

LOS NUEVOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Gustavo E. SILVA TAMAYO

1. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 27.742, comúnmente denominada “Ley de Bases” (LB) ha introducido trascendentes reformas en distintas materias de Derecho Administrativo. Entre ellas destacan -y serán objeto de estas breves reflexiones-las incorporadas al texto de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (LNPA) el que, en su más de media centuria de vigencia¹, no había recibido, prácticamente, modificaciones². Esa falta de puesta al día de la norma había sumido a nuestro Derecho, en esta parte al menos, en una palmaria desactualización, por contrapartida a lo ocurrido en otros países (de Europa Continental y de Latinoamérica).

Este desajuste con el nuevo paradigma que impone el Estado Social y Constitucional de Derecho resultaba intolerable luego de la reforma constitucional de 1994 y la consecuente incorporación a nuestro ordenamiento de los tratados sobre Derechos Humanos (CN, art. 75 inc. 22) cuyas cláusulas atinentes al respeto de la dignidad humana y a la realización progresiva de los mandatos atinentes al reconocimiento y desarrollo de los Derechos Humanos, consagrados en diversos textos, reclamaban de herramientas jurídicas acordes a la realización de una tutela judicial efectiva (TJE) y de una tutela administrativa efectiva (TAE), fenómeno este último que se ha descrito como una suerte de “procesalización” del procedimiento administrativo.

Creemos que la inserción de estos principios en la LNPA (que pese al título de este trabajo no son, en rigor, “nuevos” pues, en su mayoría, estaban ya previstos en el derecho supranacional o habían sido receptados por la jurisprudencia y la doctrina) es un paso trascendente para afianzar la eficaz protección de los derechos fundamentales en el marco de las actuaciones

¹ B.O. 27-04-1972.

² Aparte de la modificación del artículo 17, dispuesta por la Ley N° 21.686 (B.O. 25-11-1977), la más importante fue la de la Ley N° 25.344 (B.O. 21-11-2000), arts. 30, 31 y 32.

administrativas. Disentimos, de esta manera, con la opinión de cierta doctrina que, en oportunidad de glosar el nuevo texto procedimental, se ha mostrado “escéptica” frente a la eficacia de los principios y que, observa, suponen una delegación del legislador en el juez de la construcción de la norma que puede dar lugar al tratamiento dispar de situaciones análogas³. Este reparo parece soslayar la irrupción, en el Occidente de la Segunda Posguerra, del denominado “neoconstitucionalismo” o “constitucionalismo contemporáneo” vertiente preocupada por sentar más principios -denominados “valores básicos o bienes humanos básicos” o “derechos fundamentales”-que reglas y más ponderación que subsunción. Este constitucionalismo actual también se caracteriza por: a) favorecer la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos; b) abogar, en efecto, por una fuerte presencia judicial; y c) ser más proclive a asegurar el pluralismo ideológico⁴. De este modo, la capacidad jurígena, a más de no reposar exclusivamente sobre el legislador, se encuentra ahora delimitada por los márgenes trazados por los aludidos derechos humanos básicos o fundamentales⁵.

En el escenario actual alumbrado, entonces, por el constitucionalismo contemporáneo, por cierto, el Derecho judicial y el juez como legislador desempeñan un papel trascendental que se ha destacado en un reciente ensayo de la doctrina alemana⁶.

2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO

2.1. Aproximación conceptual

³ MAIRAL, Héctor-VERAMENDI, Enrique, “La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos”, LL 12-07-2024, Cita: TR LA LEY/ AR/DOC/1777/2024.

⁴ Ampliar en PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002, ps. 101 y ss; ALEXY, Robert, *El concepto y validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, ps. 159 y ss; ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1999, ps. 109 y ss.

⁵ Por contrapartida en otro trabajo dedicado también a comentar la LB en relación al procedimiento administrativo, no obstante advertirse que muchos principios poseen origen y consagración constitucional y convencional y otros una naturaleza específicamente instrumental y procedimental, se ha reconocido que los principios poseen trascendencia bastante como para justificar su incorporación (Ver: BEZZI, Osvaldo H.-ESPINOZA MOLLA, Martín R., “Comentarios Preliminares a la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos. Con especial referencia a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, EDA, Agosto de “024, N° 81, ps. 2-17).

⁶ RÜTHERS, Bernd, *La revolución secreta. Del Estado de derecho al Estado judicial*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2020, traducción española, especialmente ps. 85-90

Se ha advertido que, pese a la atención que se le ha asignado a los Principios Generales de Derecho (PGD) -al punto de ser abordados en casi todas las disciplinas jurídicas-, su concepto carece de precisión llegando los autores a expresar que no se sabe a ciencia cierta qué son, o que deben considerarse como entidad fantástica o como conceptos enigmáticos⁷

No obstante, la más generalizada aproximación a la noción científica de “principio” nos señala que, por tal, debe entenderse toda proposición de contenido inconcreto que se erige como un criterio fundamental o punto de partida de un sistema, o bien, como una regla de conocimiento que permite la elaboración o fundamentación de aquél.

En otras palabras, y en relación a la materia jurídica, debe admitirse que las normas, que integran (aunque no lo agoten) al Derecho, se han asentado sobre una serie de ideas basales o proposiciones organizadoras de contenido fuertemente axiológico —y a veces también lógico—, que condicionan a la fuente jurídica que sea (constituyente, legislador, juez, funcionario o sociedad, esta última a través de la costumbre). Estas ideas básicas se conocen como (PGD) y su misión práctica no es otra que la de obrar como guía para el intérprete en la significación lógica y axiológica de la norma jurídica destinada a reglar una determinada conducta humana.

Vale decir que la función epistemológica de los principios es la de conferir el fundamento validante de los criterios de ordenación sobre los cuales se construyen los distintos sistemas de verdades. De esa manera es fácil advertir que, a la vez, representan un límite al obrar discrecional pues, por ejemplo, toda indeterminación normativa deberá resolverse en forma acorde a los PGD; el alcance restrictivo o extensivo de la norma dependerá de su coherencia con ellos.

Pero el papel que les tocará desempeñar a los principios no será, obviamente, el mismo en las Ciencias Naturales o Físico-Matemáticas que en las Sociales. En las primeras resultará dable endilgarles un carácter absoluto —vgr., el principio de causalidad—, del que no gozarán en las segundas, en

⁷ Ver: TARDÍO PATO, José A., *Los Principios Generales del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1º edición, 2011, ps. 11-17 y los autores allí citados.

donde se presentarán condicionados por las modalidades empíricas que, en determinado tiempo y espacio, pueden alterar el objeto de conocimiento.

Consideramos que el estudio sistemático del Derecho, que corresponde a la Ciencia del Derecho, no puede, en la hora actual, dejar de abordar la trascendental cuestión de los PGD, otrora minimizada en su importancia como efecto reflejo del franco desprestigio en que cayó el iusnaturalismo, clásico y racionalista, desde la segunda mitad del siglo XIX hasta mediados de la centuria pasada. El panorama bajo el prisma “neoconstitucionalista” es, por cierto, distinto.

2.3. La vinculación de los Principios Generales de Derecho con el Derecho Natural

En todos los ordenamientos jurídicos de Occidente se han distinguido, junto al Derecho formulado en leyes o manifestado en prácticas sociales, ciertas pautas o principios que, a pesar de no emanar necesariamente de la autoridad del Estado, ni de los intereses de una determinada fuerza social, tienen un vigor normativo tal que los convierten en un firme fundamento de la eficacia de leyes y costumbres⁸.

Así, la cuestión de los PGD ha estado vinculada, inevitablemente, al Derecho Natural, idea que, en sus múltiples expresiones, presupone reconocer que existen —explícita o implícitamente—, una serie de preceptos que resultan desentrañables en tanto son constitutivos de la naturaleza y del ser humano⁹. La norma de Derecho Natural, entonces, en esta concepción, sustenta y limita a la de Derecho Positivo.

⁸ Cfr. DE CASTRO y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Madrid, Civitas, 1984, ps. 405, 406 y 407, opinión compartida entre nosotros por MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 3^o edición, t. I, ps. 280 y ss.

