientes:

“15. Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad, claridad y certeza normativa, en cuya virtud la Administración Pública se somete al Derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas. La Administración Pública procurará usar en la elaboración de las normas y actos de su competencia un lenguaje y una técnica jurídica que tienda, sin perder el rigor, a hacerse entender por los ciudadanos.

17. El principio de ejercicio normativo del poder significa que los poderes deberán ejercerse, única y exclusivamente, para la finalidad prevista en las normas de otorgamiento, prohibiéndose el abuso o exceso de poder, sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o para lesionar el interés general.

19. Principio de buena fe, en cuya virtud las autoridades y los ciudadanos presumirán el comportamiento legal y adecuado de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes”.

Estas exigencias no solo son predicables de la Administración Pública; muy por el contrario, los Poderes Legislativos y Judiciales constituyen actores principales en la construcción de la confianza legítima, la seguridad jurídica y la implementación de la buena fe de toda actuación estatal y privada. En el caso del legislativo, la claridad normativa y la aplicación de técnicas que se traduzcan en leyes coherentes, suficientes y comprensibles para el ciudadano, configuran pilares consustanciales a esos principios.

A su vez, un Poder Judicial independiente e imparcial, que en el ámbito de su competencia controle los avances arbitrarios de los otros poderes y asegure la vigencia de la juridicidad y los derechos fundamentales, constituye un resorte primordial en la interpretación de aquellos.

REFLEXIONES FINALES. CORRUPCIÓN Y CONFIANZA INSTITUCIONAL

Las estadísticas expuestas al inicio muestran una penosa realidad, pero no por ello carente de solución.

La República Argentina ha dejado, hace mucho tiempo, de ser un ejemplo de previsibilidad. Excede al presente considerar las causas de ello y sus efectos dolorosos por la violación de los derechos fundamentales, lo que no nos impide confirmar que en los últimos años la corrupción se sumó como otro factor desestabilizante.

Asu vez, este flagelo acarrea consecuencias negativas en la inversión pública al condicionarla y afectarla directamente. Los escandalosos contratos administrativos que conllevaron a una red de corrupción ilimitada en Latinoamérica, de público conocimiento, generaron un descreimiento aun mayor del rol que asumen políticos, funcionarios y empresarios. La propia OCDE ha indicado que tres de cada cuatro latinoamericanos tienen “poca o ninguna confianza” en sus gobiernos y que ocho de cada diez creen, además, que éstos son corruptos.

Es que el avance irrefrenable de la corrupción, no se ha correspondido con la efectividad de los mecanismos de control, pues éstos, frente a la sofisticación y el desarrollo acelerado de ese flagelo, no generaron una respuesta eficaz y preventiva.

El secreto que rodea a toda actuación corrupta y sus efectos transnacionales obliga a un control –no solo judicial– efectivo en términos democráticos: transparente, ético, independiente, oportuno, imparcial, coordinado y educativo dirigido tanto a prevenir como a sancionar.

Por ello, estamos convencidos que el control en todas sus manifestaciones es también una herramienta esencial en la articulación de la seguridad institucional.