

Neoconstitucionalismo y derecho administrativo. La tutela de derechos fundamentales en las administraciones del siglo XXI

Por Pedro SPANO TARDIVO*

Resumen

La corriente iusfilosófica conocida como neoconstitucionalismo modifica la posición del Estado frente a la tutela de derechos fundamentales exigiendo de este una actitud proactiva. Se parte de sentar líneas básicas acerca del contenido de las ideas del neoconstitucionalismo y el rol de los principios en el nuevo Estado Constitucional de Derecho. Aceptada la categoría de los principios, el principio de razonabilidad se presenta como una técnica idónea para garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales por parte de los poderes estatales. La irrupción de los principios junto a las reglas del ordenamiento jurídico conforman un sistema de juridicidad cuya hermenéutica genera efectos directos sobre institutos propios del derecho administrativo. Constituyen para el Estado un marco de acatamiento obligatorio con especial visualización de la dignidad de la persona humana convertida en eje de la interpretación y aplicación constitucional. La tesis del neoconstitucionalismo otorga herramientas de acción a las Administraciones Públicas para reaccionar ante una norma expresa que resulte irrazonable a la luz del test constitucional y al mismo tiempo importan el inicio de un proceso de transformación sobre la premisa del carácter instrumental de las administraciones para un nuevo modelo de gestión pública al servicio del ciudadano.

Palabras clave

neoconstitucionalismo · principios de derecho · derechos fundamentales · Administración Pública · transformación

Summary

The legal-philosophical movement known as neoconstitutionalism changes the position of the State towards the protection of fundamental rights demanding a proactive attitude. The principle of reasonableness is present as a technique to guarantee fundamental rights by state powers. The emergence of the principles generate a new system of legality with direct effects on own institutes of the administrative law. One area of State obligations is created with central axis with respect for human dignity. Neoconstitutionalism action tools granted to the government to react to an express provision that results unreasonable in light of the constitutional test and It is the beginning of a transformation process on the premise of instrumental administrations for a new model of governance to serve the public.

Key words

neoconstitutionalism · principles of law · fundamental rights · Public Administration · transformation

*Abogado. Especialista en Derecho Empresario (UNR) y Administrativo (UNL). Doctorando en Derecho (UNL). Mediator. Jefe de Departamento Asesoría Jurídica (por concurso) de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Santa Fe.

1. Introducción

La globalización y constitucionalización del derecho han venido a transformar la ciencia jurídica y las sociedades para el siglo XXI.

Por ello, en el marco de esta convocatoria hemos elegido referirnos a algunos aspectos acerca de la corriente filosófica jurídica que se conoce como neoconstitucionalismo y establecer diversas conexiones con el derecho administrativo.

Se pretende, en breves líneas, esbozar algunas características de esta tesis de raíz constitucional y su influencia sobre la praxis del derecho administrativo, particularmente respecto del requisito de razonabilidad del actuar de la administración en materia de tutela de derechos.

El neoconstitucionalismo trata de un abordaje a la carta magna comprometido con valores y principios vinculados a los derechos fundamentales del hombre y a su dignidad que exceden su formulación escrita de tal modo que ha impulsado un debate entre quienes sostienen que estamos frente a una positivización del iusnaturalismo y quienes afirman que se trata de una iusnaturalización del positivismo.

Esbozaremos humildes reflexiones acerca de la moderna actitud del Estado frente a las reglas de los derechos humanos y sociales y el actual contenido del principio de razonabilidad aportado por las tesis neoconstitucionalistas.

2. Una primera aproximación. Neoconstitucionalismo y Positivismo

Desde hace varios años se discute intensamente en la filosofía del derecho, sobre todo latina, el contenido de esta escuela.

El neoconstitucionalismo contemporáneo es la forma de referirse por parte de los teóricos legales y filósofos del derecho a un nuevo aspecto que caracteriza nuestra cultura jurídica. Este término polivalente pretende explicar una serie de diferentes fenómenos.

El primero de ellos relativos a la aparición de los nuevos textos constitucionales que, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, no se limitan a establecer competencias y divisiones de poderes públicos sino que contienen normas sustantivas o materiales que ordenan la actuación del estado a la consecución de fines y objetivos. Actualmente, los textos sobre filosofía del derecho se refieren a la constitución excediendo su función de fundamento autorizador y marco de derecho. Esta teoría constitucional se caracteriza por el surgimiento de textos constitucionales que incluyen fundamentalmente una serie de elementos materiales como la dignidad, la libertad, la igualdad, el estado de derecho, la democracia y amplios catálogos de derechos fundamentales.

Como más adelante abordaremos, el término explica además un segundo fenómeno relativo a la práctica jurisprudencial ya que, como consecuencia del nuevo modelo constitucional sustantivo, los jueces deben realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos y complejos. Se habla de técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales tales como la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos, etc. El neoconstitucionalismo otorga gran relevancia a la actividad de los jueces y requiere de ellos algún grado de activismo judicial ya que el ordenamiento jurídico debe estar garantizado a través de mecanismos jurisdiccionales, sin desconocer que la dificultad hermenéutica que conlleva trabajar con valores constitucionalizados. El

neoconstitucionalismo concibe al juez y a la autoridad como actores activos y críticos con su sistema jurídico más allá del legalismo y de actitudes serviles frente a la ley⁽¹⁾.

El tercer fenómeno incluye desarrollos teóricos novedosos basados en estos textos constitucionales aportando nuevas fronteras a la juridicidad de los principios. Se sostiene que el tradicional Estado de Derecho ha dejado de forjar el paradigma de la racionalidad jurídica para referirse ahora al Estado Constitucional de Derecho, en el cual la constitución se convierte en un plexo de convergencia de valores, directrices y principios de libertad y democracia que subyacen a la solución de los más importantes casos en el derecho.

