

**COMPETENCIAS DISCRECIONALES DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**
¿EXISTENCIA EFECTIVA O REFUGIO DE LA ARBITRARIEDAD?

EZEQUIEL J. EIBEN

ACADEMIA EIBEN

E³

Ezequiel Eiben Ediciones

Diseño de cubierta: Ezequiel José Eiben Martín

Diseño de interior: Ezequiel José Eiben Martín

© Ezequiel José Eiben Martín, 2022

ISBN: 9798814432599

Academia Eiben

academiaeiben.com

E³

Ezequiel Eiben Ediciones

1° edición, 2022

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito del titular del copyright. La infracción de dichos derechos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Se permiten citas de la obra que no atenten contra lo precedentemente establecido, siempre mencionando los datos autorales y editoriales pertinentes.

A mi compañera de vida, por crecer a mi lado.

A mi familia, por el apoyo de siempre.

A mis referentes intelectuales del Derecho y la Filosofía, por proporcionar los hombros de gigantes sobre los que me paro para mirar.

A las personas de bien, por defender los derechos individuales y exigir límites al poder estatal.

Bendiciones para todos ellos; a los que están y a los que ya no; a los que conozco personalmente y a los que no he tenido el placer de hacerlo; a los socialmente reconocidos y a los que sé que andan por ahí, empujando para el bien desde el perfil bajo.

“Cuando la ley y la moral se contradicen, el ciudadano se encuentra ante la cruel alternativa de perder la noción de moral o perder el respeto a la ley. Dos desgracias igualmente grandes entre las cuales es difícil elegir”

Frédéric Bastiat

La ley

Agradecimientos

Quiero agradecer a los que se tomaron seriamente su involucramiento en la realización de la Maestría de Derecho Administrativo de la Economía en la Universidad Católica de Cuyo sede San Juan (entre ellos organizadores y profesores); porque debido a su accionar en pro de la educación, hoy puedo decir que tengo mayores conocimientos en Derecho y soy autor de un libro sobre el tema. Sumo a mis compañeros de clase, de San Juan y Mendoza, que me ayudaron a transitar el camino del posgrado y me aportaron saberes y experiencias variadas.

Extiendo un reconocimiento especial a Oscar Álvaro Cuadros por el prólogo y a Martín Carranza Torres por el prefacio del libro, ambos ilustrados abogados y profesores, uno actuando desde San Juan y el otro desde Córdoba, siempre en beneficio de la transparencia y claridad jurídicas. No se conocen entre sí, pero quizás esta es una buena oportunidad para que lo hagan; y si el presente libro sirve como medio para un encuentro académicamente encomiable, la felicidad por su publicación será aún mayor.

Finalmente, “agradecer a la vida” suena a expresión abstracta, pero no quiero dejar de expresar las satisfacciones que he encontrado en mi vida vinculadas a esta idea de educarme y escribir. Por ende, agradezco a quien corresponda, por todo lo que corresponda.

Para profundizar en el tema y la obra del autor

Ezequiel J. Eiben ha expuesto en diferentes formatos acerca de sus conocimientos e investigaciones sobre las competencias administrativas.

Los interesados en continuar estudiando el tema y las perspectivas del autor, pueden aprovechar su curso online *Competencias regladas y discrecionales de la Administración Pública*, disponible en la plataforma educativa digital academiaeiben.com en formato audiovisual.

La Administración Pública es un amplio objeto de estudio, sobre todo en tiempos donde el Estado parece abarcar cada vez mayores funciones y sumar cada vez más influencia en los campos del quehacer ciudadano. De la existencia de una autoridad administrativa, más la mentada amplitud funcional, surge la necesidad de concentrarse en un tema específico -de acuerdo a lo que aquella puede y no puede hacer, debería y no debería hacer- en aras de comprender los modos de actuar o abstenerse: las competencias regladas y las competencias discrecionales.

El curso se dedica al tratamiento de estas competencias: qué significa cada una de ellas, los modelos estatales donde más o menos encajan, los debates doctrinarios alrededor de su consistencia conceptual, y las propuestas de reforma para aceitar su desenvolvimiento.

La posición defendida es la del Estado Liberal de Derecho, con potestades claramente delimitadas, respeto a los derechos individuales, y no intromisión en los asuntos privados y económicos particulares.

Después de tomar el curso, los estudiantes estarán en condiciones de conceptualizar y distinguir los modos de actuación de la Administración Pública; comprender los límites e identificar abusos en la acción del Estado; juzgar a la luz de los criterios aprendidos si la autoridad administrativa procede acorde a la ley; conocer y efectuar propuestas de reformas legales; y defender sus derechos durante el transcurso de trámites y procedimientos en el ámbito público.

El curso es una buena oportunidad para expandir las fronteras del conocimiento filosófico, jurídico y administrativo, junto a un estudioso de la temática.

Índice

Palabras del autor	13
Prólogo	17
Prefacio	19
Introducción	23
Presentación del tema	23
Problematización	24
Planteamiento de hipótesis	25
Objetivo General	26
Marco Conceptual	27
Criterio Metodológico	27
SECCIÓN I. ABORDAJE HISTÓRICO-FILOSÓFICO	29
Capítulo 1. El origen del Estado, la ley y los derechos individuales	31
I.1.- Presentación	31
II.1.- El Estado y los derechos	32
II.1.A) Antigüedad	33
II.1.B) Medievalismo	43
II.1.C) Modernidad	54
II.1.D) Contemporaneidad y Posmodernidad	60
III.1.- Las particularidades de cada época	66
SECCIÓN II. CORRIENTES JURÍDICAS	69
Capítulo 2. Iusnaturalismo	71
I.1.- Presentación	71
II.1.- Generalidades del Derecho Natural	71
II.2.- Concepciones de la ley natural	72
II.2.A) Ley natural en Grecia y Roma	73
II.2.B) Tomás de Aquino	76
II.2.C) John Locke	78
II.2.D) Los Padres Fundadores de Estados Unidos de América	80
III.1.- La transformación puertas adentro del Iusnaturalismo	84
Capítulo 3: Iuspositivismo	87
I.1.- Presentación	87
II.1. Positivism general	87
II.1.A) August Comte	88

III.1.- La aplicación del paradigma positivista a la Ciencia jurídica	90
III.2.- Versiones extremadas y atenuadas del Positivismo Jurídico	91
III.3.- Hans Kelsen	99
IV.1.- Deducciones de lo sostenido por el Positivismo Jurídico	104
Capítulo 4: Contractualismo	107
I.1.- Generalidades del Contractualismo	107
II.1.- Las tres versiones fundacionales del Contractualismo	107
II.1.A) Thomas Hobbes y el Leviatán	108
II.1.B) John Locke y la sociedad civil.....	112
II.1.C) Jean-Jacques Rousseau y el contrato social	116
III.1.- El Contractualismo como corriente	121
Capítulo 5: Objetivismo	123
I.1.- Presentación	123
II.1.- Las posiciones objetivistas en las ramas de la Filosofía	123
III.1.- Sociedad libre	124
III.1.A) Los derechos individuales	125
III.1.B) El Gobierno limitado	129
IV.1.- La moralidad y el Derecho de la mano	132
SECCIÓN III. COMPETENCIAS	133
ADMINISTRATIVAS	133
Capítulo 6: Poder de actuación del Estado	135
I.1.- Presentación	135
II.1.- Análisis de la acción estatal	135
II.1.A) El enfoque tripartido de Germán Bidart Campos	136
II.1.B) Congruencia e incongruencia de la acción estatal	137
III.1.- El Estado de Derecho.....	138
IV.1.- Principios regulatorios de la actividad estatal	142
IV.1.A) Principio de legalidad	143
IV.1.B) Principio de juridicidad	145
V.1.- Acto Administrativo	148
VI.1.- Accountability	150
VI.1.A) Definición general.....	151
VI.1.B) Tipos de control de la Administración	151
VII.1.- Conclusión del capítulo.....	152

Capítulo 7: Competencias regladas y discrecionales de la Administración Pública	155
I.1.- Presentación	155
II.1.- Competencia administrativa	155
II.1.A) Elementos configurativos	156
II.1.B) Ampliación de legalidad.....	156
II.1.C) Clasificación competencial en reglada y discrecional	158
II.1.D) Tesis del acto híbrido	159
II.2.- Distinción con la arbitrariedad	161
III.1.- El balance entre lo reglado y lo discrecional	163
Capítulo 8. Asignación de competencias	165
I.1.- Presentación	165
II.1.- Los fines de interés público del Estado	165
III.1. Competencias y ejercicios de funciones	168
III.2.- Atribución competencial.....	169
III.2.A) Origen y modo de asignación de competencias	170
III.2.B) Tipo de facultad ejercida en la asignación de competencia	172
IV.1.- Lo reglado y lo discrecional como complementario y no como excluyente	177
SECCIÓN IV. INTEGRACIÓN.....	179
FILOSÓFICO-JURÍDICA.....	179
Capítulo 9. Concepción de un sistema jurídico para una Administración Pública válida, eficiente y jurídicamente limitada	181
I.1.- Presentación	181
II.1.- Base de Filosofía Jurídica y Derecho Constitucional	181
II.1.A) Las Constituciones originarias	182
II.1.B) Bases de la concepción propuesta.....	185
II.1.C) Crítica desde la perspectiva adoptada	189
II.2.- Edificación del Derecho Administrativo	200
II.2.A) Prioridad de lo reglado	201
II.2.B) Limitación de la discrecionalidad	202
II.2.C) Conexión a través de la reglamentación de lo discrecional	204
II.2.D) Abolición de la arbitrariedad.....	209
II.2.E) Regulación preeminente de tipo indirecto desde la óptica de los derechos de los administrados	211
III.1.- Administración para administrados	215
Capítulo 10. Conclusión de la tesis.....	217

I.1.- Presentación	217
II.1.- Enseñanzas de la historia	217
II.2.- Enseñanzas de la teoría jurídica	221
II.3.- Enseñanzas del Derecho Administrativo	224
III.1.- Comprobación de la hipótesis	226
III.1.A) Verificación o rechazo.....	226
III.1.B) Propuesta en relación al resultado.....	229
IV.1.- Palabras finales	235
MAPAS CONCEPTUALES	239
Poder de actuación del Estado	241
Competencias regladas y discrecionales de la Administración Pública	243
Asignación de competencias	245
Concepción de un sistema jurídico para una Administración Pública válida, eficiente y jurídicamente limitada	247
Conclusión de la tesis	252
Bibliografía	253
Sobre el autor	265

Palabras del autor

El contenido del presente libro corresponde a mi tesis final presentada para aprobar la Maestría en Derecho Administrativo de la Economía, organizada por la Universidad Católica de Cuyo sede San Juan.

Comencé la Maestría en agosto de 2017, y finalicé su cursado a mediados de 2019. La tesis fue iniciada en 2020, y principalmente escrita y completada en 2021. El 25 de junio de 2021 fue expuesta ante el tribunal y aprobada por sus integrantes.

Tanto la Maestría como la tesis fueron dirigidas por el Dr. Mg. Oscar Álvaro Cuadros, a quien debo agradecer tanto por la aceptación a ser mi Director, como por dos hechos que no quiero dejar de soslayar.

El primero, una reunión personal que mantuvimos en su despacho de la Facultad de Derecho de la UCCuyo, en la cual accedió a mi pedido de aconsejarme respecto de posibles posgrados en los que yo podía incursionar para satisfacer mis intereses académicos y formación profesional. Tiempo después iniciaba la Maestría, cuyo programa me complació en sumo grado, por lo que la decisión de ser nuevamente alumno de Derecho (alumno formal, porque siempre se es alumno en el Derecho y en la vida -en un sentido u otro-) no fue una difícil de tomar.

El segundo no es un episodio concreto; más bien una inspiración proveniente de su trayectoria académica, que me ha servido para incursionar en el Derecho Administrativo, y hacerlo desde un lugar no exclusivamente ligado a lo técnico-jurídico, sino a ideas filosóficas fundamentales desde las cuales se construyen sistemas y normativas que posteriormente analizamos como abogados y personas de Derecho.

Respecto del contenido del trabajo, valen algunas aclaraciones. La tesis, en su versión preliminar, se excedía largamente del máximo permitido por la reglamentación de la Universidad, por lo que debí recortarla para que se adaptase a la normativa vigente. El libro incluye toda

la primera parte que no ingresó (capítulos 1 a 5), y toda la segunda parte en la que consistió el trabajo presentado en su versión definitiva (capítulos 6 a 10).

En la primera parte, el contenido permanece casi intacto respecto del que fue originalmente planeado para la tesis. Nada ha sido removido, y solamente se han agregado referencias a la influencia de Roma y la importancia del Derecho Romano en el capítulo 1, más algunas adiciones que contribuyen a integrar la pluralidad de conceptos abordados.

En la segunda parte, se han incorporado unos pocos párrafos que aclaran o completan las ideas desarrolladas.

Complementariamente a lo largo de todo el trabajo, se han efectuado pequeñas correcciones de estilo y redacción que favorecen la lectura. En todo momento se preservan la esencia y forma de las ideas.

Finalmente, se efectúa una aclaración acerca del libro como producto intelectual independiente, ya fuera del claustro universitario y de la presentación de la tesis: soy la única persona a quien debe responsabilizarse por su contenido. Entiendo que comparto muchas ideas con mis mentores y referentes, y me separo en otras; por lo que adjudicar estas reflexiones a quien las firma como autor me parece lo más prudente. Ello, claro está, sin dejar de reconocer consejos, influencias, la propia sugerencia del tema a abordar, y la guía intelectual -más allá de coincidencias y discrepancias- del Director de tesis, a quien también le corresponde el resultado de la obra en su formato universitario.

Quien ha recorrido los ambientes académicos puede dar fe de que encontrarse con alguien que tenga pensamientos similares es sentirse en la comodidad del hogar intelectual, y conlleva la oportunidad de planear acciones con la misma orientación; y encontrarse con alguien que tenga pensamientos disímiles es desafiarse a uno mismo a crecer, y conlleva la oportunidad de aprender más a partir de cotejar ideas desde nuevas perspectivas. Celebro lo aprendido, y reitero que lo anteriormente dicho no va en desmedro de las enseñanzas, sino con el propósito de evitar que eventuales imprecisiones o fallas se atribuyan erróneamente a quien no las ha cometido.

Es un gusto poder compartir con el lector las reflexiones que me han valido el que hasta aquí es mi primer posgrado. En lo personal, el viaje fue difícil, en ocasiones agotador -la meta parecía alejarse en vez de acercarse-, pero al resultado lo considero satisfactorio. En consonancia con las palabras que se encuentran en la conclusión, espero que quien explore las páginas del libro lo encuentre de utilidad para concebir una Administración Pública válida, limitada y

eficiente; favorable a la libertad de los administrados; que sus facultades regladas y discrecionales no sean una mera pantalla de finalidades y prácticas arbitrarias y ajenas al Estado de Derecho; y en donde la asignación de competencias se efectúe en aras de proteger derechos individuales y no antojos estatales.

Ezequiel José Eiben Martín

Agosto de 2021

Prólogo

Esta obra, cuyo prólogo escribo honrado, es producto de la tesis destacada que Ezequiel Eiben defendió a efectos de optar por el título de Magister en Derecho Administrativo de la Economía, en la Universidad Católica de Cuyo. El resultado de su trabajo es encomiable, debo decirlo, aun cuando, en condición de director de la mencionada carrera de posgrado y, de modo particular, de la tesis en cuestión, me encuentre sujeto a sesgos de análisis y afecto que resultan inevitables.

El libro denota inquietud intelectual, originalidad, disconformidad con el orden establecido y una defensa encendida del liberalismo de la libertad, que el autor profesa sin ambages ni medias tintas. Aún tengo vívido el primer encuentro que mantuve con este jurista, joven y brillante, en el marco de una jornada dedicada a la filosofía, en la cual expuso sus ideas de modo encendido. Desde allí, la academia y la amistad han provisto, providencialmente, de diversos momentos de encuentro, que valoro siempre, de modo especial.

Libertad y poder son los trazos fundamentales de un discurso que se forja desde diversos enfoques científicos. La antropología, la ética, la sociología, la historia, la filosofía, la economía y el derecho, expresan, desde perspectivas distintas, un horizonte final en el cual entretrejen las respuestas requeridas por los desafíos de la vida en común, dentro del *ethos* político. De allí que este análisis de la discrecionalidad en el ejercicio de la función de gobierno deba transitar, de modo previo, los carriles propios de enfoques de una vastedad capaz de dificultar la tarea del más avezado trabajador de las ideas. No obstante, nuestro autor sale ileso del desafío, hilvanando sus pareceres con solvencia y precisión.

A su turno, la representación y la rendición de cuentas, pilares del gobierno limitado, resultan nociones tributarias de la delimitación correcta de la regla de competencia, jurisdicción, poder o potestad. Tardan el derecho constitucional y el derecho administrativo argentino en reconocer la construcción de tales ámbitos disciplinares sobre la noción elemental del *ultra*

vires. La razón es clara: la consabida adhesión al modelo francés de construcción del derecho administrativo como derecho común de la administración pública.

Sin embargo, comprender de modo cabal la indeterminación en el ejercicio del poder como consecuencia de la inevitabilidad de la discrecionalidad, constituye un desafío capital para la construcción de estándares normativos de razonabilidad gubernativa. Es por este motivo que la lectura de esta obra resulta necesaria y apremiante, en tanto se dirige al corazón mismo del debate sobre la limitación del poder en tiempos de big data, vigilancia digital y 5G, descentralización por medio de la tecnología blockchain, desafíos ambientales y pandemia.

Culmino esta breve referencia reiterando mi elogio al autor y su obra; y celebrando que una renovada generación de juristas augure el mejor y más profundo desarrollo doctrinal del derecho administrativo argentino.

Oscar A. Cuadros

Doctor en Derecho por la Universidad Austral –*Magna cum laude*- (2007), y Magíster en Derecho Administrativo por la misma universidad (1997)

San Juan, Argentina, febrero de 2022

Prefacio

Un prefacio es una advertencia. Este prefacio tiene varias.

PRIMERA ADVERTENCIA: *Leer esta obra es un viaje de ida.*

No espere el académico consultar algo y salir. Sencillamente no podrá. Quedará necesariamente atrapado por la erudición, originalidad y prosa exquisita. Es una obra integral, con una solidez y coherencia muy pocas veces vista en la literatura jurídica argentina.

SEGUNDA ADVERTENCIA: *No busque corrección política en esta obra.*

El trabajo de Ezequiel Eiben es, antes que nada, un trabajo imprescindible. No es complaciente con lo que está dado. No trabaja con lo que es, ni se dedica a ponderar el estado de cosas. Es una denuncia del ser y un esperanzador señalamiento del Deber ser. Trabaja sobre la realidad institucional y la denuncia, mostrando el camino de lo que las cosas deben ser. O, dicho de otra manera: lo que las cosas deberían ser si ocurriese que se aplicara la libertad como patrón de medida institucional.

TERCERA ADVERTENCIA: *Abra su cabeza.*

No existe posibilidad de apreciar este trabajo en su real magnitud, si se cierra el entendimiento a la literatura jurídica clásica y tradicional.

Ahora sí, a modo de breve comentario, porque lo sustancial se encuentra en el libro que está el lector a punto de leer, es importante que entremos apenas a algunos de los aportes de esta obra.

Todos, en mayor o menor medida, asumimos que el Estado tiene, al menos, algunas cuestiones que resolver para cumplir con sus funciones.

“El Estado como entidad superior y abarcadora de los organismos que manifiestan su voluntad soberana, se encarga de asignar, distribuir, reconocer y oficializar las funciones que aquellos cumplen bajo su órbita. Este reparto es realizado por el Estado en ejercicio de su facultad para optar entre alternativas legalmente permitidas, y de acuerdo a su capacidad para crear dependencias jurídicas dentro de la estructura legal que a él mismo lo hace posible. Desde

dicho esquema, la Administración Pública también hace lo suyo en ejercicio de la discrecionalidad” nos dice el autor.

Interpretar y aplicar las normas jurídicas a la luz de la libertad implica la necesidad de incorporar, a ese concepto de libertad que hará de fiel de dicha balanza, la evolución de lo que como libertad conocemos, en base a los autores liberales posteriores al dictado de las Constituciones.

No es legítimo, desde un punto de vista científico, adaptar el concepto de Estado a las escuelas ideológicas contrarias al texto constitucional, pero nacidas con posterioridad a cada Constitución, sin cotejarlo simultáneamente con las corrientes de pensamiento liberales desarrolladas con posterioridad también.

Incorporar la actualización del Liberalismo a la interpretación del diseño institucional del Estado liberal, es no solamente legítimo, sino también absolutamente imprescindible.

Autores como Stephen Hicks, Ayn Rand y Bruno Leoni, tan ausentes de los textos legales y tan fundamentales para entender la libertad, no pueden estar ausentes de la discusión jurídica, sobre todo cuando hablamos de Estado. Ezequiel Eiben tiene la audacia y la preparación para subirlos a ese escenario.

Distinguir los conceptos de discrecionalidad y arbitrariedad a la luz de la inteligencia del sistema republicano, como una forma de limitación al poder del soberano, es la única manera de entender el Estado y por lo tanto el Derecho Administrativo.

Mientras la historia de la libertad es la historia de los límites al poder del Estado, la historia del Derecho Administrativo argentino se asemeja más a la historia del incremento ilimitado del poder de los funcionarios en desmedro del individuo.