⁹ Cfr. VIGO, Rodolfo L., *Los Principios Generales de Derecho*, JA, 1986-III, pp. 866 y ss., quien señala que se desconoce el origen doctrinario de la expresión “Principios Generales de Derecho”, habiéndose atribuido la misma, según distintos autores, al franciscano Raimundo LULIO (1235-1315), al positivismo jurídico de mediados del siglo XIX, como reemplazo del Derecho Natural, a la escuela racionalista de Derecho Natural de los siglos XVII y XVIII; e, incluso, a los estoicos. Pero la noción, según otros, parece ser herencia del Derecho Romano: en cada solución a los conflictos se insertaba un principio de justicia material para su desarrollo posterior por parte de la jurisprudencia y de los juristas. El *Common Law* siguió el mismo camino, a pesar de que construyó sus propios principios materiales como la *equity*, con un contenido y alcances distintos.

Aun cuando recién en la época moderna el Derecho Natural adquirió importancia teórica¹⁰, pueden, sin embargo, reconocerse ciertos vestigios de su existencia, en la antigüedad de nuestra civilización occidental¹¹.

2.4. La dificultad de definir a los Principios Generales de Derecho

A consecuencia de lo hasta aquí apuntado es que, a nuestro modo de ver, los PGD no soportan las definiciones rigurosas y precisas, porque entre ellos podemos encontrar criterios de muy disímil naturaleza y que también cumplen distintas funciones en el proceso de creación jurídica.

Compartimos, sin embargo, la opinión de un sector doctrinario que exige que el calificativo de “PGD” se reserve exclusivamente para aquellos que afecten a todo el Derecho y no sólo a sectores más o menos parciales del mismo¹².

Éstos, en su mayoría, aunque no siempre, estarán consagrados en el derecho escrito y poseerán diferente jerarquía normativa (Tratados, Constitución, Leyes). Así, serán tanto PGD: las directivas políticas; las reglas de justicia, de la ética o de la moral; los axiomas lógicos e, incluso, según ciertos autores, las reglas que una sociedad considera esenciales para mantener su estructura económica en un momento determinado de su historia¹³.

La doctrina extranjera y nacional ha adoptado mayoritariamente una posición ecléctica al respecto, aceptando la existencia de Principios Generales de Derecho dentro del Derecho Positivo y fuera de éste, llamados principios metapositivos¹⁴.

¹⁰ DE CASTRO y BRAVO, Federico *op. y loc. cits.*

¹¹ Remitimos al recorrido diacrónico que hemos trazado en nuestro trabajo “*Corsi e ricorsi* de los Principios Generales de Derecho”, en *Derecho Administrativo, Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, vol. 2012, pp. 71-91.

¹² TARDÍO PATO, José A., *op. cit.*, p. 16, siguiendo en este punto a Francisco GONZÁLEZ NAVARRO, “Principios primeros y principios últimos del Derecho”, en *Diccionario de Derecho Administrativo*, MUÑOZ MACHADO, Santiago (Director), Madrid, Iustel, 2005, p. 1964 y ss.

¹³ Ver al respecto, Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1970, pp. 42 y ss., que denomina a este conjunto de reglas como “orden público económico”.

¹⁴ Es la opinión de VIGO, Rodolfo L., *Los Principios...*, cit., y los autores por él mencionados.

Resulta, además, harto difícil, apriorísticamente, de determinar en ciertos casos la línea divisoria entre un principio y una regla cualquiera. No obstante, intentaremos esbozar, siguiendo las opiniones doctrinarias que compartimos, una clasificación en el punto siguiente.

Detrás de esta aparente dificultad subyace una explicación fenomenológica: por PGD sólo podrán entenderse aquéllos cuya contrastación con la realidad de un sistema jurídico revele que son socialmente aceptados por los actores del mismo¹⁵. Ello hecha la salvedad de que la aplicación de estos principios —al no considerarse axiomáticamente inmutables— podrá variar según las personas y el caso, por lo que el juez o funcionario, al momento de resolver, utilizará sus propias valoraciones de los grandes PGD¹⁶.

Pero, en nuestra opinión, de lo que no pueden caber dudas es respecto de su carácter de normas jurídicas¹⁷, no interesando, a esos fines, que se encuentren concretadas en un texto escrito, puesto que representan el fiel y espontáneo reflejo de las convicciones íntimas del grupo social al cual resultan aplicables¹⁸. Es más: aun positivizados los Principios, no pierden virtualidad de tales —son, en tal caso, a la vez norma y precepto—, poniendo de manifiesto que la misión de la norma es dotar de mayor firmeza al ordenamiento y que su interpretación y aplicación debe ser sistémica¹⁹.

Por ello nos parece insuficiente la línea de pensamiento positivista, ya recordada, que considera que tales Principios Generales son tan sólo normas implícitas que se obtienen por un proceso lógico-inductivo de las normas

¹⁵ De acuerdo, en lo sustancial, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 3ª ed., t. I, p. 162.

¹⁶ Cfr. GORDILLO, Agustín, sus comentarios a la obra de Alejandro NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 78, 79 y 80.

¹⁷ Aun cuando presenten ciertas características diferenciales con respecto al común de las normas jurídicas, a saber: su condición de fundamento originario del Derecho, su origen en la propia naturaleza del Derecho, su aplicación en obsequio de la justicia, la equidad u otra dimensión de la moralidad y su preeminencia en caso de contradicción con aquéllas. Ello sin contar la diferenciación que efectúan, especialmente, DWORKIN y ALEXY entre principios y reglas, según nos hemos ocupado en nuestro trabajo, *La finalidad en los actos estatales*, Marcial Pons Argentina, 2024, 1º ed., 2024, ps. 242-244 y 313-316.

¹⁸ Decía al respecto JÈZE que la mayor parte de los principios no estaban formulados en forma expresa porque “felizmente” para el desenvolvimiento del Derecho Público francés, la materia administrativa no se encontraba codificada. Ver JÈZE, Gastón, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, Madrid, Reus, 1928, trad. de Carlos García Oviedo, p. 48.

¹⁹ De acuerdo, en lo sustancial: SMITH, Juan Carlos, “Carácter, función y relatividad de los Principios Generales de Derecho”, LL, t. 1981-D, pp. 1203 y ss., quien expresa que, en ambos casos, funcionan “... como un criterio lógico-axiológico fundante del sentido jurídico que las normas subsumibles en él confieren al comportamiento humano que regulan y, en su caso, a la institución jurídica que indirectamente organizan”. Jorge

escritas. A ellos, insistimos, deberán adicionarse las pautas suministradas por el Derecho Natural o los “valores humanos básicos”, según se prefiera, insuflados por criterios rectores provenientes de la Justicia y de la Moral²⁰.

De este modo, entendemos que los PGD no son simples abstracciones de la norma positiva, como quiere el positivismo jurídico, sino el alcance con el cual la sociedad tolera su aplicación o, dicho en otras palabras, su adaptación al caso concreto según un criterio socialmente aceptado como justo²¹.

Consideramos, finalmente, que, además de estar presentes los factores morales dentro del entramado de los PGD, su penetración “positiva” es innegable porque las normas jurídicas reconocen un origen social, lo que lleva de rondón a que su contenido aparezca determinado por hechos sociales. Y la moral convencional claramente forma parte de ellos. Además de que en la parte dogmática de nuestra Constitución —al igual que en las de la inmensa mayoría de los Estados de Occidente— se garantizan derechos que no pueden estimarse sino como conceptos morales (vgr., libertad, igualdad, justicia, etc.). En nuestro país, la Ley 17.711 de reforma al Código Civil, brindó claros ejemplos de esa positivización al haber receptado la teoría del abuso de derecho (art. 1071) y el principio general de la buena fe (art. 1198), criterio mantenido por el Código Civil y Comercial²².