El eje sustancial de esta escuela lo constituyen los derechos fundamentales, bases del discurso liberal contemporáneo. Los aportes de Dworkin, Rawls, Habermas, Alexy, Pietro Sanchis, Zagrebelsky, Barroso, Nino, Ferrajoli, entre otros, apartan a la ciencia jurídica de su función meramente contemplativa de su objeto de estudio y contribuyen en forma decisiva a crearlo⁽²⁾. En este sentido, no podemos dejar de señalar al profesor Ernesto Garzón Valdez quien implementó el concepto de "coto vedado" para referirse a ese espacio donde no podría negociarse nada, ni existe disenso para comprender a los derechos fundamentales.

En este marco, no faltan quienes pregonan la muerte del positivismo que en los últimos siglos dominó el pensamiento jurídico. Las nuevas tendencias se agrupan bajo denominaciones polisémicas como post-positivismo o constitucionalismo o neo-constitucionalismo; ni hablar otros tan extremos como Alexy que se refiere al no-positivismo.

El neoconstitucionalismo es el sector que con más fuerza se ha atrincherado en la crítica contra el positivismo⁽³⁾. Este flanco, como anticipamos, está conformado por un regimiento de tendencias no siempre conciliables entre sí pero que enarbolan al menos alguna de estas banderas:

1) El advenimiento del Estado Constitucional donde la ley cede primacía normativa frente a la constitución y donde los derechos ocupan un lugar preponderante respecto al derecho objetivo. "Los derechos fundamentales influyen en todo el derecho no solo cuando tiene por objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino

⁽¹⁾ GIL RENDON, Raymundo: "El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales" Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx

⁽²⁾ La ciencia jurídica es la meta-garantía concebida por Ferrajoli en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes que actúa mediana la verificación y la censura externa del derecho inválido o incompleto. Ferrajoli, Luigi: *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, 5ta edición, Madrid, Trotta, año 2006, pág. 33.

⁽³⁾ Sin embargo hay quienes sostienen que el constitucionalismo es más bien una reinención del positivismo así Luis M. Lloredo Alix sostiene que

"El constitucionalismo... no es sino una reformulación del imperio de la ley, una forma de volver a sacralizar la ley en el contexto de una cultura dominada por el instrumentalismo. en este sentido, no sería más que una reorientación del positivismo hacia el otro polo de la tensión enunciada...: desde un positivismo instrumentalista, que establecía una dualidad fundamental entre Derecho y sociedad y que concebía la ley como herramienta maleable para la acción social, a un positivismo principalista, que trata de regresar a la original rigidez del imperio de la ley y que intenta restablecer la dualidad entre Derecho y moral. Ahora bien, lejos de hacerlo con la perspectiva tradicional del *iusnaturalismo*, esta relación con la moral se plantea desde el mismo derecho positivo como un fenómeno que surge de las mismas entrañas del ordenamiento jurídico. Nótese la aportación de la teoría de Ronald Dworkin, a quien se debe el primer embate serio contra el positivismo instrumentalista, se hace a través de la distinción entre dos clases de normas: las normas-regla, que a su juicio eran las únicas tenidas en cuenta por el positivismo, y las normas-principio, que en su opinión habían sido totalmente desconsideradas. lo que interesa recalcar aquí es que en ambos casos se trataba de normas jurídicas, establecidas en textos legales y vinculantes para los operadores jurídicos. Es decir, que la crítica contra el positivismo se realizaba desde la conciencia de la inevitable positividad del derecho"

LLOREDO ALIX, Luis M.: "¿Estamos ante un cambio de paradigma en la filosofía del derecho? El neoconstitucionalismo y la crisis del estado social" en *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n°19, enero 2014, ISSN 1698-7950, pág. 157-176.

también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican Derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales⁽⁴⁾.

2) Los principios constitucionales y los derechos fundamentales vienen a derribar el muro que el positivismo había construido entre derecho y moral. La moral ha emigrado al derecho sin agotarse en el derecho positivo.

3) La visión del derecho sementada en la coacción estatal es superada por la existencia de heterogeneidad de fuentes normativas que dirimen conflictos a través de la argumentación en base a reglas de razonamiento moral abandonando mecanismos de subsunción lógica. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, razonabilidad, la teoría del contenido esencial, entre otras.

4) Sostienen que la noción científica de derecho es atravesada por vectores ideológicos que impiden estudiarlo desde una plataforma externa y objetiva. No hay neutralidad ni avaloratividad en el derecho.

5) El derecho no sólo consiste en estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental.

En lo que a nosotros ahora importa decimos que el neoconstitucionalismo alude a una nueva visión del estado de derecho que parte del constitucionalismo, cuya característica primordial es la primacía de la constitución sobre las demás normas jurídicas y que vienen a hacer la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales⁽⁵⁾.

2.1. Principios y Reglas

El neoconstitucionalismo trae aparejado importantes cambios para el derecho en sí. La práctica judicial mostraba que junto a las normas así definidas, cuya existencia no se negaba (reglas), existían otras con una estructura diferente, mucho más abierta y flexible (principios), de las que el positivismo no daba cuenta.

El profesor Zagrebelski precisamente distingue la concepción de Estado Legislativo donde las reglas rigen al derecho y la de Estado Constitucional donde el derecho se va a regir por principios. En este sentido, distinguir los principios de las reglas significa distinguir la constitución de la ley. Para el autor las reglas se agotan en sí mismas y carecen de fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Solo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo de orden jurídico. Las reglas, incluso las que están incluidas en la constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial.