El texto constitucional argentino, que deja diseñado un Estado inspirado en las instituciones derivadas de las Revoluciones de 1688/89 en Inglaterra y la americana de 1776, tiene un claro sesgo contractualista (Lockeano) en el sentido de la consagración de “*derechos naturales cuya existencia no está sujeta a la arbitrariedad humana; el fomento de la vida racional y las relaciones justas y pacíficas entre miembros de la comunidad política; y el reconocimiento de la imperiosa necesidad de limitar el poder gubernamental para que cumpla con su función y no desbarranque con excesos e intromisiones.*” (de la propia obra).

Y no de la visión Roussoniana que “*propulsa la pasión sobre la razón, al sentimentalismo sobre el raciocinio, lo instintivo sobre lo reflexivo, la naturaleza sobre la civilización, y el poder soberano sobre el derecho a la vida. El Estado encuentra su origen en el contrato*

social y a partir de allí despliega sus funciones con amplio poder; la ley estatal se relaciona con artículos de fe civil y sentimientos de sociabilidad que garantizan el buen andar de la comunidad; y los derechos de los súbditos dependen en última instancia de la voluntad del Soberano, quien en cualquier momento puede optar por su sacrificio.” (De la propia obra).

La primera sección del libro es el abordaje histórico-filosófico. Contiene una erudita descripción de la base intelectual sobre la cual se asentará el resto de la obra. Explora de forma general la concepción del Estado y los derechos -desde la Antigüedad hasta la Contemporaneidad-, para luego profundizar en los capítulos siguientes sobre cada una de las corrientes de pensamiento, en aras de apreciar sus contenidos filosóficos y jurídicos.

La segunda sección va a fondo en el análisis de las corrientes jurídicas. No se queda en la mera repetición de lo que dicen todos los libros jurídicos, sino que toma el riesgo de pensar e invitar a pensar.

Sin intentar caer en la tentación de ostentar un pormenorizado relato histórico de todas y cada una de las corrientes y subcorrientes jurídicas explicativas de otros aspectos estatales que no se tratan en el trabajo, esta sección relata y describe las bases teóricas para el posterior entendimiento de las actividades regladas y discrecionales del Estado contemporáneo -en diferenciación con la arbitrariedad y la ilegalidad-. Iusnaturalismo, Iuspositivismo, Contractualismo y Objetivismo son tratados, como corresponde al rigor científico del trabajo, en un pie de igualdad. Lo cual es en sí mismo una novedad de la literatura jurídica.

La sección tercera ahonda en la muy complicada cuestión de las competencias administrativas, denunciando la falta de encastre de las concepciones clásicas respecto de los principios sentados en los relatos de las secciones precedentes: Qué se entiende por Estado, los enfoques desde los cuales puede analizarse, las condiciones de ejercicio del poder administrativo, y el marco dentro del cual se ejerce.

La sección cuarta es la integración filosófico-jurídica en donde el autor, haciendo gala de una inteligencia y erudición dignas del mayor encomio, sostiene su posición central que propende a una Administración Pública *válida, eficiente y jurídicamente limitada*. Integrandos los saberes de las diversas visiones, teorías y épocas que se expusieron en las secciones anteriores, el autor elabora una concepción coherente, tomando lo que piensa como acertado y descartando lo denunciado como contradictorio.

Ezequiel, con su sólida formación liberal, toma una visión objetivista absolutamente original y la sostiene con solidez y elegancia. Pone los puntos sobre las íes entre el estado que es y no debe ser; y el que no es, pero debería. Por eso leer esta obra es fundamental.

Martín Carranza Torres
Abogado, Director de Carranza Torres & Asociados
Córdoba, Argentina, noviembre de 2021

Introducción

Presentación del tema

Esta tesis se dedica a investigar la asignación de competencias a los órganos de la Administración Pública. Más concretamente, si dentro de ello hay un elemento de discrecionalidad. Dicho punto será su norte para cualquier temática desarrollada a lo largo de sus páginas.

El debate diario suscitado en la opinión pública, los medios de comunicación tradicionales, e incluso en las relativamente nuevas redes sociales, suele concentrarse en el ejercicio del poder estatal a nivel normativo o social. El Estado es una realidad que se da por sentada, *ergo* la discusión versa sobre sus actos, ámbitos de influencia y objetos de atención.

La propuesta académica en este escrito implica comenzar un paso antes, reflexionando sobre el surgimiento del propio Estado, la presunta justificación de su poder, y luego la consecuente distribución de competencias en órganos que manifiestan su voluntad. Se parte de la suposición de que para comprender cabalmente los fenómenos jurídicos que produce el Estado, primero debe comprenderse el fenómeno que lo constituye y desde el cual se yergue. Y con dicho surgimiento en miras, explorar cómo esa entidad jurídico-política procede a la asignación de competencias para actuar.

En torno a ello, se hace imprescindible el estudio de los orígenes de la ley y los derechos individuales hasta la conformación del ente estatal, a través de concepciones y teorías surgidas en épocas pasadas y que se han desarrollado con el correr de los siglos, más aquellas que nacieron ya en la contemporaneidad y proveen nuevas perspectivas sobre el asunto.

Una vez efectuado dicho estudio, se estará en condiciones de abordar la distribución de competencias que hace el Estado para cumplir con sus finalidades; específicamente, la que hace la Administración Pública como integrante del Estado. Y en este punto, a los fines de comprobar

si existe o no discrecionalidad, el centro de interés será tanto el ordenamiento jurídico como los principios filosóficos que lo atraviesan cual líneas transversales.

Problematización

Prácticamente todo ser humano que camina sobre la Tierra vive de acuerdo a una ley, inmerso en un sistema jurídico, bajo una determinada jurisdicción. En el hipotético caso de que pase sus días fuera de cualquier alcance de una entidad nacional soberana, aun así, instrumentos y organizaciones multinacionales de Derecho Internacional argumentarían que sus previsiones jurídicas influyen sobre su vida. Y llevado el caso aún más al extremo, planteado un escenario donde ninguna entidad colectiva ni ningún instrumento regulase ninguna de sus acciones, incluso allí el individuo estaría habilitado para sostener, en caso de eventuales interacciones con otras personas visitantes del lugar donde se encuentra, que tiene derechos inalienables que nadie puede legítimamente violar.

A primera vista surge el contraste entre dos supuestos distintos. En el primero, personas conviven en sociedades bajo tutela estatal y poseen derechos regulados y leyes organizadoras de la comunidad. En el segundo, un ermitaño vive fuera de la órbita de los Estados soberanos, en completa ausencia de un sistema legal codificado, y esporádicamente mantiene contacto con viajeros frente a los cuales se presenta como titular de derechos desregulados.

Frente a las situaciones disímiles descritas, se abren variadas perspectivas y puntos a tener en cuenta: si es la civilización la que provee derechos, o cualquier humano en cualquier contexto los tiene de nacimiento por el solo hecho de serlo; si la ley es tal únicamente cuando una entidad soberana la sanciona, o en espacios sin Gobierno puede surgir válidamente y promulgarse; si las leyes codificadas de una autoridad coercitiva son siempre necesarias, o son meramente circunstanciales como lo han sido otras leyes nacidas de forma distinta, por ejemplo las costumbres; si los Estados surgen por orden espontáneo, o por una dirección intencional centralizada; si una vez surgidos los Estados eligen discrecionalmente sus ámbitos de influencia, o si los guían otros elementos y criterios.

De modo que el Derecho, en sus diversas acepciones y vinculaciones, como prerrogativas particulares, ordenamientos legales, o expresión de comunidades jurídicamente organizadas, ofrece aristas sobre las cuales se puede problematizar acerca de sus raíces, implementaciones y alcances.

En el caso de marras, lo que interesa es tratar cómo, surgido el Estado, establecido su ordenamiento jurídico, y regulados los derechos de quienes viven bajo su jurisdicción, se efectúa la asignación de competencias a los distintos organismos. Previo a ello, cómo al momento de su nacimiento y puesta en marcha, y bajo qué criterios, el Estado elige los ámbitos sobre los cuales asignará las competencias. Y en ambos casos determinar, particularmente en relación a la Administración, si hay o no hay algún ejercicio de discrecionalidad en el cometido.

En las siguientes líneas, se intentará responder las preguntas que presenta el abordaje del objeto de estudio:

¿Qué son y de dónde provienen los derechos individuales?

¿Qué es y cómo surge la ley?

¿Qué es y cuál es el origen teórico del Estado?

¿Cómo se asignan las competencias de los órganos estatales?

¿Qué explica y/o justifica la distribución de competencias estatales?

¿Qué tipo de competencias tiene la Administración Pública y cómo se asignan?

¿Existe en la asignación de competencias del Estado y de la Administración Pública un elemento de discrecionalidad?

¿En qué se diferencian y cómo se distinguen la discrecionalidad administrativa como manifestación legal y la arbitrariedad?

Sin perjuicio de otros interrogantes que pueden aparecer en la profundización de las temáticas señaladas, el propósito es atender lo planteado para contar con una explicación jurídica, sin dejar de lado los avales filosóficos que la cimentan y la trayectoria histórica que explica su conformación.

Planteamiento de hipótesis

La hipótesis que plantea el presente trabajo es la siguiente:

La asignación de competencias de la Administración Pública a sus órganos actuantes es un ejercicio con un elemento de discrecionalidad.

Como se señalará en lo sucesivo, el Estado manifiesta su voluntad a través de acciones ejecutadas por organismos dotados de facultades necesarias para hacerlo. Según las teorías consideradas, las actuaciones pueden ser regladas o discrecionales, según la previsión existente en

la norma jurídica y el margen de elección con que cuente la autoridad actuante, o bien combinadas -con elementos reglados y discrecionales presentes en la misma acción-.

Esta investigación, centrada principalmente en la asignación de competencias que el Estado efectúa respecto de los organismos actuantes, sostiene preliminarmente que dicha actividad se encuadra en la clasificación de acciones que se ejercen con márgenes de discrecionalidad.

El Estado como entidad superior y abarcadora de los organismos que manifiestan su voluntad soberana, se encarga de asignar, distribuir, reconocer y oficializar las funciones que aquellos cumplen bajo su órbita. Este reparto es realizado por el Estado en ejercicio de su facultad para optar entre alternativas legalmente permitidas, y de acuerdo a su capacidad para crear dependencias jurídicas dentro de la estructura legal que a él mismo lo hace posible. Desde dicho esquema, la Administración Pública también hace lo suyo en ejercicio de la discrecionalidad.

Objetivo General

En consonancia con lo anteriormente expuesto, y a los efectos de sostener los argumentos basales de la investigación, el objetivo general del procedimiento consistirá en explorar teorías filosóficas fundacionales, doctrina jurídica de autores especializados, y documentos legales oficiales de las jurisdicciones *sub examine*.

Las fuentes de consulta permitirán describir corrientes de pensamiento abocadas a explicar el surgimiento de la ley, el Estado y los derechos individuales; constatar la asignación de competencias a los organismos estatales a través de los documentos legales sancionados y promulgados por la autoridad; y explicar las procedencias de su justificación jurídica.

En este espacio resulta conducente efectuar una precisión limitativa del alcance analítico. Si bien las partes históricas y filosóficas se adentrarán en acontecimientos de tinte jurídico suscitados, entre otros países, en Inglaterra (y su correspondiente influencia en los Estados Unidos de América), la estructura troncal de la tesis está enfocada en el desarrollo del Derecho Continental, y no en el sistema de *Common Law*. Por lo tanto, se reputa apropiado que sus razonamientos y conclusiones se consideren en concordancia con esta temprana aclaración.

Marco Conceptual

Tratándose de un trabajo que recurre tanto a la Filosofía y la doctrina como al Derecho aplicado, es decir, a las teorías e ideas abstractas y los textos legales que las normativizan y rigen los aspectos de la sociedad donde se encuentran vigentes, es a todas luces pertinente afin-car la argumentación en una suma de autores y documentos que cubran ambos campos de inte-rés.

Se comenzará con el campo filosófico, ya que las ideas abstractas son la base y los pilares que sostienen lo que a partir de ellas se elabora y profundiza como producción intelectual y material. En medio de evoluciones, discordancias y acuerdos, las temáticas en torno al origen de la ley, el Estado y los derechos individuales han sido centro de debate; y por ello se ha visto el afianzamiento y/o colisión de discrepantes abordajes. Para hacerle justicia a las mentes apor-tantes del crecimiento de la filosofía jurídico-política, las destacadas e influyentes corrientes del Estoicismo, Iusnaturalismo, Positivismo, Contractualismo y Objetivismo serán oportuna-mente abordadas. Autores cuyas obras servirán de referencia ineludible, aun considerando las diferencias intelectuales y las variadas épocas en que escribieron, son Ayn Rand, John Locke, los Padres Fundadores de los Estados Unidos de América, Tomás de Aquino y Hans Kelsen, entre otros académicos de renombre.

En el campo estrictamente jurídico, se abrevará en las fuentes de dos especialidades que delinean el Derecho Público. En primer lugar, el Derecho Constitucional, como rama madre de las disciplinas jurídicas, y por ser la Constitución -Ley Suprema del país y su principal objeto de estudio- el hogar natural de las disposiciones fundamentales del Estado como entidad polí-tica. En segundo lugar, el Derecho Administrativo, como regulador de las funciones y poderes de la Administración Pública, y por ser el encargado de estudiar y definir sus potestades regla-das y discrecionales.

Criterio Metodológico

En lo relativo al alcance de la investigación, esta será *exploratoria* del fenómeno en cuestión -la asignación de competencias en la Administración Pública-, y de aquellos temas y subtemas que le han servido como antecedentes históricos, soportes filosóficos e implementa-ciones jurídicas.

De modo que se buscará la solidez en la presentación no solamente indagando en la temática principal de la competencia y la actividad discrecional de la Administración Pública,

sino también en sus raíces y presupuestos necesarios. Ello permitirá abrir el abanico de posiciones doctrinarias cercanas y divergentes a los fines de contar con mayor información para dar satisfactorias respuestas a las preguntas de investigación planteadas en la problematización.

Respecto del enfoque de la investigación, se ha escogido uno que respete la *objetividad científica*, y se centrará en la exploración y comparación de corrientes de pensamiento y documentación legal. La realidad no será entendida como un campo de múltiples intersubjetividades cuyos aspectos a analizar están teñidos en todo momento por la propia subjetividad del investigador. Más bien, será considerada como el escenario donde pueden y deben identificarse y contrastarse los hechos objetivos, que sirven de inalterable punto de partida para cualquier eventual evaluación *a posteriori* que quiera efectuar el investigador, adoptándose una metodología que no los desvirtúe en beneficio de conveniencias ideológicas.

En cuanto a las técnicas utilizadas para la exposición y recolección de datos, estas consistirán en el *análisis documental*, aplicado a textos jurídicos de status legal y de doctrina, más obras de filosofía jurídica y política que han servido de orientación para sus redacciones y sanciones; y en la *observación*, a partir de la contemplación del funcionamiento del Estado y sus organismos competentes -más allá de la letra escrita que lo habilita-, e ingresando en su faz práctica donde actúa llevando adelante su voluntad jurídica.

Finalmente, además de la comprobación de la hipótesis, se incluyen una *propuesta modelica* de Administración y un *método analítico* de la discrecionalidad administrativa, en tanto herramientas que complementan los estudios realizados y pueden resultar de utilidad para su profundización.

SECCIÓN I. ABORDAJE HISTÓRICO-FILO-
SÓFICO

Capítulo 1. El origen del Estado, la ley y los derechos individuales

I.1.- Presentación

La Ciencia legal contemporánea se encarga de profundizar los estudios sobre casos de aplicación de la voluntad del Estado a los diferentes asuntos personales y sociales de interés jurídico, los cuales -luego de la experiencia del Estado Social de Derecho que trajo aparejado un mayor activismo político e intervencionismo económico- han ido en notable aumento.

Además, su campo de investigación incluye la procedencia y vigencia de la ley,¹ en tanto regulación de aspectos de la realidad, reglamentación de facultades, y medio de organización de una comunidad bajo una jurisdicción determinada.

También, teniendo en cuenta sobre quiénes recaen las previsiones legales o quiénes permiten su surgimiento, la lupa se pone sobre los derechos que titularizan y ejercen las personas, de manera individual, asociada, creando una persona jurídica, o por cualquier otra vía.

Por ende, como disciplina aplicada, la Ciencia del Derecho se para frente a un amplio abanico de posibilidades para examinarlas de manera pormenorizada, y así brindar explicaciones y respuestas que buscan satisfacer inquietudes sobre el complejo fenómeno jurídico.

Mas la Filosofía Política y la Filosofía del Derecho, compartiendo entre ellas curiosidad y vinculándose desde sus propios campos a los temas mencionados, se realizan una pregunta precedente, sin cuya respuesta no puede explicarse el surgimiento y validación del poder que el

¹ Entiéndase ley tanto en su formato tradicional como en su acepción amplia. El primero, según la pluma de Luis María Díez-Picazo (1988), es legado del Constitucionalismo liberal y está dominado por dos rasgos característicos: “(...) la definición puramente formal de ley como acto que emana de un determinado órgano”, y su posición preeminente dentro del sistema de fuentes por la cual es “el principal modo de creación de Derecho”. La segunda, más abarcadora, será entendida aquí como cualquier manifestación normativa estatal, sea ley propiamente dicha, o bien reglamentos, decretos, estatutos, y demás expresiones jurídicas.

Estado ejerce cumpliendo funciones e imponiendo autoridad; ni el establecimiento de leyes de cumplimiento obligatorio so pena de sanción; y tampoco el reconocimiento de derechos de cuya observancia depende la civilización y la muchas veces frágil paz social. Esta pregunta es: *¿cuál es el origen?* Proyectada a los tres elementos interconectados, el cuestionamiento es por el origen del Estado, de la ley, y de los derechos individuales.

Lejos se está de lograr unanimidad alrededor de un tema que lleva siglos de discusión. Distintas corrientes de pensamiento han presentado sus abordajes desde disímiles puntos de partida, y ello envuelve una discusión no limitada al Derecho sino a las más amplias concepciones acerca de la naturaleza de la realidad, la naturaleza humana y la naturaleza de la ley.

De las corrientes de pensamiento aludidas, se hará énfasis en el Iusnaturalismo, el Positivismo Jurídico, el Contractualismo y el Objetivismo, por su impacto histórico las primeras tres, y por el logro intelectual que supone la cuarta.

A continuación, se explorará de forma general la concepción del Estado y los derechos -desde la Antigüedad hasta la Contemporaneidad-, para luego profundizar en los capítulos siguientes sobre cada una de las corrientes de pensamiento, en aras de apreciar sus contenidos filosóficos y jurídicos.

II.1.- El Estado y los derechos

En este apartado se tratará la evolución de las concepciones del Estado, la ley y los derechos desde una mirada cronológica. Ha de precisarse que se tomará como referencia para diferenciar las distintas épocas la nomenclatura que alude a momentos históricos del pensamiento como la Antigüedad, el Medievalismo, la Modernidad y la Posmodernidad, amén de la clasificación utilizada en general por los historiadores que alude a la Edad Antigua, la Edad Media, la Edad Moderna y la actual Edad Contemporánea.

Como el propósito es exponer el surgimiento y cambio de las nociones que aquí interesan -como sostén de la hipótesis general del trabajo-, y no se pretende un estudio histórico pormenorizado que excedería el objetivo planteado, no se tendrán en cuenta períodos filosóficos transicionales ni la totalidad de visiones que rivalizaron en un momento dado. Más bien, se pondrá el foco en tiempos definidos y concepciones imperantes capaces de explicar a las claras los contextos de marras.

Aclarado el punto, puede empezarse con la pertinente exposición.

II.1.A) Antigüedad

Para algunos historiadores, la Edad Antigua se extiende desde el 4000 a.e.c. (época de la invención de la escritura) hasta el 476 e.c. (año de la caída del Imperio Romano de Occidente).²

Hablar de la Edad Antigua impone la evocación de Grecia, cuya mención automáticamente remonta a la Filosofía, el pensamiento político y la Democracia, entre tantos aportes culturales.

En lo concerniente al Estado y la posición del individuo en el sistema político, Leonard Peikoff retrata el abordaje democrático de los griegos antiguos del siguiente modo:

La democracia griega defendía dos valores como fundamentales: la autodeterminación del hombre -es decir, su libertad para tomar sus propias decisiones y dirigir sus propias acciones-, y la relación de un hombre con sus semejantes, concebida primariamente como su capacidad para apreciar los tesoros culturales de Grecia y así participar plenamente en la vida de su comunidad. (Peikoff, 2012)

Para asegurar el primero de los dos pilares democráticos, la *libertad del hombre*, resultaba menester la ideación de un marco acorde. Descartando los senderos conducentes a la tiranía, el propósito se conseguía en la *polis*, la cual garantizaba la participación política igualitaria, de manera que el acceso a puestos de dirección y la posibilidad de tomar decisiones vinculantes generaban equilibrio de poder entre ciudadanos:

Una *polis*, sostenían los griegos, puede alcanzar sus valores sólo si tiene el tipo adecuado de gobernante. (...) Bajo el gobierno de reyes u oligarcas, los ciudadanos claramente no son libres. Tampoco son libres en democracias representativas, las cuales, se sostuvo, son simplemente otra forma de tiranía: ciertos los hombres que supuestamente hablan en nombre de los electores en realidad descartan los intereses de estos con el fin de promover los suyos propios. Solo la democracia directa, concluyeron, preserva la libertad. Solo si todos los ciudadanos gobiernan juntos -eso es, solo si, en cualquier problema, el voto de cada hombre tiene el mismo peso que el de cualquier otro-, solo entonces cada hombre disfruta del mismo poder que los demás para determinar el resultado y su destino. Para garantizar esta igualdad en la

² Se utilizan las abreviaturas *a.e.c.* y *e.c.* para hacer referencia a las expresiones “antes de la era común” y “era común”, las cuales indican los mismos períodos de tiempo que *a.C.* -antes de Cristo- y *d.C.* -después de Cristo- respectivamente, pero sin asumir una inclinación religiosa determinada.

práctica, cada ciudadano tenía la misma oportunidad de ocupar cargos públicos y tratar de cambiar la opinión de sus electores; así que incluso si un hombre perdía un voto, bien podía ganar uno más tarde. (Peikoff, 2012)

El segundo pilar democrático fundamental, la *participación comunitaria*, era uno especialmente demandante para el hombre libre y responsable:

...requería el cumplimiento de sus obligaciones políticas, tales como asistir a las reuniones mensuales de la asamblea, debatir políticas y emitir votos -junto con la inmersión en la cultura ateniense, incluidas las artes, los juegos y las discusiones entre los educados (...). Con esta agenda, la ciudadanía obviamente exigía tiempo y esfuerzo. La *polis* no era simplemente una entidad política, sino una educación para los adultos en la arête [excelencia] (...). (Peikoff, 2012)

Más allá de las esferas de participación política y comunitaria, la consideración de un hombre como libre también exigía posar los ojos en la esfera de realización individual. El hombre no solamente era libre en cuanto a su ciudadanía; debía serlo en cuanto a su individualidad:

Además del hombre dentro de la *polis*, está el hombre solo; además de los requerimientos del ciudadano, están los requerimientos del individuo. De acuerdo a esta capacidad, un hombre que persigue arête también debe buscar la realización - para la cual una condición necesaria es la libertad individual.