²⁰ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, cit., pp. 162-163, ha distinguido entre un origen inmediato y mediato de los Principios Generales en el Derecho Administrativo. En forma inmediata, sostiene, han sido acuñados por los operadores jurídicos y excepcionalmente son recogidos, después, por las normas escritas, si adquieren suficiente generalidad y madurez. Y, en forma mediata, concluye, gran parte de ellos, como el positivismo indica, han sido abstraídos por inducción de soluciones contenidas en una pluralidad de normas jurídicas, como, vgr., el principio de continuidad de los servicios públicos. No obstante, este autor admite que hay principios que superan ese nivel legal y se presentan como imperativos universales comunes a toda la humanidad civilizada, de carácter ético, lógico o necesarios para el mantenimiento y evolución de un sistema jurídico, provenientes de una tradición cultural determinada. Es interesante también, en este aspecto, el desarrollo que Jorge SARMIENTO GARCÍA efectúa en su trabajo, *Los Principios en el Derecho Administrativo*, Mendoza, Diké, 2000, pp. 39-54, respecto del origen de los Principios Generales de Derecho, aun cuando no llegue a establecer una clasificación. Distingue este autor entre principios de Derecho Natural; principios de Derecho Natural consagrados expresamente en el Derecho Positivo; principios que pueden extraerse del análisis de las normas —y que las informan—; y principios que pasan a ser normas generales a medida que progresa la legislación positiva.

²¹ Es la concepción de VILLAR PALASI, José Luis-VILLAR EZCURRA, José Luis, *Principios de Derecho Administrativo*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense de Madrid, 4ª ed., t. I, p. 308, muy cercana a las ideas de Alf ROSS.

²² Así el artículo 10 del CCyC regula al abuso de derecho bajo una fórmula similar a la del artículo 1071 derogado. En cuanto al principio de la buena fe, éste aparece en el nuevo Código en diversas disposiciones, como los arts. 729, 961, 991, 1061, 1091, 1190, 2075, 2076, 2078 a 2086, 2089, 2092, 2093, 2095, 2097, 2098, 2105 y 2107 a 2112. Así se supera la estrecha referencia expresa al campo contractual del abrogado art. 1198. Por lo demás, el

2.5. Los Principios Generales de Derecho como fuente formal y material^{23, 24}

La concepción clásica ha esbozado una noción descriptiva del concepto de “fuente de Derecho”, entendiendo por tales a los medios o formas mediante los cuales se manifiesta el ordenamiento jurídico²⁵. También, tradicionalmente, se ha distinguido entre fuentes formales y materiales, según su fuerza normativa. En esta inteligencia sería fuente formal la ley y, en ciertas circunstancias, la costumbre²⁶. La jurisprudencia sólo adquiriría tal rango en

principio de la buena fe se encuentra consagrado también en leyes tales como la 20.091, de entidades de seguros (art. 55); la 20.744, de contrato de trabajo (arts. 62 y 63); la 23.187, de ejercicio de la abogacía (art. 6°); la 24.240, de defensa del consumidor (art. 31); la 25.246, de encubrimiento de lavados de activos (art. 18 y ss.); entre otras.

²³ Se ha expuesto que los Principios Generales de Derecho pueden apreciarse en función de una clasificación tripartita según la cual: a) en una primera acepción actuarían como *metanormas*, es decir, como reglas orientadoras para el conocimiento, la interpretación y la aplicación de las restantes normas jurídicas; b) desde otra perspectiva tendrían un sentido primordialmente *ontológico* a los que remite el ordenamiento jurídico en calidad de fuente normativa; y c) también cobrarían una dimensión axiológica, como axiomas o postulados éticos que deben inspirar a todo el ordenamiento jurídico (Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio E., “Los Principios Generales del Derecho: ¿un mito jurídico?”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, n° 98, octubre-diciembre 1997, pp. 9-24). Anotemos que este autor ha negado esencialidad propia a los Principios Generales de Derecho, calificándolos de “mito jurídico”, en el entendimiento de que ellos constituirían “referencias constantes e inevitables a otras fuentes de derecho”.

²⁴ Se ha dicho que los Principios cumplirían, en la actualidad, al menos cuatro funciones: a) *función directiva* general de todo el proceso de creación del Derecho; b) *función interpretativa*, como reglas que coadyuvan a la solución más justa y socialmente aceptable del conflicto, precisando el sentido de la norma escrita, ampliando, reduciendo, o aun excluyendo, la aplicación de la misma; c) *función integradora*, que es la función clásica, o sea la que permite al operador jurídico resolver el conflicto en defecto de ley escrita o costumbre y, por último, d) *función doctrinaria*, como pautas que posibilitan a los autores una sistematización de la materia jurídica en torno a directrices de tinte finalista y no formal (Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios...*, cit., pp. 163-164). Coincidimos con estas apreciaciones, con la advertencia de que, a nuestro entender, los Principios operan en todas las dimensiones descriptas, prácticamente sin excepciones, en forma simultánea o sucesiva. Se ha destacado que los principios se aplican directamente y no sólo en caso de laguna legal, sino siempre que sea necesario resolver la cuestión de acuerdo al valor en ellos contenido; representan, así, una de las técnicas más importantes de control de la discrecionalidad administrativa (Cfr. BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los Principios Jurídicos*, Civitas, Madrid, 2° edición, 2010, p. 160).

²⁵ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Perrot, Buenos Aires, 7° edición., t. I, p. 216.

²⁶ El art. 17 del Código Civil, en su modificación por la Ley 17.711, establecía que los usos y costumbres no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente. En rigor, la costumbre, entendida como reiteración de actos en el tiempo que el grupo social acepta como válidos y considera obligatorios, posee cierta eficacia jurídica que la ley no puede desconocer. El propio codificador refiere a la costumbre en algunas ocasiones (vgr., en los arts. 1627 y 1632). La norma omite toda referencia a la *desuetudo*, aunque es claro que ella conecta con el problema de la facticidad y validez de las proposiciones normativas. (Ver al respecto: GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, cit., pp. 51 y ss., y HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 3° edición, 2001, traducción de Manuel Jiménez Redondo, ps. 63 y ss.). El artículo 1° del Código Civil y Comercial de la Nación, por su parte, estipula que los usos, las costumbres, y también las prácticas, pueden ser fuente de derecho sólo *secundum legem*,

esta línea de pensamiento cuando el ordenamiento jurídico le dispensa fuerza obligatoria, como sucede en nuestro sistema, con los fallos plenarios. El resto, es decir las fuentes materiales, serían todas aquellas manifestaciones que operarían en el ánimo del legislador, el juez o el funcionario al momento de crear la norma jurídica. En este grupo se encontrarían: la doctrina²⁷ y los PGD.

Esta tesitura ha sido, en nuestra opinión, acertadamente criticada por aquella doctrina que advierte que cuando, por ejemplo, se considera a la ley como fuente en sentido sólo formal, se la está colocando en un mero plano lógico, obviando que el operador jurídico no sólo recurre a ella por una necesidad lógica, sino también buscando orientación y criterio de objetividad para determinar el sentido preciso de un fenómeno de conducta humana²⁸.

Creemos que tal idea se traslada a los PGD, cuyo carácter de fuente de Derecho se nos presenta inobjetable, así como su absoluta independencia de la labor jurisprudencial²⁹.

Es decir que, a nuestro juicio, el carácter de fuente formal-material de los PGD no sólo resulta endilgable a tenor de las certeras observaciones de CUETO RÚA citadas, sino también porque ellos se encuentran contenidos en las Constituciones, los Tratados o las leyes, integrando, también, el ordenamiento jurídico no escrito³⁰. Su papel trascendente en cualquier rama del Derecho (no

cuando las partes las acepten o en situaciones no regladas legalmente, siempre y cuando no resulten contrarios a Derecho.

²⁷ Vale la pena recordar aquí que en el Derecho Romano el emperador concedía a ciertos juristas “*el ius respondendi ex auctoritate principis*”, convirtiéndose en obligatoria la opinión de la doctrina.

²⁸ CUETO RÚA, Julio , *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pp. 26 y 27. Este autor considera que todas las fuentes tienen, en verdad, un sentido formal-material y funda su aserción en la teoría egológica de COSSIO, la que, en síntesis, describe al fenómeno jurídico como la yuxtaposición de elementos normativos, empíricos y axiológicos, mutuamente implicados (ver COSSIO, Carlos, *La teoría egológica del Derecho, su problema y sus problemas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 29 y ss.).