Según Zagrebelski, la distinción está en que las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, podemos y no debemos actuar en circunstancias determinadas y específicas, en cambio, los principios nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas.

⁽⁴⁾ HESSE, Konrad. AAVV: Benda, Mahofer, Vogel, Hesse. (ed.), "Significado de los derechos fundamentales", *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pág 93.

⁽⁵⁾ GIL RENDON, Raymundo: "El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales", Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx

Otra diferencia sustancial entre reglas y principios radica en el diverso tratamiento que el derecho hace de ambas. Solo a las reglas se le aplican los métodos de interpretación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador, siendo por lo general su significado lingüístico autoevidente. Mientras tanto en los principios se deberán tomar en consideración tradiciones, contextos, etc., más que interpretarlas lingüísticamente deberán ser entendidas en su *ethos*. Al carecer de supuesto de hecho, los principios solo pueden recibir algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto, sin que pueda determinarse a priori o en abstracto el supuesto, ni por supuesto, entender su alcance.

El profesor Vigo explica que en opinión de Zagrebelski, la relación entre la ley y la Constitución equivale a la relación entre principios y normas, y estos operan como derecho concentrado quedando en manos del jurista explicar o determinar una respuesta desde los mismos para el caso que debe resolver o proponer una solución⁽⁶⁾.

La distinción entre principios y reglas para Alexy constituye la base de fundamentación *iusfundamental* y es la clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Explica que dentro de las normas *iusfundamentales* es posible distinguir entre normas que son principios y normas que son reglas y que unas no excluyen a las otras. Expone criterios de distinción complementarios a saber⁽⁷⁾:

a) En primer lugar normas y principios se distinguen en cuanto a su fuerza deóntica. Los principios pueden ser llevados a cabo en más o en menos, es decir admiten niveles de cumplimiento, con la consecuente exigencia de que se cumpla en la mayor medida posible, es decir que sea optimizado. La regla mientras tanto ordena algo que puede ser observado o no, no admite niveles, no hay intermedios.

b) el segundo criterio aparece al momento de la aplicación, más precisamente en el momento de colisión o conflicto. Es que el conflicto de reglas solo puede solucionarse introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida una de las reglas. Pero cuando los principios colisionan el juez no juzga solo la validez, sino que no puede en cierto modo dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá luego de una ponderación la preeminencia de uno sobre otro pero sin anular al que no se ha preferido y dejando claro que su juicio de preferencia se vincula con las particulares circunstancias de la causa de modo que en otro caso posterior, frente a otras circunstancias aplicaría el principio que ahora resulta postergado.

En definitiva Robert Alexy define los principios como mandatos de optimización de contenido moral y forma jurídica, que reclaman la mejor conducta según las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas.

2.2. La exigencia de razonabilidad

Aceptada entonces la categoría de los principios, decimos que el principio de razonabilidad se presenta como una técnica idónea para garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales por parte de los poderes estatales. La interpretación en la era del

⁽⁶⁾ VIGO, Rodolfo: *Constitucionalización y judicialización del Derecho - Del Estado de Derecho Legal al Estado de derecho Constitucional*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana: Grupo Editorial Ibañez; Colección Internacional N°42, 1ra Edición, año 2012.

⁽⁷⁾ Estos criterios no se encuentran carentes de críticas, entre ellas las de A. Aarnio y Luis Prieto Sanchis, pero que a los efectos de este trabajo no resulta relevante reproducir. Puede verse: CIANCIARDO, Juan: "Principios y Reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, n°108, septiembre-diciembre año 2003, pág. 891-906.

neoconstitucionalismo exige la preeminencia de la máxima de razonabilidad, las leyes que regulan los derechos fundamentales deben ser razonables y también debe ser razonable la interpretación que se hace de ellas.

El principio prescribe en términos generales que toda regulación legislativa en materia de derechos fundamentales debe ser razonable o proporcionada; racionalidad que se encuentra integrada por tres subprincipios: adecuación, necesidad y razonabilidad en sentido estricto.

El primer subprincipio, de adecuación, establece que la norma reguladora de un derecho fundamental sea idónea para el logro del fin que se busca alcanzar mediante su dictado, es decir que el medio resulta apto para el logro del fin que se pretende.

El subprincipio de necesidad prescribe que el legislador escoja de entre los medios idóneos para el logro del fin que procura, aquel que resulte menos restrictivo para los derechos fundamentales involucrados. Se practica mediante un juicio de comparación entre el medio elegido por el legislador y otros medios hipotéticos posibles.

Establecida la adecuación y la necesidad de la medida legislativa se debe determinar si es razonable *stricto sensu*, lo que consiste en establecer si la medida guarda relación razonable con el fin que procura alcanzar. Si bien existen disidencias, la posición mayoritaria concreta el juicio de razonabilidad en el balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida (balance de costos y beneficios); una medida será ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En definitiva una norma será razonable cuando sea adecuada al fin, siendo además la menos restrictiva de los derechos fundamentales de entre todas las adecuadas y finalmente, respetuosa de una relación proporcionada entre los costos y los beneficios que causa. Hay quienes agregan el requisito de un análisis acerca de si se ha respetado el contenido esencial del derecho afectado por la regulación⁽⁸⁾.

En una perspectiva neoconstitucionalista, una ley será conforme a la constitución o su interpretación será constitucionalmente aceptable en la medida que sean razonables. La evaluación de la razonabilidad es, desde esta perspectiva clasificante: la norma irrazonable o la interpretación irrazonable no son normas ni interpretaciones jurídicas.