Por lo tanto, se esperaba que un ateniense combinara en su vida dos elementos, sin que uno sobrepasara al otro. Como lo describe el OCD [*Oxford Classical Dictionary*]: “el ideal democrático fundamental era la libertad... [que consiste en] la libertad política para participar en las instituciones democráticas, y libertad privada para vivir como a uno le guste”. (...) los griegos no temían que los individuos libres, que vivían como querían sin ningún dictador que los restringiera, se volverían locos. Dado que los hombres son seres racionales, se puede confiar en ellos en un todo para perseguir sus objetivos y dirigir un gobierno racionalmente, respetando las prerrogativas de los demás. (Peikoff, 2012)

A su vez, los griegos reconocían la importancia de las posesiones personales, el comercio, los contratos y la libre expresión; y la normativa dictada en consecuencia debía mantener a raya los actos que atentasen contra dichos valores dignos de protección. En palabras de Peikoff (2012):

Preocupados de que su forma de gobierno pudiera permitir usurpaciones en libertad individual, estos demócratas establecieron muchas instituciones y procedimientos para prohibir o limitar tal comportamiento no deseado, y especialmente para desalentar la legislación apresurada e inspirada en la muchedumbre. Había varios tipos de comités y funcionarios que, entre otras funciones, a menudo podían desestimar las medidas propuestas y declarar al inicio de una reunión que ciertos tipos de legislación estaban oficialmente prohibidos.

Se desprende de lo escrito que Grecia Antigua era un faro de progreso humano en moralidad, cultura y convivencia social, lo cual quedó demostrado por la gran absorción de sus contenidos que posteriormente haría Roma, la potencia política y militar más formidable de la Antigüedad Occidental.

Ahora bien, tratándose de una etapa histórica temprana en el pensamiento filosófico-político, muchos de lo que hoy constituyen conceptos de uso común, por ese entonces eran nociones recién nacidas, incompletas, y apenas empezaban a vislumbrarse sus significados.

En la Edad Antigua no existía el concepto de derechos individuales como luego se conoció y desarrolló -este es el producto de una evolución epistemológica y política de siglos, que se encontró con puntos altos y bajos, adelantos y retrocesos en su camino-. José Justo Megías Quirós (2016) resalta que, si bien los griegos concibieron una Ley Natural, no llegaron a la conceptualización de derechos naturales. Y aunque comenzaron a distinguir lo natural de lo positivo, el hecho de enfocarse principalmente en lo comunitario y no en lo individual determinó el rumbo seguido por sus pensadores:

Aunque se fuera perfilando poco a poco entre los griegos la idea de un orden jurídico natural y otro positivo, en ningún momento apareció en los textos o en la realidad social la noción de derechos individuales tal como los entendemos hoy, ni como naturales, ni como humanos, ni como derechos subjetivos otorgados por una norma positiva. La razón de ello es que su punto de partida para configurar el orden jurídico nunca fue el individuo, sino la comunidad y, en particular, el bien común de ésta, aunque cada época entendiera ese bien común con matices diferentes.

No obstante, por las nociones de individualidad que sí se manejaban en Grecia, ciertas protecciones legales de lo personal eran efectivamente dispensadas:

...el que los griegos carecieran de la noción de derechos individuales no significa que no protegieran determinadas libertades, facultades de obrar o bienes personales que para nuestra mentalidad no pueden constituir otra categoría más que la de derechos individuales. Así, afirma Sancho Rocher, el ciudadano griego en general y en particular el ateniense, no carecía de garantías jurídicas frente a posibles intrusiones en las esferas personales por parte de sus conciudadanos, de sus dirigentes en el ejercicio del poder o, incluso, frente a los posibles abusos de la propia polis. Y, en particular, no necesitaron de declaraciones de derechos y libertades individuales porque su forma de entender la igualdad y la libertad personal, así como la forma de ejercer el poder político fueron muy distintas a las que dieron lugar a las proclamaciones de derechos que pretendieron garantizar la igualdad natural de todo individuo y protegerlo frente al poder absolutista propio de la Modernidad. (Megías Quirós, 2016)

La acuciante preocupación -al estilo de la Modernidad- por la limitación del poder tampoco existió en Grecia, y ello se reflejó en el devenir institucional, cuando los griegos vieron al Estado ensancharse y atentar contra las otrora defendidas libertades:

...a pesar de su compromiso con la libertad de expresión y la propiedad privada, no había nada en el sistema político que impidiera el crecimiento continuo del Estado ateniense. Con el tiempo y entre otras cosas, llegó a ejecutar un sustancial programa de bienestar social, imponer el servicio militar obligatorio y, en ocasiones, mantener la moral exiliando o incluso matando hombres cuyas ideas se consideraban perjudiciales para la polis, aunque quizás la víctima no hubiera violado ninguna ley (por ejemplo, el destino de Sócrates). En cada uno de esos casos, se argumentó, la política era evidentemente necesaria para salvaguardar los valores de la polis, mientras no fuera indebidamente (o al menos no inmerecidamente) perjudicial para sus víctimas. (Peikoff, 2012)

Es acertado pensar, como lo hace Peikoff, que el enfoque griego se preocupó más por la *legalidad* de los procedimientos que por la *limitación* de los poderes del Estado, lo cual terminó impactando de lleno en la libertad individual de los ciudadanos de la polis, que podían convertirse en víctimas a pesar de su inocencia, precisamente por la falta de contención de la coacción respecto de la cual quedaban a merced.

En relación al sistema participativo, la *demokratia* ateniense tampoco era igual a las Democracias liberales que se desarrollaron más de un milenio después. Los considerados ciudadanos eran solamente los atenienses varones mayores de veinte años; por ende, no gozaban de ciudadanía esclavos, mujeres y extranjeros (Martínez, 2016). Ello da la pauta de una reducida igualdad política ante la ley, lo que, conjugado con los números aportados por Giovanni Sartori (2009), ilustran el también reducido funcionamiento democrático para un grupo pequeño en términos relativos:

En Atenas vivían como mucho 35,000 personas, y los ciudadanos que participaban en la asamblea popular eran entre dos y tres mil, raramente entre cuatro y cinco mil. Por consiguiente, el primer límite de aquella democracia es que requiere, inevitablemente, una extensión reducida, reducidísima. En Atenas, las decisiones se adoptaban en parte por aclamación y en parte por un consejo de 500 miembros, y por último por una variedad de magistraturas: magistraturas que se atribuían por sorteo y en una rapidísima rotación.

En cuanto a las leyes atenienses, por estar implícitas en las costumbres, comunicarse oralmente, o no estar sistemáticamente reunidas en una codificación, mucho de su contenido ha debido ser rastreado por los estudiosos del tema a través de la obra política de pensadores que rescataban su esencia, discursos de líderes emblemáticos apoyados en ellas, e incluso poesía alusiva. El comienzo de la práctica compiladora en un cuerpo más o menos integrado obedeció a los intentos de solucionar las tensiones sociales generadas por arbitrariedades y desigualdades en la aplicación de las leyes, y no a un deliberado plan sistematizador enfocado exclusivamente en lo técnico y ejecutado independientemente del contexto político. En esta tarea, destacó el papel desempeñado por los dos organizadores de leyes más reconocidos de Grecia: Dracón y Solón.³

El primero obtuvo el cargo de *arconte epónimo* en un momento de incesantes protestas populares contra la nobleza de la época -que realizaba préstamos cuyos deudores carenciados

³ Existen amplísimos debates en torno a las dos figuras, respecto de cuáles leyes eran de autoría propia y cuáles compiladas, cuáles surtieron mayor efecto y cuáles no solucionaron lo que se propusieron, en calidad de qué las sancionaron u organizaron, y demás asuntos vinculados. Ello se debe a que sus contemporáneos y las generaciones que inmediatamente les sucedieron asentaron registros no siempre coincidentes o compatibles.

Dejando tales precisiones a los especialistas en la materia, lo que aquí se expone va de la mano con lo comúnmente aceptado por historiadores políticos y jurídicos.

no podían devolver- y reclamos por mayor igualdad legal. Relata Luis R. Carranza Torres (2018):

Se nombró entonces a Dracón, considerado un ciudadano entre los más sabios y justos de la ciudad, a fin de establecer un cuerpo escrito de leyes que reemplazara las de origen consuetudinario, transmitidas verbalmente. Una legislación para todos, inmutable en las normas por estar registradas por escrito, era el primer paso hacia un gobierno y una justicia de iguales.

Según se cuenta en documentación de época, las leyes se tallaron en tablas de piedra y se expusieron en el *ágora*, para que los habitantes las conocieran, supieran qué correspondía y qué no en cada caso, en base a qué se juzgaba, y constataran si se lograba la justicia de iguales o se caía en arbitrariedad.

La tarea de Dracón, ubicada entre el año 624 y el 621 a.e.c., tanto por la publicidad del derecho como por su repercusión judicial, ha llegado a ser considerada incluso como elemento fundamental y fundacional del Estado ateniense: “Con el código draconiano en materia judicial aparece consiguientemente una de las premisas necesarias para que sea posible reconocer la institución del estado. Se trata de un cambio cualitativo enorme: del derecho consuetudinario a la regulación más estricta y articulada que supone el derecho estatal” (Menéndez Varela, 2001).

En parte, las leyes compiladas por Dracón se reportaron como un beneficio para la comunidad griega:

...contenían no pocos avances jurídicos que permanecen hasta nuestros días.

Para empezar, se estableció el monopolio público respecto al castigo de los delitos, haciendo del Estado el acusador exclusivo de aquellos procesados por crímenes, eliminando la posibilidad de justicia privada que venía en la costumbre por vía de la venganza proporcional a la ofensa.

En el código de Dracón las penas eran independientes de la posición social de los infractores, lo que representaba toda una verdadera «democratización» del derecho, que abrió paso luego a la del propio gobierno de la polis. (Carranza Torres, 2018)

Por otro lado, los castigos previstos por incumplimiento de las leyes despertaron temores y críticas por su contundencia y desproporcionalidad:

...se establecieron penas severas aun para infracciones menores, lo que dio origen al adjetivo de «draconiano», que permanece hasta nuestros días.

En su articulado, se castigaban casi todos los delitos con la pena de muerte. Por eso, popularmente se decía que tales leyes de este legislador no estaban escritas con tinta sino con sangre. (Carranza Torres, 2018)⁴

Solón, por su lado, desempeñó su actividad entre los siglos VII y VI a.e.c., y también fue protagonista de un tiempo conflictivo, llegando a ser celebrado *post mortem* como uno de los *Siete Sabios* griegos, categoría reservada para “personajes relevantes a los que la tradición resaltó por su sabiduría práctica” y que destacaban “en un período de agitación social como paradigmas de la sensatez, grandes constructores de un orden social, gente de paz y de diálogo” (Botí Hernández, 2017).

Salvador Rus Rufino (2014) explica la visión jurídico-política de Solón como la de quien “trataba de mostrar que tanto las leyes como las normas que ordenan el comportamiento social y la justicia obligan a todos por igual”, entendiendo que la *polis* “es anterior y más importante que el ciudadano”, que los intereses individuales “tienen que coincidir y estar siempre subordinados a los de su comunidad”, y que existe “un bien social independiente y superior al bien de los individuos, por el que hay que luchar preservándolo con las leyes más convenientes para la comunidad”.

Según el testimonio de Plutarco, Solón instaló en el *ágora* tablillas giratorias donde se consultaban las nuevas leyes promulgadas y organizadas (Botí Hernández, 2017). Estas buscaban resolver problemas que la anterior compilación draconiana no había conseguido eliminar, como la esclavitud por deudas y la extendida pobreza que generaba dependencia. Con tal propósito, las reformas instauraron “una serie de condiciones que permitían la obtención de ingresos estables a través del trabajo, liberando así a los ciudadanos pobres de la miseria y dependencia económicas”, y se ordenó la condonación de deudas que mantenían los pobres y menos favorecidos respecto de la aristocracia, la cual consecuentemente se vio obligada a renunciar al

⁴ Frente a tales reparos, Dracon encuentra defensores en la actualidad que lo sitúan en su contexto histórico y en determinación al rol cumplido: “Es cierto que tales normas contenían penas severas pero, en el contexto de la época, en modo alguno resultaba un ordenamiento sanguinario como luego se lo calificaría. Tal severidad no era tanta por la voluntad de su autor sino por la carga de las costumbres de la propia polis ateniense” (Carranza Torres, 2018). Como así también, hay quien considera su papel en relación a los testimonios de grandes referentes de la Grecia Antigua y la vigencia que mantuvo su obra: “El hecho de que tanto Aristóteles como Plutarco den noticia de que Solón respetó la reforma judicial draconiana habla de la oportunidad y de la adecuación a la realidad social de sus leyes en esta materia” (Menéndez Varela, 2001).

cobro “y al sometimiento de sus deudores a la esclavitud” (Rus Rufino, 2014). De allí en más, se determinaba que los insolventes no perderían su libertad.

Al igual que en el caso de Dracón, Solón fue exaltado y criticado por sus medidas. La condonación de deudas hizo perder dinero a la aristocracia y le generó una crisis económica por los significativos montos que se dejaron de percibir. A su vez, las amplias facultades con las que contó para decidir asuntos sociales fueron objetadas como un exceso de poder. Por otra parte, los apologistas rescatan que extendió “la libertad social, eliminando las servidumbres”, y restituyó la libertad política para evitar “la arbitrariedad de los magistrados y de los gobernantes en el desempeño de sus funciones” (Rus Rufino, 2014).

En atención a discrepancias e imprecisiones en las fuentes, de lo que puede saberse se percibe que las leyes en Grecia contenían tanto elementos favorables al desarrollo de valores y virtudes como elementos que serían repudiados en una República democrática actual por abusivos o arbitrarios.

Notado lo precedente, no está de más enfatizar el significado del avance griego e insistir en la toma de consciencia de los logros a la luz de lo que ofrecían aquellos tiempos. Grecia es considerada -no sin merecerlo- como “cuna de la civilización occidental”, y ello gracias al aporte de sus intelectuales. Aristóteles, por citar un ejemplo paradigmático, sistematizó las reglas del pensamiento humano a través de la lógica y lo enfocó en el aprovechamiento del mundo. El beneficio que los individuos de toda época han obtenido a partir de semejante logro es incalculable. Es tan grande el legado cultural de Grecia, que no pueden explicarse las teorías filosóficas, los dramas y las comedias, y las investigaciones astronómicas, sin un obligado repaso por los aportes de sus brillantes exponentes. Lo mismo sucede respecto de las instituciones políticas.

Resultaría imprudente, anacrónico e impreciso sostener que en Atenas se hablaba de los derechos inalienables a la vida, libertad y propiedad para todos los hombres, reconocidos por ley e inviolables por el Gobierno; de igual modo que sería ingrato e injusto sostener que en Atenas no existía la más mínima noción de los derechos, de una legalidad protectora y de un Gobierno garante de la vida comunitaria.

Por ende, corresponde situar las nociones manejadas con el alcance pertinente en los tiempos adecuados. No se niega que se trata de un formidable período histórico para el florecimiento del conocimiento humano donde entre otros logros -como los científicos y literarios- se desarrolla el pensamiento político; lo que se intenta es evitar el error de caer en desfasajes

intelectuales y temporales atribuyéndole al pensamiento de la época conceptos que aún no se manejaban. Y a la vista queda que, incluso sin un concepto acabado y explícito de derechos individuales para respetar la esfera de acción personal y limitar el proceder gubernamental, la Antigüedad no se sumía en un pozo oscuro de poder político sin autorrealización. A veces dependiendo del lugar de procedencia, a veces del *status* social, otras del sexo de nacimiento, Grecia ofrecía la libertad de la época.

Se agrega aquí una reflexión complementaria que contribuye al entendimiento de aquel tiempo. La ausencia de formulaciones estables sobre sujeción del poder político, si bien facilitó su extralimitación, no fue una luz verde para todo tipo de desborde. Al contrario, personas y grupos gozaban de ciertos espacios ajenos a la voluntad de dominio estatal. Al respecto, Germán Bidart Campos (1961) señala:

Aun el estado absoluto del mundo antiguo, y el que fue su imitación resurgida en la época moderna, se despreocupaban de múltiples aspectos de la vida individual y social. Quizás no podamos afirmar que todo ese margen de actividades que el estado no reivindicaba para sí y que quedaba librado a los hombres y a los poderes sociales, fuera un ámbito de libertad jurídica o de derecho, porque el estado absoluto ignoró que existieran a favor del individuo limitaciones jurídicas para el poder político. Pero lo cierto es que ese remanente que él no absorbió para sí, quedó de hecho a cargo de otras fuerzas; y que aunque éstas no se le oponían invocando un *status* de derecho, o un derecho subjetivo, estaban allí, manejando determinadas competencias que al estado no se le ocurría asumir.

El planteo no se explica a partir de un enfrentamiento de poder entre el celoso Estado y la aguerrida comunidad, en el cual esta última le marca los límites infranqueables al primero. En ausencia de explícitas vallas, simplemente a la política no le interesaba meterse en ámbitos que bien aprovechados estaban en manos particulares.

Y al desinterés estatal señalado por Bidart Campos, ha de agregarse que los componentes favorables a la libertad dentro de la cultura griega, y la acción individual e institucional de sus miembros, jugaron su parte para que espacios de autodeterminación fuesen conservados. En resumidas cuentas, un punto negativo -omisión- por parte de la política, y un punto positivo -acción- por parte de la sociedad civil.⁵

⁵ Lo negativo y positivo refiere a la abstención del Estado y a la acción efectiva de la comunidad, no a una calificación moral sobre lo bueno o malo de tal abstención o comportamiento.

La experiencia intelectual griega fue tomada, continuada y profundizada por Roma, que con mérito propio dejó su propio legado a Occidente, dentro del cual el Derecho Romano guarda un lugar de honor. No solamente se transformó en el Derecho más importante de la Antigüedad por su nivel de erudición y expansión geográfica, sino que ha sido y aun es influyente en ordenamientos jurídicos de otros lares que aprendieron de sus instituciones y los comentarios de Jurisconsultos y demás intelectuales que las explicaron.

Alfredo Islas Colín (2009) presenta la clasificación del Derecho Romano basada en sus períodos evolutivos. El período del Derecho Arcaico comprende desde los orígenes de Roma hasta el siglo III a.e.c.; lo que allí prima son las “normas consuetudinarias, referentes a la vida local y agrícola de la *civitas* primitiva” y a los “*cives*, esto es, a los ciudadanos romanos (*quirites*)”; y sus caracteres son “rigurosos y formalistas”. Como elaboración destacada aparecen las Leyes de las XII Tablas, consideradas “punto de partida del sistema legal romano”, y cuyas interpretaciones por sacerdotes “fueron los primeros pasos de la literatura jurídica”.

Sigue el período del Derecho Republicano, que se cuenta desde la Segunda Guerra Púnica (218-201 a.e.c.). Explica Islas Colín (2009) que junto al *ius civile* “surgen nuevos ordenamientos: el “*ius gentium*”, más elástico y sin formas, en el que participan, por las exigencias del comercio, los extranjeros (*peregrini*), y el “*ius honorarium*” (de honor, magistratura), creado por el pretor para adecuar la actividad judicial a las mudables condiciones sociales y espirituales”; y lo que se prioriza es “la equidad sobre el estricto derecho, la intención de las partes sobre las figuras predeterminadas”.

En tercer lugar, el período del Derecho Clásico abarca el final de la República y comienzos del Principado de Augusto hasta fines del siglo III e.c. con Diocleciano. Se perfecciona el Derecho “fundamentado sobre los tres sistemas del “*ius civile*”, del “*ius gentium*” y del “*ius honorarium*”; y a ello se suma “el derecho creado por los Emperadores con sus constituciones, por el Senado y por la actividad de un nuevo procedimiento, la “*cognitio extra ordinem*” que se desarrolla frente a un único juez y se afianza por el proceso formulado (...)” (Islas Colín, 2009).