²⁹ MARIENHOFF, Miguel s., *op. cit.*, t. I, pp. 280 y ss., quien, siguiendo las opiniones de LEGAZ y LACAMBRA, VILLEGAS BASAVILBASO, DEL VECCHIO, REAL, VEDEL y RIVERO, los considera una fuente autónoma de Derecho. Para DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, t. I, 1976, ps. 246-247, son fuente *subsidiaria* del Derecho en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre, y cuando la controversia no pudiese resolverse por la analogía. En el mismo sentido: ALTAMIRA GIGENA, Julio I., *Los Principios Generales de Derecho como fuente de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1972.

³⁰ ATIENZA y RUIZ MANERO, siguiendo a CARRIÓ y a GUASTINI, estiman que las acepciones más importantes de lo que deba entenderse por principios serían las siguientes: a) en el sentido de una norma muy general (por ejemplo: aquella que dice que el contrato es ley entre las partes); b) como norma redactada en términos muy vagos (por ejemplo: la que señala que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, la que vendría a representar un concepto jurídico indeterminado); c) como norma programática o directriz³⁰ que manda a cumplir

penal) se evidencia de la lectura del artículo 2º del CCyC³²:

“Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

2.6. La importancia de los PGD en el Derecho Administrativo

En verdad, el origen y desarrollo del Derecho Administrativo está ligado a los PGD: no debe olvidarse que la disciplina iusadministrativa es un producto de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés que los utilizó para resolver conflictos entre la Administración y los particulares.

Con más razón, el carácter de fuente formal-material de los PGD habrá de verificarse en el Derecho Administrativo del Estado Social y Constitucional de Derecho, pues, dada su condición de derecho no codificado, *in fieri*, la multiplicidad y fugacidad de sus normas y su, por cierto, vastísimo campo abarcativo, el operador jurídico deberá recurrir, con suma frecuencia, a estos “valores humanos básicos” para resolver el conflicto sometido a su consideración³³. Ello, además, se torna evidente a poco que advertimos que las prerrogativas de poder público exigen un sistema de principios que les hagan contrapeso y tiendan a equilibrarlas. Además, la técnica legislativa actual de

determinado fin (por ejemplo: la protección del usuario y consumidor en la Constitución Nacional, art. 43); d) como norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (por ejemplo, la igualdad ante la ley que consagra el art. 16 de la Constitución Nacional); y e) como norma dirigida a los órganos de aplicación, que señala cómo debe aplicarse e interpretarse la misma (por ejemplo: las pautas de interpretación de la ley que manda cumplir el art. 2º del Código Civil y Comercial) (ATIENZA, Manuel- RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 2004, pp. 25-26).

³¹ Sobre la cuestión de los principios *implícitos* nos remitimos, por razones de brevedad, a las reflexiones de Luis PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 10ª edición, 2016, ps. 205-212.

³² En sentido semejante, el CCiv. establecía en su artículo 16: “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y, si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”.

³³ De acuerdo con este análisis: RIVERO, Jean-WALLINE, Marcel, *Droit Administratif*, cit., p. 26 y ss.; DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, cit., t. I., pp. 246-247; CASSAGNE, Juan C., *Los Principios...*, cit., pp. 64 y 65. GORDILLO, por su parte, menciona, a guisa de ejemplo de principios jurídicos básicos, en sus comentarios a la obra de NIETO, *Las limitaciones...*, cit., p. 80: “... la buena fe, el debido proceso legal, la garantía de razonabilidad o prohibición de arbitrariedad, la adecuación de medio a fin, el sustento fáctico suficiente, la conducta coherente, la confianza debida o legítima o expectativa razonable, la prudencia, el principio del buen padre de familia, la interdicción de la mala praxis y algunos pocos más. No muchos más”. Creemos que, en su gran mayoría, los Principios Generales de Derecho están consagrados en la Constitución, se han positivizado, por lo que, en general, resultarán operativos por sí mismos.

programación finalista o por objetivos, reclama un sistema de principios que garanticen la consecución de los objetivos contemplados sin afectación de la Justicia ni dignidad humana.

Abandonado el paradigma decimonónico que veía a la Administración como mera ejecutora de la ley, en el Estado Social y Constitucional la función administrativa es la de servir al interés general con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, como gráficamente lo prescribe la Constitución española. Como la ley no siempre proporcionará la respuesta adecuada, el operador jurídico (especialmente, pero no exclusivamente, el administrador) deberá buscar en el Derecho los límites negativos de su decisión, los que se hallarán en los PGD³⁴, a los que el órgano estatal deberá sujetarse de idéntica manera que a la ley, salvaguardando la tutela administrativa efectiva³⁵.

Anotemos, para terminar con este punto, que los derechos fundamentales deben, asimismo, ser considerados como principios y pueden, eventualmente, colisionar entre sí. Es que la programación finalista, propia de todo Estado Social y Constitucional de Derecho, opera sobre los derechos fundamentales consagrados en la Constitución —y también, como en el caso argentino, en los tratados—, los que se encuentran garantizados mediante normas-principio. Ello implica que el programa de que se trate debe concretar los derechos fundamentales en la mayor medida posible, en tanto su condición de mandatos de optimización.

¿Cómo definir a los derechos fundamentales?

Existe un sinnúmero de formulaciones por parte de la doctrina.

Por este motivo es que, con un afán seguramente simplista —pero no por ello menos pragmático— estimamos posible convenir que los derechos fundamentales serían los derechos humanos que se encuentran transformados en Derecho Constitucional positivo³⁶. Sin embargo, ello en modo alguno supone

³⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel L, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, ps. 110-111.

³⁵ Remitimos, al respecto, al completo estudio de SANTOS, Alejandra M., *El principio de la tutela administrativa efectiva: el valor Justicia en la Administración Pública*, (inédito).

³⁶ Cfr. ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2003, trad. de Carlos Bernal Pulido, p. 27.

que deba considerárseles como absolutos pues, como todos los derechos, son limitables.

2.7. *Un intento clasificatorio*

Clasificar a los principios jurídicos es, por cierto, una tarea ardua y seguramente refutable- en gran medida por las propias características “huidizas” y “esquivas”³⁷ del objeto clasificado.

Existen, además, numerosos intentos clasificatorios que, entendemos, resultan cuestionables al no considerar adecuadamente el papel que juegan los Títulos Preliminares -generalmente contenidos en los Códigos Civiles- en nuestro Derecho y en otros.

VÉLEZ SÁRSFIELD siguió el modelo español -cuyo Código Civil a diferencia del francés, contiene un Título Preliminar-, incluyendo en “su” Código (CCiv): un Título I, “De las leyes” y un Título II, “Del modo de controlar los intervalos de Derecho”.

El sentido de estas disposiciones, se precisó, era el de guiar al intérprete, asegurando un orden dentro del ordenamiento legal, un “derecho de conexión” para lograr la coordinación de todas las normas jurídicas³⁸.

Sin embargo, aun cuando se admitió que esas disposiciones eran aplicables, en general, a las distintas ramas del Derecho, se entendió que carecían de carácter *supralegal*, por lo que podían derogarse por otras leyes³⁹. No compartimos estas reflexiones producto, sin duda, de la interpretación exegetica del CCiv y el escaso desarrollo, a ese entonces y al menos en nuestro país, de los cánones *principalistas* y de la distinción entre normas-principio y normas-regla, esbozada por DWORKIN y profundizada por ALEXY.

El Código Civil y Comercial (CCyC) contempla un único “Título Preliminar”, dividido en Capítulos: 1, Derecho, 2, Ley, 3, Ejercicio de los Derechos y 4, Derechos y Bienes⁴⁰.

³⁷ TARDÍO PATO, José A., ob. y loc. citis.

³⁸ Cfr. LAVALLE COBO, Jorge en BELLUSCIO, Augusto C. (Director)-ZANNONI, Eduardo (Coordinador), *Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1º edición, 1979, t. I, p. 5.

³⁹ Ídem.

De acuerdo a lo expuesto⁴¹, entendemos que debe distinguirse entre PGD, aplicables a todas las ramas del Derecho (al menos el no penal) y contenidos en la Constitución, los Tratados y el Título Preliminar (por ejemplo la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos, art. 10) y Principios Sectoriales de Derecho (PSD) empleables en aquellas “ramas” o “disciplinas” del mismo, como el Derecho Civil (por ejemplo, la reconocibilidad del error, CCyC, art. 265) y como el Derecho Administrativo (por ejemplo, la presunción de legitimidad de los actos administrativos, art. 12, LNPA).