“El problema del fundamento de la exigencia de razonabilidad es reducible, desde esta perspectiva, a la pregunta por el fundamento del derecho... con una comprensión del fenómeno jurídico que dé respuesta a la pregunta fundamental: ¿por qué el derecho y no la violencia? ... Una respuesta satisfactoria debe descansar... sobre una filosofía filosófico-jurídica, sobre una filosofía de la persona humana. La referencia a la persona no solo permita fundar el elemento ideal del derecho sino que también da razón a sus estructuras formales, al menos parcialmente y el del derecho como totalidad. Desde un planteamiento así, el respeto y la protección de la persona pasan a ser un elemento estructural de lo jurídico y no meramente el contenido o fin de las normas”⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ El profesor Juan Cianciardo considera que este planteamiento de la razonabilidad no impide siempre y en todos los casos que el legislador o el administrador violen los derechos fundamentales y propone dos soluciones alternativas, una consistente en agregar al test de racionalidad el del contenido esencial y, la otra, el juicio de alteración del contenido esencial de los derechos fundamentales sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. CIANCIARDO, Juan: "Máxima de Razonabilidad y respeto de los Derechos Fundamentales" en Derecho y Persona, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, Vol. 41, año 1999. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra. España, año 1999, págs. 45-55.

⁽⁹⁾ CIANCIARDO, Juan: *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2006, pag. 30

La respuesta se relaciona con la idea de dignidad humana.

3. Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo

Manteniéndonos al margen de los debates enunciados y que corresponden a los filósofos del derecho, nos atenemos al núcleo consistente en que los derechos de la Constitución son principios, en el sentido antes descrito, que se aplican judicialmente, mediante su ponderación y esos principios encuadran dentro de un plano universal consensuado de valores receptados tanto en las constituciones, como en convenciones y tratados internacionales que obligan a los estados y los hacen responsables por sus omisiones. Los valores y principios supraestatales, conforme venimos desarrollando, constituyen un marco de acatamiento que se impone sobre los textos fundamentales y compromete a los estados particulares con especial visualización de la dignidad humana. La centralidad de la persona humana se convierte en eje de la interpretación y aplicación constitucional.

Las leyes que regulan derechos humanos deben ser razonables y también debe serlo la interpretación que se haga de ellas. Esto es exigido en el derecho argentino por el art. 28 de la Constitución Nacional conforme la interpretación hecha por el Máximo Tribunal Nacional.

El referido art. 28 de la Constitución Nacional de 1853, adelantado quizás a su tiempo, establece ya la presencia de principios, garantía y derechos que no pueden ser desvirtuados por normas legales que se dicten en consecuencia, reconociendo la posibilidad de la existencia de derechos con y sin normas. La reforma del 1994 completa el sistema en la medida que introdujo la expresión escrita de principios y valores concretos como “equidad y solidaridad” (art. 75 inc. 2 y 8 CN), “igualdad de oportunidades” (art. 75 inc. 2, 19 y 23 CN), progreso económico “con justicia social” (art. 75 inc. 19 CN), ambiente sano (art. 41 CN), trato equitativo y digno en materia de servicios públicos (art. 42 CN). Además se incluyen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados expresamente por el art. 75 inc. 22 CN y la opción expresa impuesta por el Congreso de la Nación de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (art. 75 inc. 23 CN).

“Es en este contexto, donde la irrupción de los principios generales del derecho -según Haberle- “quiebra el carácter estatal de las fuentes del derecho”, se caracteriza por mostrarnos un nuevo Derecho Administrativo también, consecuentemente, “desestatizado” gracias a -según Sabino Cassese- dos eventos: el primero es el desarrollo de un derecho administrativo internacional no ligado al Estado, sino a administraciones globales y el segundo, consiste en la afirmación de reglas globales, producidas por tratados o por organizaciones internacionales, dirigidas a los estados y a los privados interesados”⁽¹⁰⁾.

La irrupción de esos principios y valores trae como consecuencia una serie de fenómenos con efectos directos sobre los institutos propios del derecho administrativo. Estas nuevas líneas en el pensamiento constitucional, sumado a la crisis en que se encuentran sumidas nuestras instituciones republicanas, producen un impacto fuerte en el Derecho Administrativo y en sus implicancias prácticas.

⁽¹⁰⁾ PEREZ HUALDE, Alejandro, "Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo", AFUCD, N°12, año 2008, pág. 755.

Particularmente y a los fines de este trabajo nos preocupa pensar de qué forma pueden influir estas ideas en un Derecho Administrativo en el que la actuación de la administración burocrática se piensa desde los principio de razonabilidad que debe respetar el estado en su accionar y la tutela de los derechos humanos fundamentales.

3.1 La máxima de razonabilidad en el actuar de la Administración

El derecho administrativo, al involucrar al Estado, obviamente presenta especiales características que se vinculan con la concepción que del Estado se tenga respecto de su supremacía o poder de imperio.

En este marco la razonabilidad de la acción administrativa se abordó durante mucho tiempo desde la razonabilidad del acto administrativo conforme la razonabilidad del procedimiento administrativo llevado a cabo para su dictado y particularmente en términos del requisito de motivación. Un acto administrativo era razonable si se dictaba por autoridad competente, habiendo llevado a cabo el debido procedimiento administrativo y se encontraba suficientemente motivado.

Así se ha dicho por ejemplo que

“... la importancia de la regulación del procedimiento administrativo radica en que constituye una herramienta tendiente a satisfacer el bien común, siendo una garantía formal a favor de los administrados que le aseguran el poder de reacción frente a los actos perjudiciales a sus derechos subjetivos o intereses legítimos y un importante factor de autocontrol por parte de la Administración en el respeto de la legalidad y la razonabilidad...”⁽¹¹⁾

Dijimos que el principio de razonabilidad se funda en el art. 28 de nuestra Constitución Nacional cuando establece que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores capítulos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” y que este precepto constitucional también es sustento a la prohibición de arbitrariedad de la conducta administrativa, en la medida en que aparece concebida para las leyes, resulta extensivo a todos los actos de los distintos poderes públicos⁽¹²⁾.