El período del Derecho Postclásico se inicia a principios del siglo IV e.c. durante la época de Constantino, y finaliza ya fuera de la Antigüedad en el 527 e.c. con la entronización de Justiniano. Esta se identifica como una “fase de decadencia” debido al retroceso de la jurisprudencia clásica y el proceso formulario, la división del Imperio y la preeminencia de la parte

oriental, y las invasiones bárbaras. Muchos institutos son transformados “a través de la actividad judicial y por la influencia siempre mayor del cristianismo” (Islas Colín, 2009).

Luego viene el período del Derecho Justiniano, por supuesto ya pasada la Antigüedad, pero que vale tomarlo aquí en continuación del camino romano y a modo de previa al Medievalismo. Su duración se computa hasta el 565 e.c., año de la muerte de Justiniano. En esta etapa el Derecho Romano “realiza su última evolución de la que la gran Codificación hecha por este emperador representa la fase conclusiva. Las posteriores vicisitudes de tal codificación y de su influencia determinan para Oriente la historia del derecho bizantino, y para Occidente la historia del derecho medieval y de los singulares derechos nacionales europeos” (Islas Colín, 2009). El Código Justiniano fue la mayor recopilación de la época, y tuvo por objeto la unificación y sistematización del Derecho Romano. En el *Diccionario de Derecho romano* de Marta Morineau Iduarte (2006) se detalla su composición: 12 libros divididos en títulos, y estos subdivididos en fragmentos. El primer libro corresponde al Derecho Eclesiástico, las fuentes del Derecho y los funcionarios públicos. Desde el segundo hasta el octavo libro se trata el Derecho Privado. El noveno libro aborda el derecho penal. Y desde el décimo libro se expone el Derecho Administrativo. Se percibe que la gama de temas a tratar es amplísima, y en todos ellos el Derecho Romano se pronunció con autoridad.

Aun en atención a la vasta obra jurídica romana y a los avances civilizatorios que promovió, deben tomarse las mismas precauciones analíticas que con Grecia. Estudioso del caso romano, Megías Quirós (2017) afirma que “durante toda la Antigüedad sólo se habló de un derecho natural común a todos los hombres, pero no de poderes, facultades o libertades naturales que correspondieran con carácter universal a todo hombre sin excepción como hoy reconocemos en los derechos humanos”. El Derecho, en la visión romana antigua, se concebía “como un orden regulador de lo justo y de lo recto, no como una vía para asegurar los derechos de los individuos” (Megías Quirós, 2017).

II.1.B) Medievalismo

Luego de la Antigüedad vino el Medievalismo (situado entre el siglo V y el XV), donde más allá de las subdivisiones históricas -como Alta Edad Media y Baja Edad Media-, el pensamiento dominante contuvo fundamentos duraderos que dieron forma al período en general.

En lo que viene, se verá la visión filosófica trascendental atinente al período, la constitución socio-política de la sociedad, y el Derecho en su faz natural y positiva. Dentro de tal

esquema, en atención al desarrollo de los acontecimientos y la importancia concedida a las teorías vigentes de la época, corresponde primero tratar lo relativo a la Iglesia, el Estado y el aspecto de la ley que los une, lo cual indudablemente queda en el centro de la escena; y luego los derechos individuales empujados a un costado, oportunidad que se aprovechará también para profundizar el aspecto jurídico.

Desde lo filosófico, en esta etapa se comprueba un retroceso, hasta virtualmente la obliteración, de las concepciones griegas sobre ejercicio de libertades individuales, alcance de la felicidad terrenal, y mente orientada a este mundo. Lo contrario avanza y se impone de manera incuestionada: obediencia a la autoridad, desprecio del mundo terrenal y deseo de alcanzar la salvación espiritual, y orientación mística hacia el mundo venidero.

Es un período completamente tomado por la religión cristiana, que estará presente en todo momento y lugar, se trate de cuestiones teológicas, morales, jurídicas o políticas, sin que exista una fuerza opositora de envergadura que quiera y pueda hacerle frente.⁶

Dos eran los poderes principales del Medioevo: el poder religioso y el poder político. Y ambos, en su espacio y medida, tenían que ver con el cristianismo. El *poder religioso* pertenecía a la Iglesia, que tenía la misión de llevar a todas partes el mensaje de Cristo. El *poder político* correspondía a los Reyes, quienes -como buenos cristianos-, cumplían con sus acciones el plan trazado por Dios. La Iglesia dominaba el *reino espiritual*, los políticos cristianos el *reino material* (cuya importancia residía en garantizar la expansión espiritual).

Como los hombres de gobierno eran cristianos, y los hombres de la Iglesia hacían política, se producía un entrelazamiento de fuerzas, y ello repercutía en favor del cristianismo. Religión y política se fundían en un plan cristiano común. Por ende, el distingo no consistía en credos distintos, sino en operatividad dentro del espectro cristiano.

Al margen del cristianismo compartido, al encontrarse una suma de poder en juego, se suscitaban diferencias personales o disputas por dominio entre los referentes espirituales y los terrenales. En dichos supuestos, para no desviarse del plan de Dios, había que mirar a una autoridad decisoria que mediara y resolviera. Y de acuerdo a la filosofía aceptada, la religión -conservadora de un halo de pureza- llevaba las de ganar.

⁶ La excepción a la falta de oposición se encuentra en el islam, como se dio en la España dominada por los árabes, quienes tendieron a islamizarla y la renombraron *Al-Andalus*. Pero la medición de fuerzas con el credo mahometano fue un caso específico, no la generalidad del Occidente cristianizado. Y ha de notarse que por uno u otro lado lo que se aseguraba era el predominio religioso: aún en manos de un rival conquistador distinto al cristianismo, la península ibérica seguía bajo Gobiernos de origen divino, respondiendo al Corán los invasores y a la Biblia los invadidos.

Se aceptaba ampliamente que lo importante no era el mundo material, corrompido, de bajas pasiones, sino la eternidad espiritual. En ese sentido, la *fe* era la clave para salvar el alma y lograr la aceptación del Creador; *ergo* la religión -cual depositaria de la fe- se erguía a sí misma y con el apoyo de los fieles como la autoridad principal, por encima de la política mundana.

Agustín de Hipona (2019), obispo, santo y Doctor de la Iglesia Católica, aseveró en su escrito *La Ciudad de Dios* que la soberanía de Roma había sido dispuesta por el Dios Verdadero, de quien venía todo poder y cuya Providencia todo lo gobernaba, indicando a su vez que el poder político del hombre en la Tierra tenía origen divino. Además, sostuvo la máxima “Cristo es la Verdad”. Y para la Iglesia, el representante de Cristo en la Tierra era el Papa. Entonces, si Dios era la verdad, la fuente del Gobierno, y tenía su vocero en el mundo, resultaba cristalina la preeminencia de la Iglesia sobre cualquier otro poder político secular. Según lo explica Fernando Retamal (2004): “No puede haber transacción entre Cristo y César: este debe someterse a Aquel y no pretender ser independiente ideológicamente a los principios cristianos; de lo contrario, debe prepararse para las consecuencias del pecado y del error en su conflicto con la justicia y la verdad”.

El Papa, en su rol religioso y político de máxima jerarquía, concentraba poder y atribuía a la Iglesia el predominio sobre tierras y población. Más allá del concreto caso romano en relación al César, y proyectándose al resto de los países, la bula *Unam Sanctam*, emitida por Bonifacio VIII -a raíz de su disputa con el Rey Felipe de Francia-, resultaba ilustrativa y tajante. Johann Peter Kirsch (1912) la sintetiza como sigue:

La bula establece proposiciones dogmáticas acerca de la unidad de la Iglesia, la necesidad de pertenecer a ella para lograr la salvación eterna, la posición del Papa como jefe supremo de la Iglesia y el deber que de ahí surge de someterse al Papa para pertenecer a la Iglesia y así alcanzar la salvación. El Papa además enfatiza la posición superior del orden espiritual en comparación con el secular (...).

Declarando que toda creatura humana necesita someterse a la autoridad del Pontífice para obtener la salvación, la bula determinó la subordinación de todo orden a la autoridad papal.

Del texto de la bula se identifican los siguientes principios rigentes. En primer lugar, la Iglesia controla las *dos espadas* -los dos poderes-, espiritual y secular. Segundo, la *espada espiritual* es blandida por la Iglesia a través del clero, y la *espada secular* es empleada por la

Iglesia mediante la autoridad civil bajo su poder espiritual. Tercero, el poder terrenal debe *someterse* a la autoridad espiritual, ya que esta tiene precedencia sobre aquél debido a su grandeza y sublimidad. El poder espiritual tiene derecho a establecer y guiar al poder secular, y juzgarlo cuando no actúa correctamente. A su vez, un poder espiritual inferior es juzgado por un poder espiritual superior, y este último es juzgado por Dios. Cuarto, si bien la autoridad es concedida al hombre y ejercida por él, no es una autoridad humana, sino divina; por lo tanto, cualquiera que se oponga a la autoridad ordenada por Dios se *opone a la ley de Dios* (Kirsch, 2012).

Hasta aquí la visión medieval sobre el poder religioso, estatal y legal. En resumidas cuentas, el poder viene de Dios; el Gobierno lo ejecutan los hombres, pero por orden y a cuenta de Dios; y la ley de cumplimiento obligatorio es la que sigue la senda decidida por Dios.

El paso siguiente es la contextualización socio-política, para entender la constitución de la sociedad medieval y el funcionamiento del sistema político-económico feudal.

La sociedad medieval se dividía en estamentos, contando con dos jerárquicamente superiores y un tercero en inferioridad de condiciones.⁷ El estamento de la *nobleza* estaba constituido por Reyes, condes, duques y caballeros, y a la vez existía una subdivisión en alta nobleza -los miembros cercanos a la corte- y baja nobleza -hidalgos o gentiles-. El estamento del *clero* incluía los ordenados en el cristianismo, y también se subdividía en alto -Papa, cardenales, obispos y abades- y bajo -párrocos, monjes y demás posiciones-. Por último, aparecía el tercer estado, el estamento del *pueblo llano*, al que pertenecía el resto, entre ellos, campesinos, artesanos y burgueses.

⁷ A efectos de la precisión terminológica, deben diferenciarse los *estamentos* de las *clases sociales*, ya que, si bien ambas categorías están destinadas a clasificar grupos dentro de una sociedad, los sistemas o concepciones dentro de los cuales lo hacen no le atribuyen a la agrupación los mismos efectos.

La sociedad estamental estaba atravesada por el *corporativismo*: cada estamento se regía por su propio orden y estatuto jurídico (lo que no implicaba necesariamente que la ley surgiera de cada uno de los grupos, pudiendo ser determinada por autoridades pertenecientes a un grupo jerárquicamente superior). La posición dentro del estamento se definía por nacimiento, y lo normal era morir perteneciendo al mismo estamento dentro del cual se nacía y se vivía toda la vida, lo que indica escasa movilidad social. De modo tal que las vías para pasar de un grupo inferior a uno superior se caracterizaban, según José Palanca de la revista digital *La Crisis de la Historia* (2012), por una “relativa estanqueidad”, y consistían en: ingresar a la carrera eclesiástica a los fines de integrarse al clero; incorporarse a la nobleza mediante matrimonio entre persona noble y persona de la burguesía adinerada; concesión real por servicios prestados a la Monarquía; o designación en la estructura burocrática.

Las clases sociales (no en el sentido *marxista* -vistas desde el prisma del determinismo y el polilogismo- sino en el sentido *corriente* -despojadas de una misión histórica y una particular manera colectiva de pensar-) suelen referirse simplemente al estatus económico de personas regidas por el mismo ordenamiento jurídico y apañadas por una cierta igualdad ante la ley. No son consideradas corporaciones con derechos de pertenencia propios o colectivos metafísicamente diferenciados. En un sistema económico capitalista no entorpecido por distinciones políticas o jurídicas, las personas pueden ascender o descender de clase social de acuerdo a su desempeño financiero, y esos cambios no traen aparejadas modificaciones en su estatus jurídico.

La cantidad de miembros de cada estamento variaba, y cada uno cumplía funciones particulares. De acuerdo a José Palanca (2012), los nobles eran el estamento de menor membresía, del 1% al 2% del total de habitantes, en ocasiones alcanzando el 10%, y se dedicaban a mantener la seguridad física del pueblo (se los llamaba *bellatores*). El clero era aproximadamente el 5%, y su misión era guiar a la población por la senda religiosa cristiana (los *oratores*). El tercer estamento, por mucho el más numeroso, abarcaba alrededor del 90%, y se dedicaba al trabajo que proveía a los dos estamentos anteriores (los *laboratores*).⁸

En lo concerniente al funcionamiento político-económico, la concentración de poder de la Iglesia para implementar su pretensión teocrática contrastaba con la desconcentración del poder secular que al Rey le imponía el formato del feudalismo. A diferencia de otras variantes de la Monarquía, la que funcionaba dentro del sistema feudal cedía poder y territorio a ser ejercido y administrado respectivamente por los señores feudales, lo que correlativamente implicaba menor poder material y directo del Monarca.

El *señor feudal* se encargaba de la administración de las extensiones de tierra: su mantenimiento le era encargado a los *vasallos* -hombres libres subordinados al señor, quienes le debían apoyo político y militar como contraprestación-; y su prosperidad se buscaba en el trabajo material de los *siervos* -campesinos a quienes se les permitía habitarlas bajo control del señor-.

De acuerdo a *Saberia*, el sistema de privilegios beneficiaba a la nobleza y al clero, quienes estaban exentos de pagar impuestos, poseían las tierras donde trabajaba el pueblo llano, y tenían el poder de cobrar tributos a los libres del pueblo o siervos que habitaban en ellas (*Saberia*, 2021).

En consonancia con lo visto, debe concluirse que a nivel político no existía en la época medieval igualdad de derechos ni igualdad ante la ley. La política secular y la religión apostaban al dominio poblacional y territorial, llegando a competir entre sí para afianzar sus facultades de dominación, y la gran mayoría de pobladores cumplía su papel existencial en un marco de subordinación estamental.

⁸ La publicación del autor refiere a la sociedad estamental de la Edad Moderna, aunque aclara que vale igualmente para la Edad Media, en tanto se consideren las características particulares de cada período.

Su utilización en este tramo del trabajo pretende dar cuenta del período medieval. La Modernidad se trata oportunamente en relación a visiones que dejaron atrás los estamentos.

Se pasa a continuación al plano del Derecho -donde se realiza una distinción según las etapas clasificatorias del Medievalismo-, y a la consecuente visión de los derechos individuales presente a lo largo del período.

En palabras de Manuel García-Pelayo (1962), la Alta Edad Media transcurrió bajo la tensión entre *universalismo* y *localismo*, por la cual “la vida del hombre se desplegaba entre dos polaridades, pues, por un lado, se sentía miembro de una comunidad universal, mientras que, por el otro, su existencia diaria se desarrollaba dentro de ámbitos espacial y socialmente muy restringidos y que apenas rebasaban el horizonte más inmediato”. La comunidad universal y sacramental era la Iglesia, concebida como “una entidad única y total (...) que imprimía su sello a todos los aspectos vitales”. El localismo reposaba en el hecho que “la mayor parte de la vida social se desarrollaba en general dentro de ámbitos muy reducidos y distantes, ordenándose en pequeñas comunidades autónomas con escasas o nulas relaciones entre sí, lo que daba a la sociedad una acentuada estructura pluralista” (García-Pelayo, 1962).

La misma tensión imperante en la sociedad reverberaba en el orden jurídico. En el polo universalista, esto traía consigo un triple direccionamiento:

a) En la afirmación de un derecho divino y natural, términos que tendían a identificarse en cuanto que se estimaba que el derecho natural era el contenido en la Ley Antigua y en el Evangelio, hasta que con Guillermo de Auxerre (m. 1231) y como consecuencia de la recepción del aristotelismo, el derecho natural comienza a desprenderse de la Biblia para fundamentarse en la razón. En todo caso, se trata de un o de unos derechos de contenido inmutable y de validez universal, frente al que no puede prevalecer ningún derecho positivo sea secular, sea eclesiástico, es además el más antiguo de todos (lo que en la mentalidad jurídica medieval era signo de superior validez) ya que se remonta a los comienzos de la Creación. (...)

b) En un derecho canónico válido para toda la Iglesia, es decir, para la totalidad de la sociedad cristiana con todos sus países y todos sus rangos o grupos. En sus comienzos tal derecho se compone de la reducción a norma de lo dicho por los concilios, papas, padres y doctores de la Iglesia, tal norma constituye un **canon** de vida de la sociedad cristiana (**norma recte vivendi**), varios cánones o preceptos individuales constituyen una **lex**, y el conjunto de leyes forma el **ius canonicum**. A medida que se afirma el centralismo hierocrático queda el papa, es decir, un poder universal, como definidor de este derecho universal que, por ser promulgado por el vicario de la divinidad, es tanto como la ley de Dios (...).

c) Desde el siglo XI comienza la pretensión de universalidad del derecho romano, fenómeno unido tanto a un renacimiento intelectual, al que aludiremos después, como a la tendencia de los emperadores medievales a afirmar la universalidad de su poder y a considerarse sucesores de los emperadores romanos y, por tanto, titulares y continuadores de su derecho. El patetismo imperial va, así, unido al patetismo jurídico. (...) (García-Pelayo, 1962)

Se corroboran los siguientes puntos. En una primera concepción medieval, el Derecho Natural se encontraba asociado directamente a la religión, y su fuente era directamente bíblica, hasta que luego pretendió descubrirse y justificarse vía la razón. En segundo lugar, que la intención de la Iglesia era erguirse en un poder universal con dominio espiritual sobre la población y material sobre las tierras, en tanto institución portavoz de la palabra divina. Tercero, que los líderes políticos seculares no querían quedarse atrás y soñaban con la extensión de sus dominios apoyada en el difundido Derecho Romano. De esta vinculación entre religión y política, lo místico y lo secular, lo canónico y lo romano, se concebía el orden metafísico y jurídico del mundo. A modo ilustrativo de las proposiciones vigentes, García-Pelayo (1962) cita un “representativo texto de Engelbert de Admontt, (1250-1331)” que lo considera una “síntesis de la idea jurídica universalista: "en todo el mundo hay un solo derecho divino verdadero, como hay sólo culto al verdadero Dios verdadero, y un solo verdadero derecho humano, a saber, los cánones y las leyes [es decir, el derecho romano] acordes con el derecho divino"", lo que da cuenta de la íntima unión de los factores y también de la señalada preeminencia de la alegada religión verdadera.

Ahora bien, frente al polo universalista tiraba el polo localista, y en este último quedaba reflejada la falta de centralización política del poder y la dispersión normativa, lo que posibilitaba que diversas costumbres de distintos lugares fueran consideradas Derecho válido y que cada pueblo lo reconociera como ordenamiento válido. Más allá de las aspiraciones universales para cuyo cumplimiento los grandes poderes se arrogaban prerrogativas, en la vida diaria las gentes de distintos lares se manejaba con sus propias normas:

No existiendo una instancia central (Estado) capaz de imponer efectivamente normas jurídicas de validez general, el derecho positivo era una creación de la sociedad o, más precisamente, una de sus partes integrantes y, siendo así, había de ofrecer el mismo pluralismo que la fuente de la que emanaba, pluralismo que obedecía tanto a supuestos territoriales como personales”. (García-Pelayo, 1962)

Como se respetaban costumbres y tradiciones, y lo viejo tenía cierta preferencia sobre lo nuevo, más que hablar de una creación dirigida y deliberada del Derecho, correspondía pensar en su hallazgo:

Así, pues, cualquiera que fuera su origen, el derecho de la Alta Edad Media no era un derecho estatuido ni dictado por el poder político — que carecía de medios institucionales y técnicos para llevar a cabo esta tarea—, no era inventado ni creado, o, al menos, no era concebido como tal, sino que por estar ya dado lo único que procedía era descubrirlo y aplicarlo. (García-Pelayo, 1962)

Esto no quería decir que se equiparaba todo orden jurídico a lo descubierto, porque nuevas situaciones también exigían nueva normativa, pero sí que no había una planificación centralizada del Derecho en el plano localista:

...no toda actividad jurídica se reducía al descubrimiento, sino que había también creación o invención del derecho a través de una serie de vías que iban modificando su estructura y que representaban una adaptación a las situaciones planteadas por los tiempos. Pero podemos afirmar que estas transformaciones se realizaban, por así decirlo, de un modo espontáneo y, en todo caso, casuístico. (García-Pelayo, 1962)

La Baja Edad Media, por su lado, fue el escenario de un cambio de tendencia. La gradual introducción de Aristóteles en la intelectualidad europea, luego de siglos de olvido, produjo la reivindicación de la razón, y con ello, el Derecho comenzó a independizarse o al menos a adquirir mayor autonomía respecto de la Iglesia. De la metafísica ofrecida por la religión, que tenía en la centralidad del cristianismo su característica estelar, se pasó a una propia concepción desde el Derecho de la justicia como fuente y valor:

...la idea teocéntrica de la sociedad cede paso a la iuscéntrica, es decir, centrada en torno al derecho ya que el mismo rey, que se dispone a dar efectividad a la idea de lo público frente a la particularización y privatización de los poderes feudales, es concebido como la **lex animata**. La tendencia al abandono del monopolio de la concepción teocéntrica va vinculada al aristotelismo político que no considera a la gracia como momento absolutamente necesario para la legitimidad de la convivencia política y distingue, así, entre la sociedad civil fundada en la naturaleza y la

sociedad eclesiástica fundada en Cristo. El lugar ocupado por la figura de Cristo en la etapa anterior comienza ahora a ser llenado por el derecho, pero para ello el derecho mismo y la jurisprudencia tenían que crearse su propia espiritualidad y buscar sustento en una realidad trascendente.