El nuevo catálogo de PSD que la LB agrega al procedimiento administrativo, cauce formal de actuación de la Administración, posee, por esta circunstancia, fuerza expansiva a todas las parcelas que componen la materia ius administrativa.

2.8. Los PGD como garantías del particular frente a la Administración

Los PGD y los PSD también revisten el carácter de verdaderas garantías que el particular puede invocar frente a la Administración, vgr.: los reglamentos deben ajustarse a los PGD, los reglamentos son inderogables singularmente, el deber de resolver que pesa sobre la Administración, la tutela administrativa efectiva, la interdicción de desvío de poder, la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe, la confianza legítima, etc. Los desarrollaremos seguidamente en el orden propuesto por la LB.

3. LOS NUEVOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO INCORPORADOS POR LA LB EN LA LNPA

Enunciaremos, a continuación y en forma sucinta, los principios que la LB ha incorporado y los comentarios que nos merecen cada uno de ellos.

⁴⁰ Se ha dicho al respecto que: “El Título Preliminar es concebido como la puerta de entrada al Código Civil y al resto del sistema y, por ello, contiene una serie de artículos de gran significado valorativo para todos los casos que se regulan. Su utilidad es manifiesta en el campo de la aplicación e interpretación del Derecho, ya que provee unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema basado en principios y reglas. Todo ello le confiere un efecto expansivo indudable, pudiendo ser referencia en otros ámbitos normativos” (LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1º edición, 2014, t. I, p. 25).

⁴¹ Sin dejar de tener en cuenta que las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, sino útiles o inútiles a los fines que se intenten proponer, según expone Genaro R. CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4º edición, 1990, p. 99.

3.1. Juridicidad

La juridicidad o legalidad *lato sensu* es un principio que, en nuestro Derecho acuñara FIORINI, aparece reflejado en la jurisprudencia administrativa de la Procuración del Tesoro de la Nación y resulta comprensivo de todas las manifestaciones del Derecho, desde la Constitución Nacional y los Tratados, pasando por las leyes, los reglamentos, los actos y contratos administrativos y los precedentes.

La Administración Pública, bien se ha dicho, es una organización instrumental, creada y articulada por el Derecho y que, ontológicamente, se justifica en su tétesis que no es otra que la satisfacción del interés público; no parte de una situación básica de libertad como los ciudadanos sino que se halla vinculada positivamente a la juridicidad⁴².

Como ha señalado la Corte Suprema de Justicia, cuando la inteligencia de un precepto basada únicamente en la literalidad de sus textos conduzca a resultados que no armonicen con principios axiológicos de orden superior, produciendo consecuencias notoriamente disvaliosas, debe darse preeminencia al espíritu de la ley, a sus fines, al ordenamiento jurídico y a los preceptos fundamentales del Derecho en el grado y jerarquía con el que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico⁴³.

3.2. Razonabilidad y Proporcionalidad

A pesar de que la LB -correctamente-, no identifica a ambos principios a los fines expositivos (y en virtud de que la doctrina y también la jurisprudencia de la Corte Suprema a menudo no los ha distinguido en sus pronunciamientos)⁴⁴, los trataremos juntos en este subnumeral.

Es sabido que la enunciación de este principio encuentra su antecedente en el debido proceso legal del derecho anglosajón (*due process of law*) consagrado en la Carta Magna que el rey Juan Sin Tierra concediera a la

⁴² LAGUNA DE PAZ, José C., *Tratado de Derecho Administrativo. General y Económico*, Thomson Reuters, Madrid, 1º edición, p. 428.

⁴³ CSJN, *Fallos*, 319:1840.

⁴⁴ Sostuvo, por ejemplo, nuestro Máximo Tribunal que "...la circunstancia de dirigirse la pesquisa a tratar de esclarecer el presunto hecho de narcotráfico denunciado resultaba (...) un elemento relevante para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad que, con criterio opuesto, se juzgó insuficiente en el fallo apelado" (CSJN, "Silva, Pablo Sebastián s/causa 11405), 2015, del dictamen del Procurador Fiscal que hizo suyo).

nobleza a comienzos del siglo XIII. Se trató, pues, de una garantía de neto corte procesalista, oponible frente al monarca.

Siglos más tarde, la Constitución de los Estados Unidos de 1787, si bien careció inicialmente de una “declaración de derechos”, ellos se incorporaron en 1791 a través de diez enmiendas, siendo la V la consagrada al debido proceso legal. La evolución de la jurisprudencia estadounidense permitió, a través de los años, madurar la idea de que el debido proceso consagrado en la Enmienda V⁴⁵, no sólo limitaba al legislador en cuanto a los derechos procesales reconocidos por el *common law*, sino que también protegía a los individuos en sus derechos sustantivos (*equal protection*), es decir que, al lado del debido proceso legal, existía un *debido proceso sustantivo* que hacía las veces de escudo frente a las decisiones estatales *irrazonables*⁴⁶. Vale decir que este debido proceso sustantivo o material (*substantive due process*) se constituyó como un estándar para medir, en términos de Justicia, hasta qué límite podían el legislador o el juez restringir de modo constitucionalmente aceptable los derechos de los ciudadanos.

En la segunda mitad del siglo XIX, la Corte Suprema de los Estados Unidos, con sustento en el debido proceso, fijó límites a la potestad de los actos regulatorios estatales a saber: no confiscatoriedad, relación sustancial con los objetivos propuestos, derechos y libertades, prudencia y demostración de su constitucionalidad a cargo del Estado.

A finales de la década de 1930, se comenzó a efectuar una distinción con aquellos derechos que no sólo deben ser protegidos por el Estado, sino que, además, resultan refractarios a las restricciones y se agrupan bajo la categoría de “libertades preferidas” (libertad de culto, participación política, intimidad, etc.). Los actos estatales que limitan estos derechos están sujetos, desde ese entonces, a un *strict scrutiny* que parte de la presunción de inconstitucionalidad de la regulación, quedando a cargo del Estado la acreditación de que media un interés estatal impostergable y que la medida es

⁴⁵ “Nadie estará obligado (...) a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido procedimiento jurídico...”

⁴⁶ Ver y ampliar en CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 2ª ed., 2009, pp. 34-40.

razonable a esos fines, criterio que ha tomado la Corte Suprema argentina en alguna oportunidad.

En nuestro derecho la fuente de este principio se encuentra en el ya aludido artículo 28⁴⁷ y en el 33⁴⁸ de la Constitución Nacional, inspirados, respectivamente, en el proyecto de constitución de ALBERDI y en la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos.

Según LINARES, ambos criterios, junto a otras normas constitucionales, en especial los artículos 16 (igualdad) y 17 (propiedad), se utilizaron para controlar la constitucionalidad de los actos estatales, sin llegar a definirse qué debía entenderse por razonabilidad⁴⁹. Este autor distinguió entre la “razonabilidad jurídica” como valoración de la Justicia de la “razonabilidad técnica”, la cual, lejos de aludir a cualquier parámetro axiológico, se refiere a la adecuación (eficacia) de un medio para obtener un fin determinado y se encuentra, por supuesto, fuera de los confines de la razonabilidad “justa”.

En esa línea, para SAGÜÉS existe una racionalidad normativa, técnica y axiológica: la normativa se relaciona con la coherencia con las normas constitucionales; la técnica, con la adecuación de medios a fines⁵⁰; y la axiológica, con la valoración positiva que, en términos de Justicia, pueda merecer la norma⁵¹.

El control de razonabilidad aparece en numerosos pronunciamientos de la Corte, emitidos a lo largo del siglo pasado, por ejemplo, en el caso de las medidas dictadas en cumplimiento de la declaración de estado de sitio (caso

⁴⁷ “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio.”

⁴⁸ “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidas como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”

⁴⁹ Cfr. LINARES, Juan F., *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 2º edición, 1970, ps. 159 y ss.