Ahora bien el paradigma del acto administrativo legítimo muta a la luz de las ideas neoconstitucionalistas. En este sentido, señala Cassagne con cita al constitucionalista Juan Vicente Sola que:

“... desde la óptica del derecho constitucional, ... “uno de los principios que orienta al Estado contemporáneo es el de que los actos estatales no deben solo emanar de una autoridad política elegida por el pueblo y ser resultado de procedimientos preestablecidos: los actos practicados en nombre de un estado democrático de Derecho, también además de ser legítimos (...) deben reflejar los valores e intereses de la población””, precisamente la legitimidad de los actos abarca tanto la legalidad como la razonabilidad -o justicia- de los mismos”⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ CASSAGNE, Juan Carlos: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, La Ley, 10° Edición, , año 2011, pág. 4.

⁽¹²⁾ LINARES, Juan Francisco: *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 2° Edición, , año 1970, pág. 108.

⁽¹³⁾ CASSAGNE, Ezequiel; AAVV Director: Héctor M. Pozo Gowland: *Procedimiento Administrativo. Aspectos Generales del Procedimiento Administrativo. Relaciones con otras ramas del derecho*. Tomo I, Buenos Aires, La Ley, año 2012, pág. 687.

Ahora pues, la máxima de razonabilidad se ha expandido sobre el actuar administrativo erigiéndose como corrector del principio de legalidad administrativa.

Pero no resulta sencillo establecer que debe entenderse por razonabilidad al ojo del constitucionalista o el administrativista, esto es innegable. Así Bidart Campos afirmó que “es difícil definir... qué es razonable. Alguien puede pensar que se trata nada más que de una apreciación subjetiva”. Sin embargo, nuestra Corte Suprema ha puntualizado que es la racionalidad con que se ejercen las facultades de la Administración el principio que otorga validez a los actos de los órganos del estado⁽¹⁴⁾.

Clave es la reflexión del profesor Gordillo quien sostiene que es claro que el jurista, juez, funcionario o tribunal administrativo no necesita ni debe someterse ciegamente a la racionalidad irracional de la norma burocrática; él debe aplicar el supremo principio de derecho de la razonabilidad, por encima de toda norma que resulte arbitraria por excesiva o irreal⁽¹⁵⁾.

Lo que nos preocupa en realidad, es cómo debe reaccionar la administración en el caso concreto cuando una norma expresa, analizada a la luz del test de racionalidad propuesto por el neoconstitucionalismo, resulta irrazonable.

Es que la actividad diaria de la administración burocrática es reglamentada por un vasto universo normativo que incluye leyes, reglamentos, ordenes administrativas y que por sobre ellas conforme estas tendencias constitucionalistas se encuentra precisamente la constitución y sus principios fundamentales. Estos no siempre se encuentran orientados en el mismo sentido, ni sistematizados, por tanto el operador jurídico administrativo para resolver un caso concreto debe muchas veces fusionar normas fisionadas en el ordenamiento para construir la norma que rija el caso concreto.

A modo de ejemplo doméstico del problema que nos atañe y de como el neoconstitucionalismo se instala en el derecho administrativo, tomamos la norma contenida en el art. 36 de la Ley Provincial N°8525 (Estatuto del Empleado Público) que establece: “En caso de fallecimiento del empleado, tienen derecho a una indemnización igual a la mitad de la prevista en el artículo 26: a) La cónyuge con derecho a alimentos o el cónyuge incapacitado totalmente, cuando su único sustento provenía del ingreso de la empleada; b) Los hijos menores.”

Esta norma aplicada taxativamente mediante el sistema positivista de la subsunción, durante muchos años impidió al cónyuge supérstite varón acceder al beneficio de la indemnización por muerte de su esposa fallecida si no demostraba su incapacidad o, en su caso, que la causante fue la proveedora de su único sustento. Obviamente es una norma que al menos “hace ruido” desde que pensamos en principios como igualdad, dignidad de la persona humana como centro del sistema jurídico, protección integral de la familia, etc.

La duda es entonces: ¿puede la administración abordar la razonabilidad de la norma a la luz de los principios constitucionales y supraconstitucionales, de los derechos fundamentales tutelados? o ¿debe aplicar la norma conforme fue puesta por el legislador y dejar a los jueces el control de constitucionalidad?

⁽¹⁴⁾ CSJN, Fallos 298:223.

⁽¹⁵⁾ GORDILLO, Agustín: *Las fuentes del Derecho Administrativo Argentino*. Tomo I, Madrid, Documentación Administrativa, INAP, año 2004, pág. 43.

Se trae a colación la polémica entre Kelsen y Schmitt sobre quién debería ser el defensor de la constitución. Párrafos anteriores adelantamos nuestra opinión respecto de que la Administración Pública como la primer ejecutora del orden público estatal y por la influencia directa que su actuación tiene sobre la esfera jurídica de los administrados - a los que preferimos denominar ciudadanos- le corresponde el deber de velar por la tutela constitucional de los derechos subjetivos y por tanto deberá someter las normas al test de razonabilidad.

Afortunadamente nuestra Fiscalía de Estado Provincial, recientemente ha recepcionado estas ideas y ha sustentado la interpretación constitucional ponderativa y razonable de esta norma.

Entonces: ¿Es razonable a la luz de los principios que solo la cónyuge supérstite perciba la indemnización por fallecimiento de su marido y que por el contrario al hombre no le corresponda el mismo derecho por el fallecimiento de su mujer si en vida aquella no fuera su único sustento? La respuesta es sin dudas negativa.