A ello responde la metafísica y el **pathos** de la Justicia. (...) lo mismo que lo abstracto es anterior a lo concreto, así la Justicia es anterior al derecho. (García-Pelayo, 1962)

Pero el hecho que se reincorporara la razón al debate jurídico no implicó la secularización total del Derecho ni el desprendimiento de la visión divina. Dios no quedaba al margen de la fundamentación legal, y la apelación a su eterna sabiduría o plan divino como justificativo del poder terrenal seguía presente, solo que de otra manera y desde la renovada metafísica. Ya no se trataba simplemente de subordinarse a los mensajeros eclesiásticos de la palabra de Cristo, sino de ejercer el poder imperial que Dios transmitía al hombre, y que encontraba en la Justicia su direccionamiento, a la cual se servía para con ello lograr el orden social:

El emperador es hijo de la Justicia porque existe en razón de ella, es su siervo porque es su deber servirla y administrarla; pero así como Dios ha derramado la Justicia sobre el emperador, así éste la derrama sobre sus funcionarios y súbditos, estableciendo mediante normas jurídicas lo que es justo e injusto y, en este sentido, es padre y señor de la Justicia. Dicho de otro modo: respecto a Dios el emperador es hijo y siervo de la Justicia, pues nace por y para ella; respecto a los hombres, es padre y señor de la Justicia pues a él le corresponde declararla por la legislación y conservarla por la jurisdicción. Y con ello ordena la realidad social y política rompiendo viejas estructuras y creando otras nuevas de acuerdo con la necesidad de las cosas. La sociedad se construye, pues, en torno al derecho y el derecho en torno a la justicia.

La tendencia, al resaltar la concepción imperial y la planificación de un orden social de acuerdo a un criterio unitario -que se condecía con características posteriormente verificadas en la aparición del Estado moderno y su monopolio normativo-, avanzó de tal manera que consolidó el centralismo en el Derecho. García-Pelayo (1962) destaca dos factores -entre otros- que jugaron un rol preponderante:

a) La formación de un derecho legal, es decir, racionalmente calculado para ordenar a la sociedad de una determinada manera, y b) El nacimiento de un

estamento profesional de juristas que constituyera la clase dirigente y que **mutatis mutandi** desempeñara en la nueva sociedad análogo papel al de los sacerdotes en la sociedad teocéntrica.

Las formaciones centralizadas del Derecho, y su unificación bajo determinadas autoridades políticas, fueron modificando las situaciones de dispersión normativa y localismo. La concepción de una comunidad política separada de una comunidad religiosa, que podía justificarse de manera naturalista en el orden secular sin un necesario propósito trascendente aportado por el itinerario eclesiástico, mermó en cierto modo el poder de la Iglesia que apostaba a la completa identificación de comunidades. En el contexto de estas dos circunstancias, la tensión *universalista-localista* quedó superada, y a partir del siglo XIII se da lugar al “reino como círculo político que no es ni universal ni es local” (García-Pelayo, 1962). Ni se acoplaba a un plan mundial de la Iglesia, ni se limitaba a la contemplación pasiva de normativa local y consuetudinaria preexistente; buscaba el orden de la autoridad, y la creación -o incluso el descubrimiento- en modo centralizado del Derecho. Explica el autor precitado:

...mientras que en la ordenación feudal existía una “mediatización” entre el centro del reino, es decir, el rey, y la masa del pueblo, en cambio ahora, sin desaparecer del todo la mediatización, tiende a haber una relación directa a través de una serie de vías entre las que, hablando en términos generales, cabe contar como principales las siguientes: la conversión de todo vasallo en “hombre sólido” (**ligus**) del rey; la institución de la justicia real como instancia de apelación, la tendencia al monopolio de la alta justicia o “mero y mixto imperio” (vida y muerte) y, en general, a atraer a la jurisdicción real competencias que, hasta entonces pertenecían a los señores feudales y eclesiásticos y, en fin, en la creación de un propio aparato administrativo, a lo que se añade la división del reino en distritos administrativo-judiciales superpuestos pero no adaptados a los señoríos. (García-Pelayo, 1962)

Frente a las constituciones de poderes centrales que establecían el predominio del Derecho legal proveniente de sus fabricaciones, quienes se veían perjudicados (porque antes ejercían derechos personales de manera laxa -basados en costumbres, normas orales o tradiciones locales- y ahora debían hacerlo siguiendo las pautas de la autoridad del reino -de acuerdo a reglas escritas e impuestas-), entendieron que debían organizarse para contrarrestar el poder en defensa de sus libertades. Describe García-Pelayo (1962): “Como consecuencia de este

movimiento advienen las Cartas, en las que se conceden o reconocen y garantizan “libertades” bien a un estamento, bien a todos y cada uno de ellos”.

El ejemplo histórico por excelencia es la *Carta Magna* de 1215. Patricio Maraniello (2015) grafica su gravitación en tanto muestra que “el poder del rey puede ser limitado por una concesión escrita”, y que fue alabada como “la base de las libertades constitucionales en Inglaterra”. Además, se convirtió internacionalmente en “uno de los antecedentes más importantes del constitucionalismo moderno, constituyendo la base de instituciones políticas de vital trascendencia como ser el parlamento deliberativo, el juicio por jurado, el habeas corpus y el debido proceso legal” (Maraniello, 2016). Entre sus disposiciones puede leerse: “Ningún hombre libre será arrestado (...); y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por ley del país” (antecedente del *debido proceso*); “...a nadie negaremos ni retardaremos el derecho o la justicia” (antecedente de la garantía de *acceso y celeridad en la justicia*); “Todos los comerciantes podrán salir salvos y seguros de Inglaterra y entrar en ella, (...) excepto en tiempo de guerra, cuando sea de alguna nación que se halle en guerra con Nos” (favorecimiento del *libre tránsito*); “Nombraremos jueces, comisarios, sheriffs o alguaciles tan sólo a los que conozcan las leyes del reino y los medios de observarlas bien” (favorecimiento de la *idoneidad para cargos públicos*); “ Si alguno, sin previo juicio legal de sus pares, ha sido desposeído o privado por Nos de sus tierras, castillos, libertades o derechos, se los restituiremos inmediatamente” (defensa de la *propiedad*), y demás artículos limitativos del poder soberano (dipublico.org, 2011).

De modo que, hacia el final del período medieval, la noción de lo que podía asemejarse a los derechos individuales se transformó en una defensa vía Carta escrita para fijar límites al poder real, los cuales, de no ser respetados, ameritaban un sublevamiento hasta tanto fueran efectivamente reconocidos.

La reunión de las concepciones que empezaron a brotar en la Baja Edad Media comenzó a pavimentar el camino hacia la siguiente época histórica. Por un lado, se aprovechó para promover libertad (el reencuentro aristotélico con la razón, la sociedad política no equivalente a la comunidad religiosa, Carta de derechos y límites al poder), lo que más adelante llevaría a preparar nuevas y mejoradas defensas del individuo; y, por otro lado, la tendencia centralizadora del Derecho consolidó su lugar adquirido, lo que después desembocaría en Estados nacionales modernos con un régimen jurídico unificado.

II.1.C) Modernidad

La Modernidad implicó un nuevo amanecer para la humanidad tras siglos de sumisión política y religiosa. Luego de la etapa transicional del *Renacimiento*, en la cual comenzaron a gestarse los cambios conducentes a la liberación del pensamiento, se abrieron de par en par las puertas a la *Ilustración*, el *Iluminismo*, la *Edad de la Razón*.

El afianzamiento del *antropocentrismo* -el hombre como unidad de medida y centro del Universo- condujo a visiones radicalmente opuestas al oscurantismo, y ello precipitó consecuencias que impactaron de lleno en lo atinente al Estado, la ley y los derechos. Fuerzas políticas y religiosas contrarias a la modernización no salieron de la escena, y procuraron mantener el régimen que las garantizaba; pero esta vez hubo oposición de una elite intelectual decidida a pensar sin ataduras y forjar los cimientos de una nueva etapa para el mundo civilizado.

Dos hitos de profundo carácter filosófico marcaron el rumbo de la política y el Derecho: la *Revolución Gloriosa* de 1688 en Inglaterra, y la *Revolución Americana* que casi un siglo después condujo a la independencia de los Estados Unidos en 1776. Como sus respectivos nombres indican, las revoluciones ofrecieron renovación. Sin embargo, no se implantaron modificaciones a cualquier costo ni se desató la violencia desmedida generalizada -hechos que sí pueden rastrearse en otros ejemplos revolucionarios de la historia, cuando los medios para ejecutar los planes fueron turbas y los objetivos declarados no siempre coincidieron con los objetivos íntimamente guardados del liderazgo que las dirigió-. En estos dos acontecimientos revolucionarios que aquí se tratan, las protagonistas estelares, alrededor de las cuales se subordinaron los planes, fueron las ideas, y más concretamente, las *ideas de la libertad*. Sus repercusiones en términos de delimitación de la acción gubernamental y respeto por los derechos ciudadanos fueron lógicas derivaciones de sus más caros postulados.

Así consideradas ambas revoluciones, su examen es prioritario para comprender las estructuras institucionales que dieron forma a los respectivos países a partir de su apogeo. Para respetar el orden cronológico e intelectual de los acontecimientos, se comenzará por la *Revolución Gloriosa* y luego se abrirá paso a la *Revolución Americana*.

La *Enciclopedia de Historia* de Grudemi (2019) sintetiza la *Gloriosa* de la siguiente forma:

La Revolución fue propiciada por el Parlamento inglés, que veía con gran preocupación los intentos absolutistas del rey [Jacobo II] y sus intentos de re implantar el catolicismo en una sociedad mayoritariamente protestante.

(...) Supuso el fin de la monarquía absolutista y la consagración de la monarquía parlamentaria [asumiendo el poder monárquico María II y su esposo Guillermo III de Orange].

Si bien se produjeron episodios violentos, sobre todo en Irlanda y Escocia, la Revolución Gloriosa fue mayoritariamente *pacífica*. En su espíritu no estuvo presente un violento deseo completamente refundacional de cortar todo lazo con el pasado (lo que se atestiguará 100 años después en Francia) ni el impulso de eliminar físicamente a toda la oposición (lo que se padecerá en Europa entrado el siglo XX). Más bien, de aquello que la precedió, la Gloriosa pretendió abandonar malas prácticas políticas y respetar las concepciones que nutrían su nuevo proyecto de libertad civil y tolerancia religiosa.

George Macaulay Trevelyan (1981) arroja luz sobre las alianzas y acciones que llevaron a la estabilidad que combinó lo conservado y lo nuevo:

Whigs y tories,⁹ habiéndose levantado juntos en rebelión contra Jacobo, aprovecharon el fugaz momento de su unión para establecer una forma a la vez antigua y nueva de gobierno, que en la historia se conoce con el nombre de Ordenamiento de la Revolución. Bajo este Ordenamiento, Inglaterra ha vivido en paz consigo misma hasta el presente. (...)

La expulsión de Jacobo [fue] un acto revolucionario; y, sin embargo, el espíritu de esta extraña Revolución era opuesto a todo intento revolucionario. No quiso destruir las leyes, sino confirmarlas contra un rey que las vulneraba. No quiso obligar al pueblo a someterse a un patrón en lo político y lo religioso, sino darle la libertad bajo la ley y por la ley. [Fue] al mismo tiempo liberal y conservadora; la mayor parte de las revoluciones no son una cosa ni otra, sino que primero destruyen la ley y después imponen un modo único de pensar. En nuestra Revolución los dos grandes partidos, así en la iglesia como en el estado, se unieron para defender las leyes y la tierra misma de la destrucción con que las amenazaba Jacobo; habiendo procedido así, y habiendo de ese modo llegado a ser solidariamente dueños de la situación en febrero de 1689, ni el partido *whig* ni el partido *tory* estaban dispuestos a permitir que sus afiliados estuviesen por más tiempo sujetos a persecuciones, ya procedieran del poder real o del otro partido. En tales condiciones, la nota dominante

⁹ Los dos grandes partidos políticos que solían vivir en permanente disputa.

del Ordenamiento de la Revolución fue la libertad personal bajo la ley, lo mismo en religión que en política.

Siguiendo los estudios de Trevelyan, la visión de contención política y tolerancia ciudadana que recorrió el ideario revolucionario tendió, por un lado, al equilibrio de fuerzas y distribución de poder, y por otro, al aseguramiento de libertades individuales -al menos en la faz práctica cuando no en la ley-.

Respecto de lo primero, aún como fuente de la autoridad ejecutiva, el Rey fue sometido a la ley; la interpretación de esta reposó en el criterio independiente de jueces inamovibles; y su modificación quedó en la decisión del Parlamento. Acerca de lo segundo, se abolió la censura y se reforzó la libertad de opinión; se rechazó la obligación de que los súbditos del Estado debían serlo también de la Iglesia del Estado; se reconoció libertad religiosa (aunque no igualdad política completa) para protestantes disidentes, y fácticamente (pero no jurídicamente) se extendió a católicos romanos. Dicho fervor por las libertades individuales así quedó instrumentado:

Aun con sus imperfecciones, el desarrollo de la cultura jurídico-política británica sirvió para amplificar y generalizar el reconocimiento de derechos, como constó en la Declaración de Derechos de 1869 -*Bill of Rights*-, cuya aceptación fue condición necesaria para entronizar a la nueva monarquía parlamentaria. En ese documento, se plasmó la defensa y aseguramiento de los derechos, de las llamadas “libertades indiscutibles”, y el reclamo de que no sirvieran como precedentes las actuaciones realizadas “en perjuicio del pueblo”. Vale decir, a diferencia de otros momentos históricos donde no se manejaban nociones de derechos individuales o ciertas libertades eran reconocidas para una minoría considerada ciudadana, la Declaración que vino con la Revolución fue un puente hacia la universalización de derechos ciudadanos. (Trevelyan, 1981)

La mencionada *Declaración de Derechos*, lograda en seguimiento de los postulados revolucionarios, se quejó de que el Rey Jacobo II había ejercido “el poder de dispensar de las leyes”, y criticó las “multas excesivas” y la aplicación de “castigos ilegales y crueles”; y a su vez, defendió las elecciones libres de los miembros parlamentarios, la posesión de armas de los protestantes para la defensa, la no cobranza de impuestos sin consentimiento del Parlamento, y la libertad de expresión, entre otros derechos (dipublico.org, 2010).

En definitiva, por su ahínco en la eliminación de arbitrariedades dentro del sistema, el logro de cierto equilibrio institucional de poder, y el reconocimiento de los derechos individuales, la Revolución Gloriosa generó un ambiente adecuado para la estabilidad política, la vida civil pacífica, la libertad religiosa y el crecimiento económico, transformándose en una luminaria para la siguiente revolución que se produciría allende los mares y -precisamente- contra la Corona británica.

La Revolución Americana consistió en el alzamiento de los colonos norteamericanos contra Inglaterra, la cual -en su afán recaudatorio para mantener la vigencia de su política imperial-, comenzó a hostigar a las Trece Colonias con tributaciones, gravámenes y regulaciones que afectaban los derechos, las propiedades y el comercio. Las imposiciones británicas se vieron como una afrenta, y las relaciones de cordialidad y entendimiento con la metrópoli fueron progresivamente deteriorándose hasta desembocar en la búsqueda de *independencia* respecto de la Corona.

En un primer momento, los colonos pretendían conciliar y normalizar sus relaciones con el Imperio Británico. Exigían el respeto por sus derechos y el cese de los abusos, pero todavía no había consenso para tomar la medida drástica de separarse. Cristián Guerrero Yoacham (1979) rastrea las respuestas que empezaron a surgir de las Legislaturas coloniales, condenatorias del avance de la Corona:

Estas resoluciones sentaron la tesis, igualmente, de solicitar el debido respeto, por parte de la Corona y el Parlamento, a la autonomía colonial. Fue también en estas resoluciones donde comenzó a formularse pública y sistemáticamente las teorías constitucionales norteamericanas, productos de la experiencia y de la realidad vivida.

En general, la argumentación de las Legislaturas era muy simple: los ingleses que fundaron las colonias trajeron al Nuevo Mundo los derechos propios y naturales de los súbditos británicos, entre los cuales estaban el de ser gobernados y en particular, ser gravados con impuestos, única y exclusivamente por sus representantes. Por ello, no podían acatar la legislación del Parlamento, el cual representaba única y exclusivamente a los ciudadanos ingleses de la Gran Bretaña y no de las colonias, puesto que no había representantes coloniales ni en la Cámara de los Comunes ni menos en la Cámara de los Lores; en consecuencia, las colonias no estaban bajo la jurisdicción del Parlamento y las únicas asambleas que podían fijarles impuestos eran las Legislaturas Coloniales.

En el Primer Congreso Continental, iniciado en 1774, se “tomó la posición de que los americanos poseían los inalienables derechos a la "vida, libertad y propiedad", y todos los demás derechos heredados y constitucionales de los ingleses” (Guerrero Yoacham, 1979). A su vez, Inglaterra debía reconocer que “cada sociedad colonial, era soberana dentro de sus propios límites y que el Imperio Inglés era una federación de colonias soberanas, unidas por su nacionalidad común, por un monarca común y la administración de los intereses intercoloniales e intercontinentales comunes” (Guerrero Yoacham, 1979).

Las demandas por el reconocimiento de autonomía continuaron, y frente a ello las medidas inglesas se endurecieron, generándose enfrentamientos con soldados británicos, persecuciones de norteamericanos partidarios de la Corona, incautaciones de armas, detenciones, y confiscaciones de mercadería.

El Segundo Congreso Continental de 1775 mantuvo las quejas norteamericanas y preparó las fuerzas para el conflicto bélico, pero no proclamó la salida del Imperio. En ese tono, se aprobó una declaración escrita por Thomas Jefferson que “no manifestó por ahora la idea de independencia, pero señaló claramente que los americanos estaban prontos a morir antes que a vivir como esclavos” (Guerrero Yoacham, 1979).

En enero de 1776, cuando los enfrentamientos militares contra los británicos crecían, y las antipatías con los norteamericanos lealistas recrudecían, comenzó a circular *Sentido Común* (*Common Sense*), panfleto de Thomas Paine -nacido en Gran Bretaña y residente en las Colonias-, que arengó fervientemente contra la Corona y explícitamente en favor de la independencia norteamericana. Paine argumentó que la separación de Inglaterra traería paz, prosperidad y felicidad a los americanos, y que el interés de América debía enfocarse en la constitución de un Gobierno republicano propio, el desarrollo del continente en calidad de hombres libres, la dirección del libre comercio, y las relaciones amistosas comerciales con los demás países.

La energía del escrito de Paine, más las circunstancias que rodearon su publicación, volcaron definitivamente el ánimo público mayoritario hacia la posición independentista. En palabras de Guerrero Yoacham (1979):

Hasta la publicación del folleto de Paine, la idea de Independencia había sido sostenida solamente por los radicales más extremistas. Las acciones bélicas, la impopularidad de las medidas británicas y el *Sentido Común*, le dieron un cauce más amplio al concepto de que había de llegar el momento en que las relaciones entre las

colonias y la Metrópoli debían cortarse, y la idea de Independencia se hizo entonces popular.

Y es así que el Congreso Continental coordinó su accionar para el expreso objetivo de la independencia, la cual se declaró el mítico 4 de julio de 1776. Las Colonias se liberaron del yugo británico, y a partir de allí se abocaron libremente y por cuenta propia al esperado desarrollo del continente.

La Revolución Americana, y los documentos jurídicos, declaraciones políticas y textos filosóficos que la acompañaron, consolidaron nociones heredadas y expusieron ante el mundo el ejemplo de un país nuevo creado sobre la base de una perfeccionada filosofía orientada hacia la persona como ser libre. La consagración de la independencia ante la tiranía, el origen popular del Gobierno, los legítimos poderes de una República Constitucional, los derechos inalienables de personas creadas como iguales, y el paso definitivo de ser súbditos a ser ciudadanos constitucionalmente protegidos, dejaron en la profundidad de sus huellas el camino a recorrer para naciones e individuos libres.

Desde luego, Estados Unidos continuó padeciendo estragos como la Guerra Civil y presenciando injusticias como el esclavismo. Los números ofrecidos por Gordon S. Wood (2002) indican que, en el año 1776, de una población americana de 2.5 millones, 500.000 personas (hombres, mujeres y niños) eran esclavas. Pero a la vez, casi todos los líderes americanos tenían en claro que la permanencia de tal institución atentaba contra lo que defendía la Revolución. Un paso sin vuelta atrás se había dado hacia la subsanación de perjuicios en el orden nacional y la proclamación definitiva de la libertad para todos los individuos; procesos que seguirían hasta la terminación del enfrentamiento intestino y la abolición oficial de toda forma de esclavitud.

Como conclusión sobre ambas experiencias revolucionarias, debe hacerse hincapié en los tres elementos principales de interés que aquí conciernen: el Estado, la ley y los derechos. La Revolución Gloriosa y la Revolución Americana, como valiosos registros de la historia, sirven de parámetro para evaluar la evolución cronológica e intelectual que tuvieron las ideas, y sus efectos en los acontecimientos políticos de las sociedades que las cobijaron. La primera significó el paso de una Monarquía más dura a una Monarquía moderada, logró que la ley no fuera impuesta cual capricho del Soberano sin resistencia, y fortaleció la libertad individual instrumentalmente plasmada y reconocida. La segunda consiguió la independencia respecto de la Monarquía y el nacimiento de la República Constitucional, dejó atrás la ley abusiva de la

metrópoli y enarboló un nuevo sistema constitucional, y declaró el principio de derechos inalienables como criterio rector de toda norma legal. Ambas revoluciones sirvieron como contestación a Gobiernos tiránicos, y como reivindicación y popularización de los derechos: los derechos del pueblo, y los derechos de los individuos.