⁵⁰ La razón *subjetiva*, señala Max HORKHEIMER, tiene que ver con los medios y los fines, con la adecuación de los métodos y modos de proceder a esos fines, los que se asumen y sobreentienden, pero, cuando se ocupa de ellos, “... lo hace dando por descontado que estos son también racionales en sentido subjetivo, esto es, que sirven al interés del sujeto en orden a su autoconservación, tanto si se trata del individuo en particular como de la comunidad, de cuya perduración depende la del individuo” (ver *Crítica de la razón instrumental*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 2010, trad. de Jacobo Muñoz, pp. 45-87).

⁵¹ SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 1997, t. II, pp. 70-701.

“Sofía”, 1959⁵²) así como en materia de emergencia (casos: “Inchauspe” de 1944⁵³ y “Cine Callao” de 1960⁵⁴, entre otros).

Puntualmente, en materia de control de la actividad administrativa, nuestro Máximo Tribunal acuñó una frase —que después utilizó reiteradamente en pronunciamientos posteriores—, en el caso “Maderera Lanín”⁵⁵ de 1977, a nuestro modo de ver, el primer supuesto en el que nuestro Máximo Tribunal efectuó una revisión estricta de la actuación discrecional administrativa. La fórmula empleada fue la siguiente:

“La circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede aquí constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia”.

En opinión de LINARES, esta doctrina judicial, estadounidense y argentina, permite construir una pauta racional y objetiva de la noción, pues, en sus palabras “... para que haya razonabilidad o justicia debe haber cierta igualdad, equivalencia o equilibrio axiológico entre el antecedente y el consecuente...”⁵⁶.

Para COVIELLO, en el derecho argentino, la distinción entre los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, no ha sido

“...relevante (...) en la medida que se los utilizó como sinónimos (...) porque la razonabilidad hace referencia a un proceso de valoración de los

⁵² Fallos: 243:504.

⁵³ Fallos: 199:483. Dijo la Corte aquí que “... sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionales a los fines que el legislador se propuso conseguir y, en consecuencia, si es o no admisible la restricción de los derechos afectados”.

⁵⁴ Fallos: 247:121. Sostuvo el Máximo Tribunal que “La Corte Suprema ha admitido reiteradamente el principio de la presunción de la constitucionalidad de las leyes, lo que, naturalmente, supone la de su razonabilidad (...) El análisis del mérito o la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos y la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de la Corte, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir, que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y, en consecuencia, si es admisible la consiguiente restricción a los derechos individuales afectados”.

⁵⁵ Fallos: 298:223.

⁵⁶ LINARES, Juan F., *Razonabilidad...*, cit., p. 130. Pedro

*distintos componentes a tener en cuenta en la decisión, que va más allá del mero ajuste formal a la ley y que apunta, por el contrario, al contenido de la decisión —el control de razonabilidad no deja de ser una especie de control de legitimidad—. Por lo tanto, la diferencia entre uno y otro principio es, a mi juicio, inexistente, intrascendente e innecesaria en nuestro ordenamiento*⁵⁷.

Por su parte, ABERASTURY entiende que el concepto de razonabilidad explicitado por la CSJN en sus pronunciamientos no se opone al de proporcionalidad del derecho alemán. Pero, a su entender, la diferencia radica en que el criterio no se encuentra realizado en forma concreta, sino de manera abstracta y con contenidos genéricos, lo cual viene a autolimitar la revisión de la actividad administrativa. En el derecho alemán, en cambio, se exige que el juez deba exteriorizar el análisis de razonabilidad de la norma dando una mayor explicación, en cuanto a los argumentos que permitan explicar que se ajusta, o no se ajusta, al orden jurídico⁵⁸.

En idéntica línea, BLANKE considera que, en el derecho argentino, el concepto de razonabilidad jurídica elimina por completo de su contenido al elemento fáctico “... reduciéndose únicamente a una apreciación de la justicia de una determinada decisión o medida, por lo que su ámbito de aplicación ya no coincidiría con el concepto de ponderación, el cual comprende necesariamente una evaluación de las circunstancias fácticas”⁵⁹.

Compartimos las observaciones de estos autores ya que, así entendido, el principio de razonabilidad se limita a verificar si las restricciones a los derechos que, en obsequio a la satisfacción del interés público son aplicadas a los individuos, se corresponden efectivamente con la realización de una finalidad pública que las justifican. De ese modo, esta idea centra su foco en la indagación de la causa restrictiva, su correspondencia con las circunstancias

⁵⁷ COVIELLO, Pedro J., *La protección de la confianza del administrado*, Lexis Nexis, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, pp. 417-431. Idea que ha reiterado en otro trabajo: “El principio de razonabilidad (¿o proporcionalidad?) en el Derecho Público argentino”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, n° 75, enero-marzo 2011, pp. 127-144. Juan F.

⁵⁸ Cfr. ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 1ª ed., 2006, pp. 118-119.

⁵⁹ BLANKE, Hermann J., “El principio de proporcionalidad en el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano”, *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis Nexis, Buenos Aires, t. 2009, año 21, p. 603.

antecedentes y su pertinencia con los fines invocados. Así vista la cuestión se reduciría a una comprobación de la *aceptabilidad* de la medida por la comunidad, en palabras de ATIENZA⁶⁰.

Entendemos que el principio de razonabilidad sólo ha posibilitado efectuar un control *nomofiláctico* pues, en general, el juez se ha conformado con constatar la existencia del fin público que la limitación al derecho enuncia que ha procurado asegurar, sin entrar a examinar los medios empleados, o sin constatar su idoneidad, de acuerdo a la inveterada doctrina cortesana que impide examinar su acierto o conveniencia. De este modo, los medios quedan invariablemente subordinados a la realización de ese fin.

Ahora bien, el juicio de proporcionalidad, como veremos, es necesario, precisamente, para decidir sobre la protección de los derechos fundamentales, cuando se requiere la ponderación o evaluación de otros principios que aparecen en escena. Aquí habrá de aplicarse la “ponderación de los bienes en juego”, que consiste en el “resultado de valoraciones” de dichos bienes, según el derecho alemán, o, si se quiere, de acuerdo la teoría del balance que utiliza el derecho francés, esquema que, a nuestro juicio, puede requerir, en ocasiones, una postura superadora del tradicional concepto de razonabilidad, por lo que no nos parece que ambas nociones deban identificarse. En todo caso, podría admitirse que la razonabilidad sería el principio y la proporcionalidad un subprincipio o una técnica especial de éste de aplicación en el caso de conflicto entre derechos fundamentales⁶¹.

El principio de razonabilidad, entonces, guarda relación con el de proporcionalidad o ponderación, pero no al punto de confundirse con él. La máxima de proporcionalidad, adelantamos, permite concluir si la actuación estatal es la más adecuada, necesaria y proporcional en términos constitucionales y convencionales, para la obtención de un determinado fin. Por caso, una actuación estatal violatoria del debido proceso sustantivo (por ejemplo, una discriminación religiosa) o del debido proceso adjetivo (denegación de producción de pruebas pertinentes) serían irrazonables en sí

⁶⁰ ATIENZA, Manuel, “Para una razonable definición de lo ‘razonable’”, *Doxa*, N.º 4, año 1987, pp. 192 y ss.

⁶¹ Ver GUARIGLIA, Carlos E., “Razonabilidad y legitimidad en el Derecho Administrativo”, ED, diario del 3 de agosto de 2017. Carlos E.

mismas, sin necesidad de acudir al examen de proporcionalidad o de ponderación.

En suma, no es posible identificar el principio de razonabilidad con el de proporcionalidad o ponderación, por cuanto este último tiene como punto de partida la consideración de los Derechos Fundamentales como normas-principio, que representan mandatos que deben optimizarse en la mayor medida de lo posible, de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas.

La razonabilidad, como entendemos, prescinde del componente fáctico y se circunscribe a valorar la justicia que encierra una decisión aisladamente considerada de acuerdo a sus antecedentes y objetivos y, en esa inteligencia, sólo proporciona un análisis de la “finalidad-formal” de la medida (nomofilaxis) y no una indagación sobre la “finalidad-sustancial” de la misma.

El juicio de proporcionalidad, por otra parte, permitirá, a través del procedimiento administrativo, efectuar una *ponderación* que representaría un juicio o evaluación apriorístico a realizar, ora por el administrador (también por el legislador)⁶².