Remitiéndonos en los párrafos siguientes a los fundamentos incorporados en el Dictamen N° 159:2015 de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe, decimos que allí, el máximo órgano de asesoramiento jurídico de la provincia, entendió que la disposición transcrita afecta a la garantía constitucional de la igualdad, provocando una discriminación negativa en perjuicio del esposo reclamante. El principio de igualdad encuentra amplia protección constitucional y convencional -de raigambre constitucional, tras la reforma del 94: arts. 16 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, art. 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7), art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), entre otros. No se trata de sustentar un igualitarismo, una igualdad sustancial de todos los seres humanos, que implique desconocer la natural individualidad del sujeto con sus características propias en lo que atañe a sus aptitudes, cualidades, idoneidad, aspectos estos que permiten afirmar su derecho personalísimo a la identidad personal.

Como se ve, la norma establece una injustificada diferencia de trato haciendo casi imposible al viudo ser beneficiario de la indemnización prevista por su sola condición de ser del sexo masculino. En efecto, sin dudas la previsión legal contenida en el art. 36 de la Ley N° 8525 tuvo su fundamento en una situación social imperante en el momento de su sanción, por la cual se presumía que la mujer se hallaba a cargo de su marido. Mas la misma hoy ya no rige, no se compadece con la realidad actual ni constituye razón suficiente para fundar la denegatoria del beneficio establecido por aquél, pues hoy por hoy la gran mayoría de las familias subsiste con el aporte de ambos cónyuges.

Continúa expresando el aludido dictamen que, es que el Derecho ha de evolucionar conforme muta el contexto social al cual regula y el cambio de las circunstancias sociales habidas en el momento de sanción de una ley no puede pasar inadvertido a los operadores del derecho, pues ello atentaría contra la eficacia del sistema jurídico. Ergo, las normas han de ser interpretadas no sistemáticamente, sino también circunscriptas a los parámetros que marca el cambiante contexto social. Sobre todo en supuestos como el presente en que se encuentran discutidos beneficios de la seguridad social que tienden a cumplir con el principio constitucional de la protección integral de la familia.

Ahora bien, habiendo ya determinado la colisión de la norma con los principios constitucionales y supraconstitucionales, puede la Administración derogarla o reinterpretarla para evitar un resultado que afecte derechos subjetivos?

En efecto el mismo órgano tiene dicho que

“la inconstitucionalidad de las normas, no es un juicio que corresponda a la Administración sino a los jueces. Sin embargo estableció tres excepciones prudenciales que habilitan que la misma Administración no aplique una norma por inconstitucional: (a) cuando la norma sea palmariamente arbitraria; (b) cuando haya sido declarada inconstitucional por un Superior Tribunal; (c) cuando existan reiteradas declaraciones en ese sentido de tribunales inferiores”⁽¹⁶⁾.

Pero en esa oportunidad continuó diciendo la Fiscalía de Estado que, dentro de la primera hipótesis, la arbitrariedad, se vincula con la ausencia de la motivación adecuada identificada -en el caso- por la finalidad del precepto en orden al interés general que tiende a tutelar. Es decir, la norma no supera el test de razonabilidad cuando se la enfrenta con la situación de hecho o derecho que rige en su ámbito de aplicación. En efecto, de acuerdo a todas los argumentos expuestos supra, la solución legal: a) no supera el “control de la selección” pues como vimos se funda en una de las categorías consideradas sospechosas (sexo) según los parámetros fijados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no justificada objetiva y razonablemente; b) no supera el “control de la ponderación normativa”, es decir, no se adecua a la finalidad de la norma, que estriba en la protección integral de la familia. Lo dicho en torno a la justificación oportuna de la solución legal y su insostenibilidad en nuestros tiempos, refiere a lo que se llama “irrazonabilidad sobrevenida”, por la cual una norma que inicialmente en su aplicación es constitucional puede devenir, a través del tiempo, en inconstitucional por dicha causa. En definitiva, resulta indiferente quién efectuaba el aporte proveniente del empleo público, si la mujer o el varón; lo importante es que tal aporte, provenga de uno o de otro, sirvió para sostener y mantener al grupo familiar. Por ello, la contingencia de la pérdida de uno o de otro conmueven de igual manera a la economía hogareña independientemente del sexo⁽¹⁷⁾.

Viene entonces, a partir de esta interpretación, la Administración a “solucionar” un problema de colisión del ordenamiento jurídico legal con principios constitucionales en su propia sede.

⁽¹⁶⁾ Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe, Dictámenes, 0197:2009. COMADIRA, Julio R., *La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional*, en *Derecho Administrativo*, 2ª Edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, págs. 733/746; BIDART CAMPOS, Germán J., “El control y la declaración de inconstitucionalidad en sede administrativa (Sus problemas)”, en *E.D.*, T. 21, págs. 209/217; URRUTIGOITY, Javier, “Consideraciones sobre el principio de juridicidad de la Administración y sus fuentes, a la luz de las nuevas disposiciones constitucionales” (Punto 4: La Administración frente a la ley inconstitucional), en *Derecho Administrativo* (obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, págs. 325/336).

⁽¹⁷⁾ Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe. Dictámenes 159:2015.

3.2. La actividad administrativa y la tutela de los derechos fundamentales

Recordamos brevemente que la competencia administrativa implica el complejo de funciones atribuido a un órgano administrativo, o como la medida de la potestad atribuida a cada órgano. La otorga la ley y a través de ella los órganos administrativos desarrollan la actividad del Estado para lograr su fin.

El problema reseñado en el párrafo anterior se refería a la existencia de normas que se oponen al ordenamiento jurídico entendiendo su contenido desde las ideas del neoconstitucionalismo. Pero qué sucede cuando en lugar de una norma conculcadora de derechos nos encontramos ante la ausencia de normas.