Y es así como ideas y acontecimientos definitorios catapultaron a la Modernidad como el período en el cual se definieron, afianzaron y robustecieron los derechos individuales caminando de la mano con la correspondiente limitación legalmente asentada de la acción gubernamental. El auge del Liberalismo hizo posible combatir e ir dejando atrás poderes omnímodos y estamentos corporativistas, para abrirle paso a la constitucionalidad y una mayor igualdad ante la ley. Institucionalidad de la cual, no siempre en grato reconocimiento de su origen, la siguiente etapa histórica continuó disfrutando, al menos en parte, y en ciertos períodos más que en otros.

II.1.D) Contemporaneidad y Posmodernidad

La Contemporaneidad¹⁰ se inicia, de acuerdo a las usuales clasificaciones históricas, con el estallido de la *Revolución Francesa* en 1789, y su final aún no ha sido consensuado.

A su vez, la Posmodernidad se asocia más con un movimiento intelectual que con una etapa histórica: el llamado *Posmodernismo*, nacido en el siglo XX y con plena vigencia hasta el día de hoy. Siendo un fenómeno específico producido dentro de la etapa histórica aludida, se abordará en el mismo apartado, así como se hizo con la Democracia en la Antigüedad, la Teocracia en el Medievalismo y el Liberalismo en la Modernidad.

Para ordenar la exposición, se tratará en primer lugar la Edad Contemporánea como contexto histórico general, y en segundo lugar el Posmodernismo como movimiento intelectual decisivo. Ambos transportan ineludiblemente hacia el mismo sector de Europa.

Al momento del estallido revolucionario, Francia tenía más de 27 millones de habitantes, en su mayoría campesinos, y en mucho menor medida nobles, clérigos y burgueses. Las consignas impulsaban el cambio del *Ancien Régime* (Antiguo Régimen) y con él los despojos de la sociedad estamental, para inaugurar una nueva era bajo los ideales de *Liberté, Égalité, Fraternité* (libertad, igualdad, fraternidad).

¹⁰ Nombre alusivo a una etapa histórica que incluye el presente, pero que en el futuro habrá de ser modificado por los eruditos que sucedan a las actuales generaciones, cuando este tiempo forme parte del pasado. De cualquier manera, todavía es de uso común para los historiadores que viven en esta época, por ello su reproducción aquí.

Ahora bien, autores especialistas de la Revolución Francesa, sean historiadores o filósofos, no la encuadran como un evento unidireccional basado en un conjunto singular de ideas, sino como un evidente quiebre histórico en cuyo seno destacaron distintas corrientes de pensamiento, dominantes en distintas etapas del suceso, las cuales más allá de la meta inicial compartida de reemplazar al sistema hasta entonces vigente, luego tiraron cada una para su lado a través de medios y objetivos disímiles.

Stephen R.C. Hicks (2011) detecta tres etapas en el devenir de los acontecimientos, cada una signada por el grupo prevaleciente, cuyo modo de pensar se trasladó a los hechos dejando su impronta:

La Revolución había empezado con la nobleza. Reconociendo la debilidad de la monarquía francesa, en 1789 los nobles habían tenido un éxito forzando una reunión de los Estados Generales, una institución que usualmente controlaban. Algunos nobles esperaban consolidar el poder de la nobleza a expensas de la monarquía, y algunos esperaban instituir reformas del Iluminismo.

Sin embargo, los nobles fueron incapaces de formar una coalición unificada, y no fueron rival para el vigor de los delegados liberales y radicales. El control de los eventos se les escapó de las manos, y la Revolución entró en una segunda fase más liberal. Esta fue dominada en general por liberales lockeanos, y fueron ellos quienes produjeron la Declaración de los Derechos del Hombre y los Ciudadanos.

Los liberales, a su vez, no fueron rival para el vigor de los miembros más radicales de la Revolución. Mientras los miembros de los partidos Girondino y Jacobino asumieron mayor poder, la Revolución entró en su tercera fase.

Según Hicks (2011), la tercera fase fue destructiva: la Revolución se volvió más radical y más violenta, y la nación se hundió en una brutal guerra civil. Las formalidades políticas y jurídicas que declaraban fraternas intenciones y reconocían inviolables derechos, fueron puestas a reposo en el papel, y las calles francesas se tiñeron de sangre por la incesante guillotina.

Los jacobinos instalaron el *Reinado del Terror* y ordenaron la ejecución de contrarrevolucionarios, opositores, sospechosos, e incluso los “no entusiastas” con su particular mirada de la Revolución. Algunos murieron sabiéndose culpables de los delitos atribuidos de acuerdo a las leyes de Francia, otros sin saber los cargos que se habían presentado en su contra; algunos perecieron ejecutados tras una sentencia de muerte, otros esperando la suya en la cárcel. Estudios estadísticos clásicos cuentan alrededor de 41.000 muertos en manos del Terror, mientras

que otros de reciente data que consideran la *Guerra de la Vendée* -la cual enfrentó a revolucionarios y contrarrevolucionarios- hablan de una suma de cientos de miles (Aguilar Blanc, 2012).

El proyecto de matanza y persecución posibilitó la instauración de un poderoso Estado represor, con la *salud pública* como excusa y la violencia como método, lo que confirmó el desplazamiento del sueño inicial de ideales de convivencia, y selló el desbarrancamiento de la Revolución hacia el lado más oscuro.

La distancia entre lo inicialmente proclamado y lo finalmente practicado se ve reflejada cuando se coteja un instrumento jurídico insignia con la aplicación -o falta de aplicación- que se le dio en el devenir político. La *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, en su preámbulo redactado por los “Representantes del pueblo francés”, sostiene que “la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos”, por lo que se decide exponer solemnemente, a modo de recuerdo permanente, “los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre”. En su artículo primero, la Declaración asegura que los hombres “nacen y permanecen libres e iguales en derechos”; y en el siguiente artículo, señala que tales derechos son “la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (Conseil Constitutionnel, 2019). En contraste, la matanza del Terror sojuzgó las libertades, canceló la seguridad, y pretendió aniquilar la resistencia.

Sea que se clasifiquen etapas distintas en base a corrientes diversas dentro de la Revolución Francesa, sea que se la conciba de manera uniforme con apenas diferencias superficiales, la intelectualidad no puede olvidar en su análisis el componente violento que se impulsó mediante el aparato público. Componente que no murió con la Revolución, sino que sirvió como modelo para los autoritarios de otras latitudes que vendrían a continuación. Bidart Campos (1961) endilga precisamente a la Revolución una cuota de responsabilidad por el desmesurado incremento del poder estatal experimentado en la actualidad:

...en la plenitud de nuestra edad moderna, en parte con el impulso de la revolución francesa, el poder estatal ha acusado un crecimiento monstruoso, hasta el punto que aun los estados democráticos ejercen una extensión de competencias mucho mayor que los estados absolutos de la antigüedad. Quiere decir que no obstante la afirmación actual de que la persona y los nucleamientos sociales tienen “su” derecho por imperio del derecho natural, el poder político ha aumentado en cantidad. De donde, mientras el hombre y los grupos sociales ostentan un título jurídico para

administrar su margen de libertad también jurídica, el área de competencias del poder político irrumpe sobre esa libertad, reduciéndola y controlándola.

El legado que dejó la Revolución Francesa, luego de adoptar su definitivo perfil estatista, fue el de la justificación del incremento y concentración del poder en manos de los políticos. Y los países que tallaron sus sistemas al calor de la matriz francesa, experimentaron con frecuencia los efectos de la extrema burocratización, la indefensión de los ciudadanos particulares, las cargas regulatorias afectantes al comercio, y la estatización de ámbitos de libertad que otrora correspondían a la sociedad civil.

Entrado el siglo XX, se observó este proceso de amplificación estatal. Según las nuevas teorías, el *Estado de Derecho* fue superado por el *Estado de Derecho Social*, políticamente conocido como el *Estado de Bienestar*. Antes, el Estado cumplía el mero rol de gendarme protector de los derechos individuales, pero no asumía posición activa en la generación y redistribución de riqueza mediante la intervención en la economía. Con el nuevo modelo, el Estado se permitía dirigir y regular el comercio, implementar mecanismos asistencialistas, y multiplicar sus ministerios a los fines de cubrir una gama de actividades sustancialmente mayor, con impacto en la economía, la cultura y la educación. Juan Carlos Cassagne (1990) identificó su marco ideológico como sigue:

En él los derechos personales no preexisten sino que nacen de la ley, por tanto, el derecho de propiedad no se reconoce como un derecho natural ni fundamental; los derechos individuales sólo tienen reconocimiento y adquieren vigencia efectiva por su vinculación social; no se limita la intervención del Estado en el plano económico ni tampoco el alcance de las políticas que el Estado diseña para configurar un orden social en el que el objetivo declarado es la pretensión de alcanzar la máxima igualdad entre los hombres, aún a costa de las libertades individuales. En vez de tanta libertad como sea posible el axioma llegó a invertirse sustituyéndose el papel central que en el sistema del Estado de Derecho desempeñaba la libertad por una igualdad diseñada por el poder público.

Los tres elementos de análisis -Estado, ley y derechos- quedaron conjugados de modo que las libertades personales se subordinaron a las directrices políticas: el Estado concebía un poder público ordenador, regulador y coaccionador, que ley mediante creaba derechos,

obligaciones y responsabilidades con un sentido social, cuyo móvil determinante era la igualdad y no la libertad ciudadana.

Desde una mirada apologética del intervencionismo, David Harvey (1998) notó diferencias de país en país en la organización de los sistemas de bienestar y el grado de compromiso del Estado, pero una exitosa receta de elementos reguladores comunes:

...lo que resulta notable es la forma en que los gobiernos nacionales de muy diferentes características ideológicas -los gaullistas en Francia, el Partido Laborista en Gran Bretaña, la Democracia Cristiana en Alemania Occidental, etc.- organizaron un crecimiento económico estable y un aumento de los niveles de vida materiales con una mezcla de estatismo del bienestar, administración económica keynesiana y control sobre las relaciones salariales.

Este foco en lo colectivo sobre lo individual, lo social sobre lo personal, la igualdad sobre la libertad, se mantuvo con la aparición del movimiento posmodernista promediando el siglo XX, y también se mantiene en el siglo XXI.

Los posmodernos se presentaron como opuestos a los postulados de la Modernidad y el Iluminismo. Rechazaron de manera enérgica la importancia fundamental de la razón para conocer el mundo, la pretensión de objetividad en la Ciencia, y el ideal de progreso económico capitalista. Ahora bien, aun siendo conducido el movimiento principalmente por filosofías y escuelas representativas de posiciones políticas de izquierda, también cuestionaron al socialismo tradicional, su determinismo dialéctico y la perspectiva economicista en la lucha de clases, y buscaron adaptar sus premisas al nuevo contexto. Las crisis y fracasos de gigantescos proyectos moldeadores de conductas demostraban que el tiempo de las ideologías y utopías había pasado. No era el momento de *afirmar* y *conquistar* la realidad; más bien de *negar* y *cuestionar* la realidad. De tal forma, las filas del Posmodernismo quedaron compuestas por escépticos, relativistas y subjetivistas que abandonaron la hoja de ruta originalmente trazada por el Marxismo revolucionario -conducente a la dictadura del proletariado- y empezaron a participar del juego democrático. La Democracia era la vía óptima para manifestar las pluralidades, intersubjetividades y reivindicaciones que harían crecer la renovada plataforma izquierdista para corroer lo que quedara del Liberalismo ilustrado.

A través de la *democratización* extrema -que va más allá del voto al Gobierno de turno, e incluye sufragar sobre cuestiones otrora ajenas a deliberación de terceros-, y la instalación de

la *popularización* de lo privado -que derriba las paredes de la intimidad y lo personal- el Posmodernismo mueve las barreras de lo considerado sagrado en favor de la apertura hacia lo público. La Democracia le permite canalizar reclamos de grupos vistos como marginales, fortalecer con respaldo legal los mecanismos redistributivos en pro de la igualdad entre marginados y privilegiados, y enarbolar relatos míticos de las luchas sociales que quedan por librar con afinamiento en el apoyo popular.

El reformismo interno de ímpetu democratizador, que habilita el *aggiornamento* de la izquierda al contexto de amplia aceptación de la Democracia liberal, se percibe cuando Albino Gómez (2007) habla de la Posmodernidad como “era del desencanto”, y en particular se refiere al “desencanto de las izquierdas”:

Así las cosas, hay coincidencia en que las izquierdas fueron atravesando una crisis de proyecto que les impidió seguir creyendo en una utopía cercana, de modo que se dio un consiguiente "ablandamiento" de posiciones y una pérdida de la adhesión al "gran relato" revolucionario. Se replantearon entonces sus concepciones tradicionales. La lucha de clases no pudo ser concebida ya ni como una guerra a muerte ni como una lucha entre sujetos preconstituidos. Sólo abandonando la idea de una predeterminación económica de las posiciones político-ideológicas se hace posible pensar lo político. Y uno de los rasgos específicos de la construcción de un orden democrático es justamente la producción de una pluralidad de sujetos.

La idea de una sociedad socialista parece, entonces, haber perdido actualidad. La construcción del orden social es concebida como la transformación democrática de la sociedad. El vuelco de la discusión intelectual hacia la cuestión democrática significa una importante innovación.

Las transformaciones posmodernas del orden social son abarcadoras y se proyectan en Filosofía, Ciencia, Política, Psicología, Cultura, Educación y Derecho. En el terreno de este último, que es lo que aquí concierne, el Posmodernismo presenta dos variantes: el *Pragmatismo Jurídico* y la *Teoría Jurídica Crítica*. El profesor Hicks (2011) explica que para la variante pragmática “no existen principios de justicia de validez universal”, y las argumentaciones de jueces y abogados “se convierten en batallas retóricas de voluntades”. Mientras tanto, la variante crítica acusa de “fraude” a las constituciones que promueven “la objetividad y a la neutralidad en el razonamiento jurídico”; sostiene que la ley no es una construcción objetiva sino “un arma a ser utilizada en la palestra social del conflicto subjetivo”; y que para curarse del

veneno que los grupos de poder en Occidente han empleado para imponer sus intereses particulares, debe practicarse “la reafirmación, no menos intensa, de los intereses subjetivos de los grupos históricamente oprimidos” (Hicks, 2011).

Dicen presente las reminiscencias de la *lucha de clases* pregonada por el Marxismo originario, pero la plataforma para vehiculizar las aspiraciones ya no es una explícita Revolución violenta derrocadora del Estado de Derecho y la edificación de una dictadura proletaria. Más bien, se trata de una estrategia de afinidad con los escritos de Antonio Gramsci sobre cooptación del Estado, y de la promoción de los propios programas en el espacio democrático, el cual sirve de auditorio para lo que antes eran ecos lejanos de colectivos postergados y hoy son voces estruendosas con demandas impostergables.

III.1.- Las particularidades de cada época

Amén de las similitudes y espacios transicionales que pueden hallarse entre las distintas épocas, puesto que nadie corta con cuchilla un día determinado a la línea histórica y establece abruptamente el cambio de Edad, lo cierto es que cada una tiene sus particularidades y ha sido moldeada de acuerdo al pensamiento vigente.

En la Antigüedad, Grecia construyó los cimientos de la civilización y sembró las primeras semillas de individualismo e institucionalidad. La Filosofía y la cultura dieron cuenta de la excelsa manifestación humana. A pesar de ello, en su seno también se tejieron políticas y leyes contrarias a las señaladas posiciones, y no hubo concepto firme de limitación para los abusos. Roma elevó la producción jurídica y moldeó el Derecho europeo gracias a la pericia de sus juristas, cuyas interpretaciones acapararon la atención; pero tampoco extirpó los desbordes estatales.

Durante el Medievalismo, en lo filosófico la etapa oscura se caracterizó por el sufrimiento del pensamiento propio y la libertad individual en manos del misticismo religioso. En la etapa final, el rescate de la razón posibilitó el surgimiento de nuevas perspectivas. En lo jurídico, primero se aprovechó la descentralización del Derecho para la conservación de costumbres y el ejercicio de las propias libertades; luego comenzó la tendencia centralizadora y surgió la necesidad de oponerse al poder real para conservar la autonomía.

La Modernidad recuperó la experiencia humana sin sometimiento al poder religioso. El Iluminismo abrazó la razón y la realización personal, y los derechos se mantuvieron en el primer plano del debate jurídico. Se lograron Constituciones y diseños del Derecho positivo

acordes a una ley natural, de la cual se extraía el reconocimiento de la libertad individual. Se ostentó la explícita intención de limitar al poder político estatal.

La Contemporaneidad ha variado desde el Estado de Derecho concebido a imagen y semejanza del Liberalismo, pasando por el Estado de Derecho Social compatible con el intervencionismo, hasta experimentos de corte dictatorial. Su rumbo definitivo dependerá del resultado en el debate de ideas. Pisando fuerte se encuentra el Posmodernismo, que en sus variantes pragmática y crítica se opone a los postulados ilustrados y al Liberalismo, y se siente más cómodo entre filosofías de izquierda.

El Estado ha exhibido, en sus diferentes versiones, ocupaciones más estrechas o más invasivas; la ley, con variados orígenes y justificaciones, ha reposado sobre la costumbre, la razón o la religión; los derechos individuales, conceptualizados de manera concreta o aproximada, han sido reconocidos o reducidos. De la conjugación de estos tres factores en distinta medida ha resultado la mayor o menor libertad de los individuos, y la mayor o menor limitación al poder político regulador.

Todo lo estudiado ha servido para seguir el camino del Estado, la ley y los derechos, desde siglos atrás hasta el presente, y así contar con un panorama de sus influencias filosófica, jurídica y política. En lo que sigue, se profundizará sobre corrientes jurídicas específicas, para conocer con mayor detalle sus premisas y los fundamentos que brindan a cada uno de los tres elementos; y luego, lo abordado servirá como base intelectual para el concreto análisis administrativo de las competencias que motiva la presente tesis.

SECCIÓN II. CORRIENTES JURÍDICAS

Capítulo 2. Iusnaturalismo

I.1.- Presentación

En el capítulo precedente se trazaron los lineamientos evolutivos y renovadores que siguieron las concepciones de Estado, ley y derechos individuales a través de las edades históricas que ha transitado la humanidad. Corresponde en los siguientes capítulos el tratamiento en concreto de las corrientes de pensamiento jurídico que se generaron en dicho trayecto, que se han potenciado con varios aportes intelectuales, y que al día de hoy siguen ejerciendo no poca influencia en el tallado de sistemas, instituciones e instrumentos legales que rigen la vida cívica en sociedad.

El mencionado tratamiento habrá de estudiarse teniendo en cuenta que el objetivo fijado es contar con las bases teóricas para el posterior entendimiento de las actividades regladas y discrecionales del Estado contemporáneo -en diferenciación con la arbitrariedad y la ilegalidad-, y no un pormenorizado relato histórico de todas y cada una de las corrientes y subcorrientes jurídicas explicativas de otros aspectos estatales que no se tratan en la tesis.

II.1.- Generalidades del Derecho Natural

La primera corriente a analizar es el *Iusnaturalismo*, también llamado *Derecho Natural*. Su importancia radica en el descubrimiento y estudio de una ley superior e independiente de los sistemas positivos creados por los seres humanos, y su influencia resalta en el hecho que ha sido invocado como sostén de la disciplina jurídica con la misma fuerza tanto por la Filosofía como por la Teología, tanto desde la secularidad como desde la religiosidad.

La doctrina del Iusnaturalismo sostiene la existencia de una *ley natural* que rige la existencia humana y las relaciones entre los miembros de la especie. El punto de partida reside en el hecho que la naturaleza -en tanto mundo en el cual se vive-, así como las leyes que la norman,

son *cognoscibles*. También lo es la naturaleza humana -en tanto esencia o entidad de los miembros de la especie-.

El conocimiento de la naturaleza permite identificar la dotación que esta hace a las personas de *derechos inmutables* -asequibles al entendimiento humano-, los cuales son descubiertos mediante la *razón*. Derechos estos que cualquier ley humana, positiva o consuetudinaria, debe contemplar para ser legítimamente edificada; caso contrario, la ley artificial será opuesta a la naturaleza y por lo tanto caerá necesariamente en la invalidez.

Entonces, el ordenamiento jurídico, a los fines de su validez y legitimidad, debe adaptarse a las disposiciones absolutas de la ley natural que permanece inalterable e independiente de la voluntad humana, y que por ser de un orden superior y anterior marca los límites y el cauce a los que tiene que atenerse cualquier ley humana, escrita o no escrita.

Tal es la configuración de las premisas generalmente pregonadas por el Iusnaturalismo, y a partir de las cuales se obtiene un entendimiento general de la doctrina naturalista.

II.2.- Concepciones de la ley natural

Por cuestiones de distinto enfoque de autores, y desarrollo histórico evolutivo de las ideas, el fijarse en las diversas épocas lleva a comprender que no en todas ellas se hacen presentes los mismos conceptos; o que, aun estando presentes, en similar modo o con similar terminología, no siempre tienen el mismo significado. Eso lleva a que estudiosos de una corriente de pensamiento, momento histórico o movimiento de ideas, suelen clasificar algunas obras como antecedentes, y otras obras como ya pertenecientes al campo de interés.