3.3. *La buena fe*

Se trata de un principio milenario, una vez más proveniente del Derecho Romano, que se vincula con la convicción de la verdad o exactitud de un hecho, asunto u opinión o la rectitud de una conducta. El CCiv. lo consideraba como una regla específica que se relacionaba en el campo de las obligaciones, los contratos o los derechos reales (por ejemplo en el art. 1198⁶³) pero que ahora ha sido considerada como un PGD en el artículo 9º, dentro del Título Preliminar y que, se ha dicho, constituye un mandato de optimización “...*en cuanto ordena reglas de comportamiento cooperativo en la mayor medida de lo posible en el caso*”⁶⁴.

⁶² Ver: SILVA TAMAYO, Gustavo E., *La finalidad en los actos estatales*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 1º edición, 2024, ps. 320-331.

⁶³ El cual estipulaba, con la redacción de la Ley Nº 17.711, que: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*”.

⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo L, ob. cit. p. 53.

Se ha dicho de la buena fe que consiste en un estado de convicción en cuanto a la verdad o exactitud de un hecho, asunto u opinión o la rectitud de una conducta. Es posible dividirla en dos aspectos: la buena fe objetiva (lealtad) que se vincula a la actuación de uno de los sujetos de la relación y la buena fe subjetiva (creencia) que se relaciona con la que una de las partes deposita en la otra.

El principio, como certeramente se ha observado, siempre se consideró directamente aplicable al Derecho Administrativo, aun antes de la entrada en vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto se deriva del principio de protección de la dignidad humana⁶⁵.

La buena fe debe provenir no sólo del Estado, sino también de quienes se vinculan con él. Precisamente, la Confianza Legítima es un PGD que, en esencia, se refiere a la buena fe desde el punto de vista del administrado.

Relacionalmente la buena fe supone una autovinculación de los sujetos derivada de la propia conducta y del ejercicio regular de los derechos, con el propósito de adecuarse a las expectativas generadas en los demás

3.4. La Confianza legítima

La doctrina de la confianza legítima⁶⁶, o de la expectativa plausible reconoce su origen en el derecho alemán y, por influencia del derecho comunitario, ha recibido expresa recepción en el derecho interno de España⁶⁷. La Ley N° 27.742 la ha incorporado explícitamente a nuestro ordenamiento jurídico positivo (art. 1° bis, Ley N° 19.549) y se relaciona con una convicción, a

⁶⁵ CASSAGNE, Juan C., *Los Grandes Principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2° edición, 2021, ps. 99-100.

⁶⁶ Sobre el tema, remitimos a la obra señera de Pedro COVIELLO, *La protección de la confianza del administrado*, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

⁶⁷ En la Ley de Régimen Jurídico del Servicio Público N° 40/2015, art. 3.1. e). Autores como Federico CASTILLO BLANCO se habían inclinado con anterioridad por la admisión de la confianza legítima en ese país, entendiendo que, asentada en los principios de la buena fe y de la seguridad jurídica, surgía de la regulación contenida en las leyes procedimentales españolas relativas a los límites para el ejercicio de facultades anulatorias o revocatorias. A ello este autor sumó pronunciamientos del Tribunal Supremo y de otros que la habían receptado (Ver: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 1° edición, 1998, ps. 276-318). En ese mismo trabajo, CASTILLO BLANCO postuló que la confianza legítima hallaba fundamento en la Constitución Española, art. 9.3., idea que, en la actualidad, comparten autores como Santiago MUÑOZ MACHADO (Ver: *Comentario mínimo a la Constitución española, Crítica*, Buenos Aires, 1° edición, 2019, p. 51).

un estado subjetivo que hace que determinado individuo entienda, verosímilmente, que su actuar se encuentra amparado por algún tipo de legalidad.

Se trata de una suerte de doctrina paralela o complementaria a la de los actos propios pero que no se confunde con ella, en tanto alcanza a expectativas legítimas de los particulares que no se han plasmado en derechos subjetivos.

La CSJN ha aludido a la noción en distintos pronunciamientos que resultan análogamente aplicables al presente y que, a título no exhaustivo, enunciamos.

Así condenó el proceder de la Administración Pública que había creado obstáculos que *“frustraron luego toda expectativa razonable de aprovechamiento forestal por parte de la accionante...”* (Fallos: 289: 223).

También, en otra litis, que la situación de la actora podía ser catalogada como de “legítima confianza” en el cumplimiento por parte del Estado de las pautas cambiarias, situación que no podía ser jurídicamente desatendida cuando “sorpresivamente” fue modificada (Fallos: 328: 1531, disidencia del juez López).

Asimismo, que:

“...es indudablemente indiciaria de que el propio Estado reconoció en ese momento el cono de sombra que la sanción de la ley 21.392 había proyectado sobre la vigencia de la tasa. Esta conducta administrativa ha podido suscitar la razonable confianza en la derogación de la tasa; creencia que, apreciada en el contexto examinado, no puede quedar sin tutela jurídica efectiva” (Fallos: 319: 2185).

Y, finalmente, que:

“...cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido con todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho, debe tenerse por adquirido y es inadmisibles su modificación por una norma ulterior sin agravar el derecho constitucional de propiedad...”, de este modo puso énfasis en “...la circunstancia de que el depósito se había realizado bajo la vigencia de la Ley 25.466 [...] que garantizaba su inalterabilidad [...] y cuyas disposiciones de orden público [...] tenían por

finalidad crear un ambiente de confianza en el sistema financiero que se encontraba debilitado...” (S.173, XXXVIII ORIGINARIO, CSJN, -05-03-2003).

Es que el principio viene a proteger a los ciudadanos que actúan en la confianza de que su actividad es lícita pues ha sido consentida durante un tiempo por la Administración; ésta no puede luego actuar en sentido contrario, privándoles o negándoles sus derechos⁶⁸

En suma, de acuerdo a las opiniones doctrinarias y a la jurisprudencia que hemos reseñado, consideramos que, como situación jurídica, la confianza legítima, con anterioridad a la sanción de la LB, no asumía el carácter de derecho subjetivo, sino que se trataba de un derecho en expectativa, excepcionalmente protegido⁶⁹. A la luz de lo que ahora prescribe el art. 1° bis de la LNPA, consideramos que representa un interés jurídicamente tutelado.

3.5. La transparencia

Se trata de un principio que conecta con el de la “Buena Administración” y aparece consagrado en instrumentos tales como el Libro Blanco de la Gobernanza de la Unión Europea (2001) y el Código Iberoamericano de Buen Gobierno (2006).

A expensas del mismo, los ciudadanos tienen un derecho a la información del accionar estatal, de modo abierto, completo, oportuno y de fácil acceso.

De este modo, los administrados pueden controlar la marcha de la hacienda pública y la actuación de los funcionarios estatales responsables. En nuestro derecho resulta ser una derivación de la forma republicana de gobierno que, a nivel legislativo, halla adecuado cauce en la Ley de Acceso a la Información Pública N° 27.275.

Es el reconocimiento de la esencialidad jurídica que reviste que la población acceda a la información y pueda “ver” qué es lo que ocurre en el Estado y qué hacen los servidores públicos con el mandato de gestionar la

⁶⁸ Cfr. GAMERO CASADO, Eduardo-FÉRNANDEZ RAMOS, Severiano, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 21ª edición, 2024, p. 102.

⁶⁹ Ver: SILVA TAMAYO, Gustavo E., “Confianza legítima, derechos adquiridos y efectos de la ley en relación al tiempo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Bs. As., Volumen 435, 2014, ps. 7 a 38.

cosa pública dado por la ciudadanía a través de la Constitución. Se trata de un presupuesto indispensable del principio republicano de responsabilidad de los funcionarios y de la idea del gobierno del pueblo “a través de sus representantes”.

3.6. La tutela administrativa efectiva

El principio de la “tutela administrativa efectiva” (TAE)⁷⁰ es el nombre que recibe ahora el principio del debido proceso adjetivo, el que ya aparecía contenido en el artículo 1º , inciso f) de la LNPA, con sus manifestaciones explícitas de: 1) el derecho a ser oído, 2) el derecho a ofrecer y producir pruebas; y 3) el derecho a una decisión fundada.