Cabe preguntarse: ¿cómo funciona el principio de competencia para el actuar de la administración pública? ¿puede la administración abstenerse de actuar en tutela de los derechos fundamentales y fundar su inacción con argumento de la inexistencia de una norma específica que habilite su acción directa?

Para el profesor Gordillo, las facultades de un órgano administrativo pueden estar regladas, cuando una norma jurídica predetermina, de forma concreta, una conducta definida que el administrador debe seguir, es decir, cuando el orden jurídico establece de antemano aquello que específicamente el órgano debe hacer en un caso concreto. Esta es una formulación correcta pero antigua, proveniente del derecho francés que se ha extendido a muchos países pero que no tiene, como categoría conceptual, utilización universal. Por nuestra parte, la hemos mantenido durante más de medio siglo, pero ya no pareciera que llegue a universalizarse para explicar los límites jurídicos a la actividad e inactividad administrativa y estatal en general. En cambio, tiene gran importancia teórica y práctica que tanto las normas como su ausencia no quitan el sometimiento de la actividad e inactividad estatal a los principios o valores fundamentales del derecho. Podría entonces postularse en el siglo XXI que más importante que distinguir el ámbito reglado del discrecional, es mostrar los grandes principios jurídicos universales que, como principios generales de derecho, siempre están por encima de la actividad sea normativa o concreta, e incluso omisiones, del estado⁽¹⁸⁾.

Este tema fue tratado en recientes y muy interesantes trabajos del Doctor y profesor Justo José Reyna quien sostiene la existencia de un principio constitucional de actuación conjunta para la tutela especial de los derechos fundamentales, conforme el cual, con argumentos filosóficos tomados de la vertiente del neoconstitucionalismo, la administración debe actuar siempre ante la afectación de estos derechos. Sostiene que es un principio implícito en la medida que no ha sido emanado o dictado expresamente en la norma constitucional, sino que el mismo debe ser extraído por descubrimiento e inferencia⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas*, Tomo 9, Primeros Manuales, Buenos Aires, FDA, 1° Edición, , año 2014, pág. 613.

⁽¹⁹⁾ Dice el autor seguido:

"El mismo se presenta al observador con los principales índices utilizados por Dworkin para calificar al presencia de un principio, en oportunidad de diferenciarlo con las reglas. En este sentido resalto que: a) desde el punto de vista del "contenido" este estándar responde a un contenido "intrínsecamente moral" y de contundentes exigencias de justicia y equidad vinculados directa e inmediatamente a la centralidad de la persona humana en sociedades plurales; b) los destinatarios de este estándar son, en esencia las administraciones responsables de adjudicar los derechos de los ciudadanos en su núcleo existencial; c) este estándar no es fruto de un acto de creación sino el resultante de una trabajos y polémica tarea de descubrimiento y d) las contradicciones que el mismo genera con otros principios no se rige por las reglas de la derogación y validez sino por una dimensión de "peso o importancia" que debe tener en cuenta quien resolverá el conflicto"

Plantea la huida paulatina del Estado de Derecho Legal para adentrarse en las técnicas del Estado de Derecho Constitucional, lo que trae consigo resultados operativos en materia de reconocimiento de derechos fundamentales en casos particulares que convocan a la actuación conjunta de Administraciones Públicas de distintos niveles endonacionales.

El autor seguido en este punto sostiene que

“...la dogmática administrativa...debe encadenarse a los esfuerzos provenientes de otras disciplinas jurídicas que propugnan una concepción del derecho que conduzca a los operadores jurídicos a las soluciones jurídicas para casos difíciles de nuestra incumbencia. El contexto de esos casos difíciles se presenta con un marcado debilitamiento del Poder Legislativo y de la ley cuando ella no se constituyen en el canal para la tutela de la centralidad de la persona humana...”⁽²⁰⁾.

En tanto estima la existencia de una manda constitucional que obliga a las Administraciones a actuar de un modo participativo para atender en sede administrativa y previa a la judicial la satisfacción de los núcleos mínimos de los intereses, bienes o valores fundamentales comprometidos en casos concretos, como causa fuente que obliga y por ende habilita dicha actuación a pesar de la inexistencia de una norma legal concreta de competencia.

De tal modo, dice el profesor Reyna, que el Estado de Derecho Constitucional ha acreado una innovación en la propia estructura del modelo de legalidad que se correspondía al Estado de Derecho Legal de la sumisión a la producción de las normas por el legislador, posicionando a los actores jurídicos de una manera prevalente frente al derecho sustancialmente legítimo. Propone un nuevo modelo donde cobran relevancia los contenidos del derecho relativos a la persona humana, a la dignidad y a los derechos fundamentales. La presencia de la persona humana en el sistema jurídico, sus derechos y garantías, han modulado por ende, el paradigma del derecho administrativo clásico del principio de legalidad como vinculación positiva de la administración a la norma del legislador, donde ella es fundamento y límite de la potestad de actuación de la administración, pues en la actualidad ya no vale como antes la distinción entre posición de los particulares y la de la administración frente a la ley.

Siguiendo el razonamiento del autor, la legalidad de este modelo se apoya en nuevas premisas, donde la administración encuentra fortalezas constitucionales en sus potestades de actuación. Los principios y habilitaciones constitucionales relacionados a ese contenido sustancial gobiernan los contenidos normativos y jurídicos de todo el proceso de creación y aplicación normativa por parte de la administración. El sistema de garantías relativo a los derechos fundamentales opera en el campo del derecho administrativo como fundamento imperativo y como límite de la potestad de actuación de la administración.