En el caso del Iusnaturalismo, de los primeros estudiosos de la naturaleza que no contaban con una noción arraigada de derechos individuales, a los posteriores autores que fueron incorporando elementos cuyo logro se debe a la profundización intelectual de siglos, hay un trecho que resulta conveniente explorar, para no solo identificar las premisas subyacentes sino también comprender la evolución de las mismas.

Por lo tanto, en atención a dichos aspectos, corresponde seguir dos caminos paralelos. Primero, el del surgimiento y evolución de las concepciones sobre la ley natural. Y segundo, aunque prescindiendo de una extensa clasificación que escapa al marco de la presente tesis, el de obras pioneras de autores que pueden considerarse antecedentes iusnaturalistas, y obras posteriores que encajan dentro de los parámetros generales compartidos por la corriente.

Para evitar caer en simplificaciones, ha de notarse que dentro de la corriente madre conviven y debaten ciertas subcorrientes, ya que el examen de la ley natural no es el mismo para todos los autores que argumentan sobre su existencia. De modo que, compartiendo la posición -amen de las diferencias epistemológicas- de que la racionalidad humana permite su descubrimiento y entendimiento, a la ley natural puede atribuírsele un origen divino en la eterna sabiduría de un Ser Supremo Creador que actúa como legislador universal, o bien puede reconocerse a partir de la propia naturaleza de la realidad sin necesariamente apelar en la argumentación a una entidad omnisciente y omnipresente sustentadora de tal realidad.

En el primer caso se inscriben las posiciones religiosas o filosóficas, teístas o deístas, que ven en Dios al fundamento último de los derechos. En el segundo caso, se hallan las posiciones filosóficas concentradas en lo que puede conocerse de la realidad sin inmiscuirse en asuntos de fe y religión. Estoicos, Tomás de Aquino, John Locke y los Padres Fundadores de los Estados Unidos de América se cuentan entre los que permiten, en mayor o menor medida, la injerencia del concepto divino en el plasmado de la fuente legal. Aristóteles, por su lado, prioriza el Naturalismo sobre el Supernaturalismo y coloca su atención sobre lo evidente y comprobable en la realidad en la cual vive.¹¹

Señalado lo anterior, se procede al examen por separado de las teorías para constatar evolución, semejanzas y diferencias en las posiciones.

II.2.A) Ley natural en Grecia y Roma

Desde la Antigüedad, los trabajos intelectuales de contenido filosófico y político incluyen reflexiones acerca de la naturaleza humana, aun en ausencia de consolidación conceptual de la igualdad entre hombres, y a pesar de que no siempre se concibe una naturaleza común a todos los miembros de la especie. A su vez, paralelamente se invoca una ley natural ordenadora del Universo que rige las conductas y relaciones humanas.

Aristóteles, fiel a su pionerismo filosófico y científico, es uno de los primeros en pronunciarse al respecto. En sus estudios sostiene que “el hombre es por naturaleza un animal social”, vive en comunidad, y en cada miembro de la especie “existe por naturaleza la tendencia hacia tal comunidad”. Además de la inclinación natural a la socialización, el hombre destaca del resto de las especies animales por una característica particular: el hecho de “poseer, él sólo,

¹¹ Más allá de que Aristóteles mencione a Dios en algún momento de su obra, su teoría puede entenderse sin que dicha mención atraiga connotaciones de religiosidad, ya que el estagirita habla desde la Filosofía y la Física, a diferencia de otros autores cristianos que hablan desde la Teología y la religión.

el sentido del bien y del mal, de lo justo y lo injusto, y de los demás valores (...)” (Aristóteles, 1988). Vale decir, los hombres son seres *sociales* y *racionales* con la capacidad de valorar y discernir lo correcto de lo incorrecto.

Pero más allá de esta naturaleza que parecería aplicar a los miembros de la especie por igual, Aristóteles no consagra un conjunto de derechos naturales inalienables que pertenezcan a la totalidad de los hombres, ni un principio que conduzca al tratamiento igualitario de cada uno de ellos. Por el contrario, existe cierta jerarquización observable en la composición natural que se refleja en la configuración social. Así, preguntándose si toda esclavitud es contraria a la naturaleza, Aristóteles entiende que no: aquella puede ser aprobada, tanto desde el plano metafísico como desde el plano pragmático: “Mandar y obedecer no sólo son cosas necesarias, sino también convenientes, y ya desde el nacimiento algunos están destinados a obedecer y otros a mandar” (Aristóteles, 1988).¹²

Cotejando dicha sentencia, se advierte rápidamente un distanciamiento respecto de otros autores, como es el caso de Antifonte. Marcelo Boeri (2014) cita una de sus afirmaciones en pro de la igualdad entre hombres:

Se puede examinar las cosas que por naturaleza son necesarias en todos los seres humanos y que a todos se les suministra según las mismas capacidades. En estas mismas cosas ninguno de nosotros se distingue como bárbaro o como griego, pues todos respiramos el mismo aire por la boca y la nariz, nos reímos cuando nuestra mente está alegre o lloramos cuando estamos adoloridos. Recibimos los sonidos con el oído, y, gracias a la luz, vemos con la vista, trabajamos con las manos y caminamos con los pies.

El salto cualitativo en la concepción de igualdad entre humanos viene de la mano del Estoicismo. Ya no se habla de la igualdad natural limitada a los aspectos físicos, sino de una igualdad con *connotación moral* que involucra una noción de justicia. Los estoicos van más

¹² Aquí ha de puntualizarse lo siguiente: el rechazo de concretos descontextualizados o desintegrados proveniente de juicios anacrónicos o parciales, bloquea la posibilidad de contemplar a largo plazo los frutos que rinde la obra del autor. Por ende, en la presente ocasión la justicia exige una aclaración: si bien no se puede soslayar, en el marco de un recorrido evolutivo y comparativo, la precedente posición aristotélica favorable a la esclavitud, corresponde reconocer que la grandiosa obra del griego, propulsora de la razón, la lógica y la felicidad humana, fue un pilar fundamental para el posterior advenimiento de sociedades libres donde primó la igualdad ante la ley, precisamente por aportar los elementos metodológicos para estudiar y comprender la realidad, y así actuar en consecuencia.

allá del acento naturalista y biológico, e incorporan visiones éticas, normativas, políticas y sociales:

[La de Antifonte] Se trata de una forma de naturalismo que fundamentalmente muestra una igualdad entendida desde la perspectiva de las necesidades y capacidades corpóreas. Pero los estoicos presentan un debate diferente con énfasis también diferentes: partiendo de la misma idea en cuanto a la ‘igualdad natural’, refinan la noción de naturaleza en una dirección distinta e integran la tesis de la igualdad de naturaleza entre los seres humanos a una teoría de la justicia y ley natural que supera la identidad de naturaleza entendida como necesidad corpórea. (...) [Para los estoicos] las distinciones convencionales entre libres y esclavos no tienen la menor relevancia: si todos los humanos tenemos la misma naturaleza racional, no hay nada que nos distinga de un modo radical en cuanto a nuestra condición natural, de modo que nuestra verdadera humanidad no se define por ser esclavo en el sentido convencional de estar sujeto a otra persona, sino por ser capaz de actualizar y desarrollar adecuadamente la propia naturaleza, es decir, la propia racionalidad. (Boeri, 2014)

Como un importante logro filosófico, se le reconoce a los estoicos el aporte de la *igualdad metafísica* de todos los hombres (Peikoff, 1972). Siendo la teoría metafísica una base para la elaboración de la teoría ética, se aprecia entonces el papel cumplido por el Estoicismo para que se la previa concepción naturalista se tradujera en igualdad normativa

Continuando la línea histórica, y tras el contacto entre civilizaciones que dio origen a la cultura grecorromana, el Estoicismo griego fue sucedido por el Estoicismo romano. Este último consolidó y ratificó la posición de una ley natural que gobierna en común a los seres humanos. Uno de sus más sobresalientes representantes, Cicerón, se encargó de explicarlo:

La verdadera ley es una recta razón congruente con la naturaleza, general para todos, constante, perdurable, que impulsa con sus preceptos a cumplir el deber, y aparta del mal con sus prohibiciones; pero que, aunque no inútilmente ordena o prohíbe algo a los buenos, no conmueve a los malos con sus preceptos o prohibiciones. Tal ley, no es lícito suprimirla, ni derogarla parcialmente, ni abrogarla por entero, ni podemos quedar exentos de ella por voluntad del senado o del pueblo, ni debe buscarse un Sexto Elio que la explique como intérprete, ni puede ser distinta en Roma y en Atenas, hoy y mañana, sino que habrá siempre una misma ley para todos los pueblos y momentos, perdurable e inmutable; y habrá un único dios como

maestro y jefe común de todos, autor de tal ley, juez y legislador, al que, si alguien desobedece huirá de sí mismo y sufrirá las máximas penas por el hecho mismo de haber despreciado la naturaleza humana, por más que consiga escapar de los que se consideran castigos. (Cicerón, 2015)

Se desprende de lo dicho que la ley natural es general para todos y está orientada al cumplimiento del *deber*, el resguardo de lo ordenado y lo prohibido, y el acatamiento a los dictados de la autoridad divina que constituye su fuente de legitimidad. No se enfoca en derechos y libertades esenciales, sino en la satisfacción de las pretensiones del legislador universal mediante la obediencia, evitándose así rehuir de la propia naturaleza humana.

II.2.B) Tomás de Aquino

Doctor de la Iglesia Católica y figura de la *Escolástica*, Tomás de Aquino ofrece un prolífico trabajo en Teología Natural y Filosofía, reinsertando las enseñanzas aristotélicas en la intelectualidad de Occidente tras varios siglos de olvido. Sus posiciones se fundan en el entrelazamiento de la fe cristiana en Dios como Creador del Universo y la facultad racional humana como herramienta para el conocimiento de lo creado.

Tener en cuenta los elementos referidos a la naturaleza humana, el medio humano para conocer, el fin último de la vida humana, el bien de la comunidad, y la perfección en la sociedad, es de capital importancia para entender su teoría, ya que todos ellos se encuentran conectados en el razonamiento.

En la *Suma de Teología* (1993) Tomás sostiene que “la razón es principio de los actos humanos”. La ley, a su vez, es “regla y medida” de dichos actos humanos”, y “pertenece a la razón”, puesto que “a la ley compete mandar y prohibir” y ello es propio de la razón: “todo acto de imperio compete a la razón”. La razón ordena al fin, y la ley responde a la razón. De allí se sigue que, siendo el fin último de la vida humana “la felicidad o bienaventuranza”, la ley “debe ocuparse primariamente del orden a la bienaventuranza”. Además, como la parte se ordena al todo, “el hombre individual es parte de la comunidad perfecta”, por ello es necesario que la ley se ocupe “del orden a la felicidad común”. De tal modo, “la ley tiene por objeto primero y principal el orden al bien común”. Tomando en consideración este factor de comunidad, la ley no puede ser sancionada por uno cualquiera: la institución pertenece “bien a todo el pueblo, bien a la persona pública que tiene el cuidado del mismo”. Y para que la ley tenga fuerza de tal,

corresponde “ponerla en conocimiento de sus destinatarios mediante la promulgación” (Aquino, 1993).

En lo concerniente al *origen de la ley*, el Aquinate contempla la dimensión sobrenatural, el plano de la realidad en la que viven los hombres, los sistemas legales que ellos establecen, y las verdades aportadas por la religión cristiana. En base a ello efectúa una clasificación cuatripartita: ley eterna, ley natural, ley humana y ley divina.

La *ley eterna* es “el designio mismo de la gobernación de las cosas que existe en Dios como monarca del universo”. Tomás afirma que “es manifiesto que toda la comunidad del universo está gobernada por la razón divina”; y “como la inteligencia divina no concibe nada en el tiempo, sino que su concepto es eterno”, esta ley debe llamarse eterna (Aquino, 1993).

La *ley natural* es “la participación de la ley eterna en la criatura racional”. El hombre participa de la razón eterna, por la que tiene inclinación “a los actos y fines debidos”. La impresión de la luz divina en el hombre queda patente en la luz de la razón natural, por la cual discierne lo bueno de lo malo, y “tal es el cometido de la ley” (Aquino, 1993).

La *ley humana* se compone de “las disposiciones particulares descubiertas por la razón humana (..) supuestas las demás condiciones que se requieren para constituir la ley”. En el orden práctico, la razón humana parte de “los preceptos de la ley natural como de principios generales e indemostrables, para llegar a sentar disposiciones más particularizadas”. El hombre tiene participación natural (imperfecta) en la sabiduría divina (perfecta), por lo que solamente puede conocer principios generales y no todas las verdades particulares contenidas en la sabiduría de Dios. Del mismo modo, el hombre tiene participación en la ley eterna en cuanto a algunos principios generales, pero no “en cuanto a la ordenación peculiar de cada una de las cosas singulares”. De allí se hace necesario que la razón humana, en conocimiento de los principios generales, luego proceda a la sanción de leyes positivas particulares (Aquino, 1993).

La *ley divina* es una norma de orden superior dada al hombre por Dios que “entraña una participación más elevada de la ley eterna” y “ordena al hombre al fin sobrenatural y divino”. Esta ley divina es doble: la antigua y la nueva, y está contenida en el Antiguo Testamento y el Nuevo Testamento respectivamente. La ley antigua se ordena al bien común que es sensible y terreno, y la ley nueva al bien inteligible y celeste (Aquino, 1993).

El esquema queda como sigue: la ley eterna es el designio de Dios como Rey del Universo; la ley natural es la impresión de la razón divina que tiene el hombre en su razón natural, por lo cual se inclina a lo que es debido y discierne lo bueno de lo malo; la ley humana son las

disposiciones positivas que se elaboran mediante la razón natural a partir de los principios generales de la ley eterna para la regulación de supuestos particulares; y la ley divina es la norma superior que Dios le entrega al hombre para ordenarlo al fin sobrenatural y divino.

En lo relativo a *la sociedad y el Estado*, Tomás sigue el mismo camino que ordena lo individual a lo común: el individuo es parte de la sociedad doméstica, y esta es parte del Estado que es la sociedad perfecta, como establece la política aristotélica. El bien del individuo está subordinado al bien común, de lo que se sigue que el bien de la sociedad doméstica se ordena al bien del Estado o sociedad perfecta (Aquino, 1993).

Por último, ha de advertirse -al igual que en el Estoicismo-, el acento puesto por el autor en el carácter regulador de la ley -en este caso formulado en términos cristianos-, proyectado a la consciencia y conducta humanas para cumplir los fines últimos ordenados por Dios en su eterna sabiduría. En concordancia, se aprecia a las claras el ordenamiento del hombre hacia la comunidad, de lo individual hacia la sociedad. Pero destaca la introducción de un elemento por el cual, ulteriormente, abogarán algunos cristianos contrarios a los Gobiernos autoritativos: que la ley solamente procede de la razón; por ende, el querer de la voluntad de la autoridad, para ser ley, debe regularse por la razón. Caso contrario, “la voluntad del príncipe, más que ley, sería iniquidad” (Aquino, 1993).

II.2.C) John Locke

Contado entre los iniciadores del *Liberalismo Clásico* en el siglo XVII, John Locke es un campeón de su época en la defensa de las libertades individuales y la limitación del poder político, y un artífice de la incorporación de la ley natural a la teoría liberal.

En el *Ensayo sobre el gobierno civil* (1690), Locke comienza su exposición haciendo alusión al estado de naturaleza en que viven los hombres previamente a conformar una sociedad política. En dichas circunstancias rige una ley natural, que puede ser conocida y entendida a través del uso de la razón, y cuyo cumplimiento es obligatorio. Ahora bien, su obligatoriedad no implica meramente la subordinación de los fines propios a los fines sociales, ni la sumisión de la individualidad a lo social o al Estado, sino el respeto que merecen los hombres como seres creados en igualdad e independencia:

El estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna, y esa ley obliga a todos. La razón, que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren

consultarla, que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones; porque, siendo los hombres todos la obra de un Hacedor omnipotente e infinitamente sabio (...) son propiedad de ese Hacedor (...)”. (Locke, 1963)

Aquí también se menciona a Dios como fuente de sabiduría, legislador de la naturaleza y creador de los seres humanos. La particularidad de Locke como pensador liberal, a diferencia de otros que se concentran en los deberes emanados de la ley natural, es que deposita su atención en los *derechos de las personas*, a los cuáles refiere explícitamente. El hombre “nace con un título a la perfecta libertad y al disfrute ilimitado de todos los derechos de la ley natural”, lo que conlleva “el poder de defender su propiedad, es decir, su vida, su libertad y sus bienes” (Locke, 1963). La ley natural no es un catálogo de obligaciones positivas al que hay que subsumirse, más bien una serie de principios que establecen la libertad como derecho y la obligación negativa -abstención- de violentar el mismo derecho que titularizan los demás.

A través de un *pacto* destinado a la protección mutua de las propiedades (tema sobre el que se profundizará enseguida en el apartado sobre Contractualismo), los hombres dejan el *estado de naturaleza* y pasan a vivir en la *sociedad civil*, por lo cual queda constituido el *Estado* en sentido político. Se produce la institucionalización de un orden legitimado y justificado por la cesión voluntaria que hacen los miembros de la sociedad de sus poderes para la defensa de sus derechos.

Ha de resaltarse que la vida en la sociedad civil no implica la abolición de los dictámenes de la ley natural, ni la desposesión y violación de los derechos que podían ejercerse en el anterior estado de naturaleza. Al contrario, la ley natural marca el rumbo que debe seguir la legislación humana. Por lo tanto, ley estatal que quiera ser considerada *justa* necesariamente deberá elaborarse en consonancia con la ley natural: “[Las leyes positivas de los Estados] sólo son justas en cuanto que están fundadas en la ley de la Naturaleza, por la que han de regularse y ser interpretadas” (Locke, 1963). De lo que se desprende lógicamente que no cualquier ley es justa, por más que emane de autoridad competente, sino solamente aquella que respeta la ley natural. El apego de la ley civil a la ley natural es el patrón por el cual habrá de medirse su justicia.

Y así es como el concepto de ley natural contribuye a limitar el poder político: el Gobierno no puede ejercer sus prerrogativas mediante la arbitrariedad, sino mediante leyes fijas y conocidas por su promulgación, y estas leyes serán justas en tanto y en cuanto sigan los lineamientos de la ley de la naturaleza, y respeten a los hombres como la obra del Hacedor

omnipotente. Un poder que la naturaleza no confiere a los humanos no puede verse válidamente reflejado en una ley positiva humana, la cual ha sido dictada en desmedro de una ley natural anterior y que sirve como su criterio de interpretación.

Mérito ostensible de Locke es el haber orientado al Derecho Natural hacia los derechos individuales de los seres humanos -frente a otras teorías que detectan en la naturaleza primordialmente deberes-; y más allá de menciones a la divinidad y connotaciones religiosas, el seguir un camino lógico y racional para explicar la aparición de la sociedad civil y el Estado político con un criterio de justicia a partir de dicha naturaleza inicial.

II.2.D) Los Padres Fundadores de Estados Unidos de América

En la historia de las naciones y los Estados, lo usual es rastrear su surgimiento por características culturales compartidas, guerras delimitadoras de fronteras, y accidentes geográficos con cierta influencia en la planificación. La particularidad de Estados Unidos de América, de acuerdo a los intelectuales del Objetivismo -la filosofía fundada por Ayn Rand-, es que fue fundado sobre una expresa *Filosofía*. No se estableció por una conquista tribal, una casualidad natural o incluso una decisión política desprovista de una visión más profunda. Se erigió sobre un *ideal*, y su ulterior desarrollo -considerado espectacular, como nunca antes se había visto en ninguna otra nación sobre la Tierra- fue el efecto derivado de aferrarse a tal ideal. Ayn Rand (1990) así lo identifica:

El ideal fundacional de Estados Unidos fue el principio de los derechos individuales. Nada más -y nada menos-. El resto -todo lo que Estados Unidos logró, todo en lo que se convirtió, todo lo “noble y justo”, y heroico, y grandioso, y sin precedentes en la historia humana- fue la lógica consecuencia de la fidelidad a ese principio. La primera consecuencia fue el principio de la libertad política, esto es, la libertad del individuo de la compulsión física, coerción, o interferencia del gobierno. La siguiente consecuencia fue la implementación económica de la libertad política: el sistema del capitalismo.

Leonard Peikoff (1982), abrazando la posición de su maestra, sitúa al fenómeno en su contexto histórico-filosófico:

Desde la edad de oro en Grecia, solamente ha habido una era de la razón en veintitrés siglos de filosofía occidental. Durante las últimas décadas de dicha era,

Estados Unidos de América se creó como una nación independiente. Esta es la clave del país -de su naturaleza, su desarrollo, y su singularidad-: Estados Unidos es *la nación del Iluminismo*.

El camino que empieza por Aristóteles en el respeto por la razón humana y la capacidad de conocer la realidad, sigue por el Iluminismo y John Locke en el reconocimiento de los derechos por naturaleza, y desemboca en la creación de Estados Unidos como la nación de los individuos libres; lo cual se ve retratado en los dos documentos fundacionales: la *Declaración de Independencia* y la *Constitución*.

En la Declaración, los congresistas americanos se propusieron explicar los motivos por los cuales disolvían el vínculo como Colonias de Gran Bretaña, el origen de un nuevo Gobierno independiente, y los derechos que los miembros del pueblo norteamericano poseían para justificar su accionar.