Es una nueva denominación, en línea semejante a los que ha ocurrido con el principio de defensa en juicio que aparece hoy recogido como “tutela judicial efectiva” (TJE) en la Convención Americana de Derechos Humanos.

La LB incorpora como manifestación de la TAE, al “plazo razonable” y al principio de gratuidad.

Respecto del primero, señalamos que fue receptado por la CSJN en el caso *Losicer* (Fallos: 335: 1126) y en él, el Máximo Tribunal entendió que el otorgamiento de un plazo a favor de la Administración para imponer penas, sólo podía tener el sentido de otorgarle un plazo más que razonable para fijar la infracción de que se tratase, pero la dilación injustificada del procedimiento administrativo resultaba incompatible con las garantías previstas en el artículo 18 de la CN y 8 de la CADH.

En relación al segundo, tiende a desterrar la práctica de imponer garantías para deducir impugnaciones a las decisiones adoptadas en las

⁷⁰ Agudamente se ha expuesto que: “...la TAE tiene la función de integrar todos los principios que guían a la actuación administrativa y, a su vez, obra como Principio de Derecho, y como el resto de los otros principios que aglutina, podrá obrar como fundamento resolutivo. Dentro de ella se habrán de ponderar estos principios con la finalidad de que el poder administrador pueda arribar a una solución justa en un caso o conflicto de pretensiones. Ello de modo tal que se garantice el efectivo respeto y concreción de los derechos humanos y, primordialmente del valor Justicia, tomando al hombre como el centro y razón última de todo ordenamiento o relación jurídica. Si bien los principios que integran la TAE serán ponderados, este principio aglutinador no lo será, por resultar en sí mismo, en cuanto a su contenido, la concretización del valor Justicia para el caso analizado” (SANTOS, Alejandra M. ob. cit., ps. 321-322).

tramitaciones de contrataciones públicas que obran como factor disuasivo de ellas con grave afectación de la TAE.

3.7. La simplificación administrativa y la Buena Administración

El principio de “Buena Administración” (del cual la simplificación administrativa viene a ser parte integrante) fue expuesto, al parecer primigeniamente, por el italiano FALZONE y se encuentra hoy bastante difundido en la literatura jurídica, especialmente la europea. Según este autor, existe un deber jurídico de “Buena Administración” que no se trata de un mandato moral o de una directiva técnica que provea la Ciencia de la Administración. Aunque FALZONE no llega a afinar la idea, sostiene que, cuando no existe una “buena Administración”, no se satisface la finalidad legal y si ello no acontece, no hay tampoco una satisfacción real de la regla de Derecho sino, al contrario, una violación de ella⁷¹. BANDEIRA DE MELLO es algo más preciso para esbozar los contornos de la idea al opinar que la Administración debe adoptar la mejor solución cuando actúa discrecionalmente, no cualquier acto, “... *única y exclusivamente aquel que atienda con absoluta perfección la finalidad de la ley*”⁷².

Recientes estudios han puesto acento sobre la directiva contenida en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁷³ para de allí derivar que el derecho a la “Buena Administración” es un derecho fundamental de todo ciudadano de la Comunidad a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y el momento en que se produzcan⁷⁴ o bien que se trata de un

⁷¹ FALZONE, Guido, *Il dovere di buona amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 72, citado por BANDEIRA DE MELLO, CELSO, *Discrecionalidade e Controle Jurisdiccional*, São Paulo, Malheiros Editores, 2ª edição, 1993, p. 45. Celso

⁷² BANDEIRA DE MELLO, Celso, *Discrecionalidade...*, cit. pp. 32-33.

⁷³ “1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.”

derecho fundamental que se integra con la totalidad de los Principios Generales de Derecho (legalidad, eficiencia y eficacia, razonabilidad, igualdad, responsabilidad, seguridad jurídica, confianza legítima, tutela administrativa y judicial efectiva, etc.)⁷⁵.

La doctrina italiana actual también ha resaltado el carácter configurador de la noción de “Buena Administración” del citado precepto comunitario⁷⁶.

Desde un enfoque similar, se han considerado, especialmente, los mandatos de interdicción de arbitrariedad y de objetividad (arts. 9.3. y 103.1 de la Constitución Española), que obligan a la Administración a actuar en forma racional, ponderando, a la vez, los intereses presentes al momento de tomar la decisión, para concluir que el deber de “Buena Administración” es una directiva constitucional ligada al desarrollo de la función, a su ejercicio dinámico, “... *un deber de seguimiento de un procedimiento administrativo adecuado para que la decisión pueda ser, efectivamente, la mejor en su servicio al interés general*”⁷⁷.

Todos los posicionamientos sucintamente descritos confluyen en una idea basilar: la “Buena Administración” sería un principio que restringe la discrecionalidad administrativa al marcarle su confín *cualitativo*, que se suma al confín *cuantitativo* establecido por el principio de legalidad. Sin embargo, la cuestión dista de ser tan sencilla en la praxis jurídica.

En efecto, el legislador no se encuentra forzado a adoptar la mejor de las medidas posibles, bastando con que opte por aquella que resulte legítima. Esta elección, aunque no sea la óptima, obligará a la Administración a ponerla en práctica, de acuerdo al principio formal de supremacía jerárquica de la ley, o, lo que es lo mismo, conforme a la vigencia del principio de legalidad que debe regir la actuación administrativa. De allí que tan sólo en los casos en los que el legislador hubiese dejado deferida a la Administración la elección de la medida, imperaría con plenitud el principio de “buena Administración”.

⁷⁴ Ver RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *El Ciudadano y el Poder Público. El principio y el derecho al Buen Gobierno y a la Buena Administración*, Madrid, Reus, 2012, 1ª ed., p. 133.

⁷⁵ CASSAGNE, Juan C., *Los grandes principios...*, cit., p. 430. Juan

⁷⁶ Ver SORACE, Domenico, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, sexta edizione, 2012, ps. 46-47.

⁷⁷ PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Valladolid, Lex Nova, 1ª ed., 2001, pp. 133 y 214-292.

En resumidas cuentas, de resultas del principio, la Administración no sólo debe actuar de conformidad con el ordenamiento, sino que debe actuar *bien*: para ello tiene el deber de seguir un procedimiento administrativo adecuado procurando que la decisión sea la que más convenga al interés general.

Se trata de un derecho que se integra con la totalidad de los PGD (juridicidad, eficiencia y eficacia, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad, responsabilidad, seguridad jurídica, confianza legítima, tutela administrativa efectiva, etc.)⁷⁸.

Para culminar con el punto, a nuestro entender, caben unas breves reflexiones sobre la “simplificación administrativa” las que, como adelantamos, nos parece que queda genéricamente incluida en la idea de “Buena Administración”, además de que, para nosotros, reitera la idea de “sencillez” que contiene la LNPA es su redacción original (art. 1º. Inc. b).

La Administración debe evitar que la actuación administrativa en la que participa el ciudadano se transforme en un calvario burocrático por las complejidades, a menudo meramente rituales, que se le imponen. La Administración debe fomentar la libre iniciativa de los administrados y la agilidad de su propia actuación, maximizando las posibilidades que la utilización de las nuevas tecnologías le posibilita hoy en día⁷⁹.

4. CONCLUSIÓN

La concreción legislativa llevada a cabo por la LB de algunos de los principios del procedimiento administrativos ya reconocidos por la jurisprudencia, judicial y administrativa, y por la doctrina puede parecer a primera vista redundante.

Sin embargo, su importancia vital para la salud de cualquier sistema normativo, justifica con creces su incorporación expresa pues, como bien se ha

⁷⁸ Esta integración ha sido destacada por la jurisprudencia según lo señalan GAMERO CASADO y FÉRNANDEZ RAMOS en su *ut supra* referida obra, abundando en citas de pronunciamientos del Tribunal Supremo español (p. 100).

⁷⁹ Ver y ampliar en GALLI BASUALDO, Martín, *La Buena Administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza pública nacional*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 1º edición, 2019, ps. 232-236. Ver, asimismo, GAMERO CASADO y FÉRNANDEZ RAMOS, *Manual*.cit., ps. 102-103.

dicho, los Principios “...son la base en la que descansa la organización jurídica; la parte permanente del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica”⁸⁰.

⁸⁰ DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 420.