Al mismo tiempo, estas ideas que desarrolla la tesis del neoconstitucionalismo importan un factor o circunstancias que impone el inicio de un proceso de transformación de las administraciones públicas. Una transformación que, conforme lo explica el profesor Reyna,

REYNA, Justo J., "Fundamentos del Principio Constitucional de actuación conjunta para la tutela especial de derechos fundamentales" en *Revista de Direito Administrativo & Constitucional (A&C)*, Belo Horizonte, Editora Forum Ltda., N°55, año 14, janeiro/março. ISSN 1516-3210., año 2014, pág. 41

⁽²⁰⁾ *Op. Cit.* pág. 24.

se proyecta hacia la apertura de las fronteras rígidas de las organizaciones administrativas, generando modelos flexibles, integrativos, participativos, superando aquellos modelos estructurados o cerrados de apoyatura exclusiva en la primacía de la ley. La Administración Pública debe construirse y reconstruirse de modo general, sobre la premisa de su carácter instrumental para un nuevo modelo de gestión pública de servicio al ciudadano.

En este marco

“... el principio constitucional de actuación conjunta para la tutela de los derechos fundamentales, es la regla jurídica, es el imperativo jurídico que impone repensar la organización administrativa y la necesidad de modulación para el armado de la red interadministrativa, siendo ella un ámbito de intergubernabilidad obligatorio. Es un mandato de orden jurídico que las administraciones no pueden desoír so pretexto de silencio u oscuridad de leyes formales de los distintos niveles endonacionales”⁽²¹⁾.

Consideraciones finales

Hemos reseñado algunos de los elementos comunes característicos de las diferentes corrientes filosóficas del neoconstitucionalismo y tratado de establecer su influencia en tópicos del derecho administrativo que atraviesan en forma transversal.

Principios y reglas son reconocidos para integrar y sustentar el sistema de juridicidad (ya no simplemente legalidad) restableciendo los puntos de contacto entre derecho y moral.

Encontramos que estas ideas amplían el concepto de fuente, subvierten el orden piramidal del ordenamiento jurídico aprehendido del *iuspositivismo* e introducen una teoría propia acerca de la actividad hermenéutica con el objeto de interpretar las normas y llenar lagunas conforme los mandatos constitucionales en un modelo de Estado Constitucional de Derecho.

La transformación de las administraciones públicas en base a estos principios deberá orientarse la realización de la justicia tomando como centralidad la dignidad de la persona humana, en definitiva, a la protección de un núcleo básico de derechos fundamentales.

Este núcleo básico de derechos fundamentales pretende adquirir cierta universalidad mediante su incorporación directa y indirecta, expresa o implícita (con la necesaria tarea de descubrimiento interpretativo que conlleva) en las Constituciones Nacionales vinculadas a sistemas democráticos.

Consecuentemente, aceptamos el riesgo que conlleva hacer referencia a la pretensión de universalidad, al reconocer los fundamentos que los embates de la Filosofía Crítica seguramente podrá sustentar respecto de este punto y que serán materia de futuros estudios.

⁽²¹⁾ REYNA, Justo J., "La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI" en *Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C*, año 14, N°56, abril/junho 2014, Belo Horizonte, pág. 85.

Referencias bibliográficas

- CASSAGNE, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, La Ley, 10ª Edición, Buenos Aires, año 2011.
- CASSAGNE, Ezequiel, Director: Héctor M. Pozo Gowland: *Procedimiento Administrativo. Aspectos Generales del Procedimiento Administrativo. Relaciones con otras ramas del derecho*. Tomo I, La Ley, Buenos Aires, año 2012.
- CIANCIARDO, Juan, "Máxima de Razonabilidad y respeto de los Derechos Fundamentales. Derecho y Persona", en *Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos*, Vol. 41, año 1999, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, España, año 1999, págs. 45-55.
- "Principios y Reglas: Una aproximación desde los criterios de distinción", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, n°108, septiembre-diciembre año 2003, pág. 891-906.
- *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*. Editorial Abaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires, año 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Trotta, 5ª edición, Madrid, año 2006.
- GIL RENDON, Rymund, "El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentales" en *Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. www.juridicas.unam.mx
- GORDILLO, Agustín, *Las fuentes del Derecho Administrativo Argentino*. Tomo I, Documentación Administrativa, INAP, Madrid, año 2004.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas. Tomo 9. Primeros Manuales*. FDA, 1ª Edición, Buenos Aires, año 2014.
- HESSE, Konrad. AAVV, Benda, Mahofer, Vogel, Hesse, "Significado de los derechos fundamentales", *Manual de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, 2ª Edición, Buenos Aires, año 1970.
- LLOREDO ALIX, Luis M., "¿Estamos ante un cambio de paradigma en la filosofía del derecho? El neoconstitucionalismo y la crisis del estado social". Universitas, en *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n°19, enero 2014, ISSN 1698-7950, pág. 157-176.
- PEREZ HUALDE, Aljandro, *Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. AFUCD. N°12, año 2008.
- REYNA, Justo J., "Fundamentos del Principio Constitucional de actuación conjunta para la tutela especial de derechos fundamentales" en *Revista de Direito Administrativo & Constitucional (A&C)*. Editora Forum Ltda. N°55, año 14, janeiro/março. ISSN 1516-3210. Belo Horizonte, año 2014.
- "La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI" en *Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C*. año 14 N°56, abril/junho 2014. Belo Horizonte. pág. 35-89.
- VIGO, Rodolfo, *Constitucionalización y judicialización del Derecho - Del Estado de Derecho Legal al Estado de derecho Constitucional*. Pontificia Universidad Javeriana: Grupo Editorial Ibañez; Colección Internacional N°42, 1ra Edición, Bogota, año 2012.