En su comienzo, se lee la invocación para tomar el lugar que como nación soberana le pertenece:

Quando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tomar entre las naciones de la tierra el puesto separado e igual a que las leyes de la naturaleza y el Dios de esa naturaleza le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad exige que declare las causas que lo impulsan a la separación. (National Archives, 2016)

A continuación, se dejan de manifiesto los derechos de los americanos, el medio para garantizarlos, y la acusación que justifica la independencia de la Corona británica:

Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad. (...) cuando una larga serie de abusos y

usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese gobierno y establecer nuevos resguardos para su futura seguridad. Tal ha sido el paciente sufrimiento de estas colonias; tal es ahora la necesidad que las obliga a reformar su anterior sistema de gobierno. La historia del actual Rey de la Gran Bretaña es una historia de repetidos agravios y usurpaciones, encaminados todos directamente hacia el establecimiento de una tiranía absoluta sobre estos estados. (National Archives, 2016)

La Constitución, exhibiendo la misma tónica, expresó en su introducción los principios y valores que atraviesan su acto sancionatorio, texto normativo y proyección para el país:

Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América” (National Archives, 2019).

En ambos documentos resalta la impronta iusnaturalista y la reverencia al Iluminismo: argumentación racional y apelaciones a la ley natural; los derechos inalienables de los hombres; la justicia y la libertad como deseables para una sociedad civilizada, pacífica y viable. También se alude al Dios Creador, pero la perspectiva implicada en el ámbito político no es una de militancia hacia un Estado teocrático, que uniformice el credo de los súbditos bajo el seguimiento de la ley bíblica cristiana en los asuntos civiles. Dios es tratado desde una posición *deísta*, como un Creador cuya ley puede descubrirse y entenderse a través de la razón -no mediante un mero acto de fe-, y cuyos seres creados poseen libre albedrío para actuar de acuerdo a lo que el ejercicio de su razón les indique -no como marionetas insertas en el Determinismo-.

Frente a tamaños logros -el de levantar un país soñado y orientado a partir de un ideal filosófico, y dar nacimiento a dos textos con lugar asegurado y merecido en el salón de la fama de los escritos jurídico-políticos-, corresponde preguntarse por las mentes que se irguieron en protagonistas. Y es en la respuesta cuando aparecen en escena los *Padres Fundadores de los Estados Unidos de América*, gente con una capacidad intelectual extraordinaria, utilizada no solo para destacar como políticos, sino también como pensadores guías de la época.

La prosa de Thomas Jefferson tuvo su posición de liderazgo en el contenido de la Declaración de Independencia. Misma prosa que graficó su empeño y tesón en la causa de la libertad en multiplicidad de manifestaciones, como cuando sostuvo que “Dios Todopoderoso ha creado a la mente libre”; que su voluntad era que así permaneciese al hacerla “no susceptible a restricciones”; que los derechos civiles de los hombres “no dependen de sus opiniones religiosas”; que privar a alguien de acceder a cargos públicos a menos que renunciase a sus opiniones religiosas diferentes era privarlo del “derecho natural que comparte con sus conciudadanos”; y que las “armas naturales” de la verdad eran “la libre argumentación y el debate” (Jefferson, 1784).

Por su parte, otros próceres norteamericanos -en seguimiento del ideal filosófico- plasmaron en concreto una cantidad de pensamientos decisivos que modelaron al país en los históricos *Papeles Federalistas*. James Madison escribió que la libertad es “esencial a la vida política”; que la protección de las diversas facultades de los hombres -de las cuales derivan los derechos de propiedad- es “el primer propósito del gobierno”; y propuso a la República representativa como remedio a los vicios de la democracia pura que ponía en riesgo los derechos privados y el bien público en un clima de lucha entre facciones (Hamilton, Madison, Jay, 2003). Alexander Hamilton lanzó la advertencia que “la experiencia de los siglos ha atestiguado, que la gente está siempre en mayor peligro cuando los medios de lesionar sus derechos están en posesión de aquellos de quienes no se tiene la menor sospecha” (Hamilton, Madison, Jay, 2003). John Jay ponderó que la Constitución cuidara que los representantes del pueblo fueran “hombres de talento e integridad”; que aquellos responsables de elaborar tratados concernientes a la guerra, la paz y el comercio fueran “los mejores cualificados para el propósito”; y que los instrumentos firmados resultaran “conducentes al bien común” (Hamilton, Madison, Jay, 2003).

Los *Papeles Federalistas* no escaparon a las polémicas de su época y abordaron incisivamente asuntos complejos como los beneficios de la Unión de los Estados, los peligros de las mutuas hostilidades y el surgimiento de las facciones, los poderes necesarios para la defensa común, las restricciones a las autoridades de los Estados, la estructura gubernamental, el sistema de representación, la reelección, el poder de veto, y el Poder Judicial, entre otros. La publicación de sus reflexiones en los diarios tendió a volcar definitivamente las opiniones en favor de la Unión y la Constitución contra las reacias a la Confederación.

En fin: Filosofía Política, teoría constitucional, discurso movilizador; la gestión de los Padres Fundadores en el proyecto republicano estadounidense simboliza lo que puede lograr la

combinación entre las facetas de personas de letras y personas de acción, en consecución de un ideal claramente definido y fervientemente perseguido.

III.1.- La transformación puertas adentro del Iusnaturalismo

El Iusnaturalismo constituye un punto de encuentro para una pluralidad de autores que, estudiando la realidad y la naturaleza, en distintas épocas, desde distintos enfoques, y con distintos métodos, entienden que una ley natural domina el mundo y provee de derechos naturales -y/o instruye al cumplimiento de deberes naturales- a los seres humanos que caminan sobre él.

Mas este punto de encuentro que sirve como lugar común de partida no necesariamente implica una ruta unidireccional que desemboca siempre en la misma línea de llegada. Como se ha analizado en los renglones precedentes, los suscriptores a la doctrina del Derecho Natural siguen caminos diferentes, *ergo* diferentes pueden ser las conclusiones a las que arriban respecto de la consistencia de la ley natural, los derechos naturales que suministra, y el carácter de quienes los titularizan.

Una divergencia que se va tornando visible con el correr de los siglos, y resulta definitiva en la caracterización de épocas diferentes, es la del Iusnaturalismo concentrado en la *obediencia a la autoridad* y el Iusnaturalismo garantizador de *libertades individuales* cuyo reconocimiento es *exigible a la autoridad*.

El estudio de la ley natural por el Estoicismo romano abordó la subordinación a la autoridad como consideración preeminente por encima de la titularidad y ejercicio de la libertad individual. No hicieron lo mismo John Locke ni los Padres Fundadores de Estados Unidos, quienes reconocieron los derechos inalienables de los individuos a partir de los cuales los ordenamientos jurídicos debían conformarse para ser legítimos.

Este cambio puertas adentro del Iusnaturalismo, más favorable a la libertad y menos sustentador del poder de la autoridad, fue advertido por Murray Rothbard. Según su análisis, mientras que hubo un grupo que se volcó equivocadamente por la autoridad, el Iusnaturalismo fue enderezado por los individualistas que se volcaron hacia la libertad:

...el gran fallo de la teoría de la ley natural —desde Platón y Aristóteles, pasando por los tomistas, hasta Leo Strauss y sus actuales seguidores— es haberse inclinado en el fondo más del lado estatalista que del individualista. Esta teoría «clásica» de la ley natural sitúa el lugar del bien y de las acciones virtuosas en el Estado,

con estricta subordinación de los individuos a las instancias estatales. Y así, a partir del correcto *dictum* de Aristóteles de que el hombre es un «animal social» y de que su naturaleza se desenvuelve mejor en un clima de cooperación social, los clásicos se deslizaron ilegítimamente hacia la identificación virtual de la «sociedad» con el «Estado» y consideraban, por consiguiente, al Estado como el lugar principal de las acciones virtuosas. Por el lado contrario, los niveladores o igualitaristas, y de modo especial John Locke, en el siglo XVII inglés, transformaron la ley natural clásica en una teoría basada en el individualismo metodológico y, por ende, político. Del énfasis lockiano en el individuo como unidad de acción, como ente que piensa, siente, elige y actúa, se derivó su concepción de la ley natural como poder dotado de capacidad para implantar, en el ámbito político, los *derechos* naturales de cada individuo. (Rothbard, 1995)

Independientemente de la mención de autores particulares que hace Rothbard (puede discutírsele la agrupación de Aristóteles con Platón, cuando otros pensadores liberales le agradecen al primero ser el precursor de la libertad moderna mientras que acusan al segundo de ser precursor del Totalitarismo), lo importante es destacar el cambio de rumbo experimentado dentro del Iusnaturalismo. A partir de la adopción de la dirección individualista, fortalecida en el contexto del Iluminismo, más autores liberales clásicos primero, y pertenecientes a la corriente libertaria después, han contribuido con sus plumas y enfoques a la consolidación de la teoría de la ley natural y los derechos naturales.¹³

Como ideas -en su tiempo revolucionarias- que rescataron lo mejor del pensamiento antiguo, y evolucionaron con los nuevos descubrimientos teórico-prácticos, el Liberalismo fue el principal sostenedor de la visión iusnaturalista en el siglo XX, y así ha desempeñado su papel en lo que va del siglo XXI. Son los autores liberales los mejores guardianes de la concepción de derechos inalienables, libertades individuales, y autoridad limitada dedicada a su protección.

¹³ El Liberalismo como movimiento en este caso no es homogéneo, e incluye tanto a iusnaturalistas como a escépticos respecto de la existencia de supuestos derechos naturales. Por lo tanto, corresponde hablar de “liberales que suscriben al Iusnaturalismo”, y no de una perfecta identificación entre Iusnaturalismo y Liberalismo.

Capítulo 3: Iuspositivismo

I.1.- Presentación

Este capítulo se dedicará al estudio del Iuspositivismo. Mas a los fines de una cabal comprensión de su procedencia e implicancias, no ha de reducirse a una serie de reflexiones aisladas que recorten el panorama. Estudiar el Positivismo *Jurídico*, como rama derivada en el ámbito del Derecho, necesariamente requiere cierto manejo conceptual de la posición filosófica más amplia y comprensiva de la cual proviene, esto es, la consideración del Positivismo *general*. Una vez asentada la base, se estará en condiciones de pasar al tratamiento específico del Iuspositivismo como aplicación del Positivismo primario a las cuestiones del Derecho.

Y habida de cuenta de que anteriormente se abordó la doctrina iusnaturalista, luce apropiado la exhibición de sus diferencias irreconciliables como corrientes enfrentadas histórica, filosófica y jurídicamente; enfrentamiento que en el campo de la intelectualidad se ha mantenido mediante sus respectivas versiones actualizadas.

Con ello en mente, y al igual que en el capítulo correspondiente al Iusnaturalismo, se pasará revista a la evolución de las ideas dentro de la corriente, y a la obra de autores referentes del Positivismo y particularmente del Positivismo Jurídico, como August Comte, Hans Kelsen, y Herbert Hart respectivamente.

II.1. Positivismo general

En tanto escuela filosófica explícita y determinada, el Positivismo implicó una toma de posición drástica respecto de la teorización y práctica científica, y trajo aparejado consigo una onda expansiva que influyó en la concepción de todas las disciplinas mayores conocidas hasta el momento. Muchos intelectuales coinciden en señalar a August Comte como el iniciador del

Positivismo, por ende, a su obra ha de acudir para comprender los pilares esenciales de la corriente general.

II.1.A) August Comte

Comte (2004) asume que, de acuerdo a su modo de presentación, la *Filosofía Positiva* se trata de una “nueva tentativa filosófica”, a la par que reconoce que se nutre de las revoluciones provocadas en el pasado que fueron independizando las ciencias de las influencias religiosas y metafísicas. Desde dicho punto de partida, elabora su *Curso de Filosofía Positiva*.

Por *Filosofía* entiende “el sistema general de los conocimientos humanos”, y por *Positiva* “el modo especial de filosofar, que radica en examinar las teorías de cualquier orden, teniendo por objeto la coordinación de los hechos observados” (Comte, 2004).

Luego de aclarar el significado de los términos que denominan su corriente, Comte expone su creencia de haber descubierto una ley fundamental que describe “la marcha progresista del espíritu humano”. Esta ley establece que la especulación humana “pasa sucesivamente por tres estados teóricos distintos: el estado teológico o ficticio, el estado metafísico o abstracto, y el estado científico o positivo”. Los tres métodos son diferentes y opuestos, y corresponden a tres Filosofías -Teología, Metafísica y Ciencia- que se excluyen entre sí: “...el primero es el punto de partida necesario de la inteligencia humana, el tercero su estado fijo y definitivo, y el segundo está destinado en forma exclusiva a servir de transición” (Comte, 2004). Explíquese entonces en qué consiste cada uno de estos estados que se presentan sucediéndose hasta llegar al definitivo.

El *estado teológico* dirige sus investigaciones “hacia la naturaleza íntima de los seres, hacia las causas primeras y finales de todos los efectos que lo sorprenden”. Su objeto es el conocimiento absoluto, que representa “los fenómenos como producidos por la acción directa y continuada de agentes sobrenaturales (...) cuya intervención arbitraria explica todas las anomalías aparentes del universo” (Comte, 2004).

El *estado metafísico* “no es más que una simple modificación del primero” donde “los agentes sobrenaturales son sustituidos por fuerzas abstractas, verdaderas entidades (abstracciones personificadas), inherentes a los diversos seres del mundo y concebidas como capaces de generar por sí mismas todos los fenómenos observados”, por ende, la explicación de estos consiste en “asignar a cada uno su correspondiente entidad” (Comte, 2004).

El *estado positivo*, finalmente, que se corresponde con el espíritu humano, reconoce “la imposibilidad de alcanzar nociones absolutas” y “renuncia a buscar el origen y destino del universo y a conocer las causas intrínsecas de los fenómenos, para dedicarse exclusivamente a descubrir -con el uso bien combinado del razonamiento y la observación- sus leyes efectivas, es decir, sus relaciones invariables de sucesión y de similitud” (Comte, 2004).

Por lo tanto, la Filosofía Positiva -que supone esta culminación de la sucesión de estados-, tiene como carácter fundamental “considerar todos los fenómenos como sujetos a leyes naturales invariables”, y la finalidad respecto de los fenómenos consiste en “su descubrimiento preciso y la posterior reducción al menor número posible”. No se pueden exponer las causas de los fenómenos; lo que interesa es “analizar con exactitud las circunstancias de su producción” (Comte, 2004).

El surgimiento de la manera positiva de encarar el estudio de fenómenos, como se ha señalado, es progresivo, y necesariamente pasa por las etapas que le sirven de escalones al lugar alto del podio. Comte (2004) admite que es “imposible precisar el origen exacto de esta revolución” por su desempeño gradual, pero en el caso de la Astronomía, la Física, la Química y la Fisiología, señala la ruta de progresión “a partir de los trabajos de Aristóteles y la Escuela de Alejandría”, luego sigue “con la introducción de las ciencias naturales en la Europa Occidental por los árabes”, y señala un punto de inflexión más preciso con “la acción combinada de los principios de Bacon, de las teorías de Descartes y de los descubrimientos de Galileo”, desde donde se llega a la Filosofía Positiva cuya pretensión es “erigirse en clara oposición al espíritu teológico y metafísico”. De tal modo, se separa completamente de “la alianza supersticiosa y escolástica que más o menos viciaba el auténtico carácter de todos los trabajos anteriores” (Comte, 2004). Como se deduce del vocabulario utilizado por el autor al hablar de revolución, trabajos anteriores viciados y la nueva etapa positiva, su planteo pretende ser fundacional de un nuevo estadio científico despojado de mezcolanzas ilusorias provenientes del Supernaturalismo y la superstición, instancias en las cuales la inteligencia humana se valía de “métodos provisionales que solo podían resultar oportunos en su primera infancia” (Comte, 2004).

Ahora bien, en su momento Comte reconoce que todavía queda mucho camino por transitar, ya que la Filosofía Positiva aun no abarca la totalidad de los fenómenos. En lo concerniente a los fenómenos naturales, mucho se ha logrado; pero en los fenómenos sociales “se advierte una laguna notable”, atribuible a sus complicaciones y las “especiales dificultades” que conlleva su tratamiento (Comte, 2004). En este ámbito se siguen implementando los

métodos teológicos y metafísicos, tanto como medios de investigación como de argumentación; pero “las mentes claras” ya rechazan “sus réplicas vanas interminables entre el derecho divino y la soberanía del pueblo” (Comte, 2004).

La claridad para Comte implica rechazar, bajo la misma argumentación de metodología obsoleta, tanto la construcción teológica de un Derecho Divino como la abstracción infundada de la soberanía popular, lo cual deja entrever lo que será el ulterior desarrollo del Iuspositivismo.

III.1.- La aplicación del paradigma positivista a la Ciencia jurídica

Se ha expuesto que el Positivismo propugna lo que entiende como verdadero *conocimiento científico*, esto es, el que procede de la observación y contrastación de fenómenos, de la experiencia que permite explicar sistemáticamente sus leyes; y que a su vez yergue un férreo bloqueo a cualquier injerencia sobrenatural o metafísica que pretenda manchar la metodología de investigación y argumentación. En definitiva, para el Positivismo “la ciencia es el único camino para el conocimiento válido”, y “el conocimiento científico es el único válido, objetivo y verdadero” (Vázquez, Acevedo, Manassero, Acevedo, 2001). De allí que algunos autores lo clasifiquen como *Monismo Metodológico* o *Reduccionismo Cientificista*.

Lo que corresponde exponer a continuación es la implementación del Positivismo en el ámbito del Derecho, lo cual da origen al Positivismo Jurídico. Aquí se busca efectuar un lineamiento general, y luego en el siguiente apartado resaltar ciertas particularidades de posiciones internas, habida cuenta de que incluso dentro del Iuspositivismo se hallan variantes de autor en autor (y un tratamiento exhaustivo merecería un trabajo concretamente abocado a tal propósito).

El Positivismo Jurídico es “la concepción del Derecho que eleva a la ley sobre las restantes fuentes del derecho y conceptúa al ordenamiento jurídico como un todo pleno y coherente”, cuyo conciso objeto de estudio es el “derecho positivo, derecho puesto por el gobernante, en oposición al derecho natural, o derecho puesto por Dios o por la naturaleza” (Guamán Chacha, Hernández Ramos, Lloay Sánchez, 2020).

Como el Positivismo propone aplicar el método científico al estudio de los fenómenos sociales lejos de la influencia teológica y metafísica -de modo que se obtenga conocimiento legítimo en las Ciencias Sociales como se hace en las Ciencias Naturales-, el Positivismo Jurídico está en contra de aquellas especulaciones supernaturales “e insiste en la separación estricta

del derecho de la ética, moral y religión; así como, su independencia de toda consideración valorativa” (Guamán Chacha, Hernández Ramos, Lloay Sánchez, 2020).

Por lo tanto, la tarea del jurista es una de índole científica, dedicada al *análisis autónomo* de la norma más allá de los juicios éticos subjetivos que esta merezca, y no la de un moralista que entrelaza sus propias apreciaciones axiológicas con el texto jurídico formal a los fines de determinar la validez de este último. El jurista positivista debe empezar por aceptar la “clara distinción entre validez y valor del derecho, entre las reglas que pueden ser válidas aún sin ser justas y aquellas que pueden ser justas sin ser válidas” y saber que “sólo las primeras son objeto del estudio científico del derecho” (Guamán Chacha, Hernández Ramos, Lloay Sánchez, 2020).

III.2.- Versiones extremadas y atenuadas del Positivismo Jurídico

Presuponiendo los principios generales, pueden aparecer diversas versiones del Iuspositivismo, dependiendo de quién esgrime sus principios y en torno a qué factores rondan las clasificaciones; pero siempre se habla dentro del propio Positivismo.

Hay una versión positivista *extremada* y una *atenuada* en relación a la cuestión entre *Derecho y moral* (que algunos autores identifican como el debate entre el Positivismo excluyente e incluyente), como hay una versión *extremada* y una *atenuada* en relación a lo que constituye el *Derecho legal* objeto de análisis. No necesariamente un positivista que se identifica con una versión en torno a un factor se identifica con la misma versión en torno a otro; de modo que puede suscribir a la versión extremada en Derecho y moral y a la atenuada en lo que constituye Derecho, y viceversa.

De acuerdo a la clasificación en relación al Derecho y la moral, uno se topará con casos extremos que no admiten la menor concesión ni el menor contacto con lo no científico dentro de su esquema científico; y con casos atenuados donde, sin renunciar a los principios fundantes, se reconocen ciertas vinculaciones entre lo científico y lo foráneo, pero siempre en función de lo científico y en concordancia al lugar asignado a cada elemento -nunca en reemplazo del primero por el segundo-.

Algunos positivistas denuncian un matrimonio científico espurio y proceden a divorciar en dicho campo el Derecho y la moral como el reino del *ser* y el *deber ser*, de la objetividad y la subjetividad, de la pureza científica y el relativismo valorativo respectivamente, alegando que no hay ningún punto de contacto válido a los fines científicos, y desestimando -o rebajando- cualquier intento de vinculación -aun con criterio explicativo- como *acientífico*.

Otros positivistas ponen cada cosa en su sitio, le asignan a cada disciplina el *status* que le corresponde, y a partir de ello prevén las maneras en que Derecho y moral pueden apenas rozarse, o bien encontrarse evidenciando ciertas vías de influencia recíproca.

Jiménez Cano (2013) explica el *Positivismo excluyente* de Joseph Raz desde la tesis de la *autoridad del Derecho*, la cual “intenta explicar la normatividad de los sistemas jurídicos, esto es, las razones por las cuales el derecho representa obligaciones para las personas”. Según Raz “las reglas obligan porque constituyen razones para la acción, las cuales explican, valoran y guían las conductas”. Dichas reglas emanan de la “autoridad práctica”, es decir, “una persona o institución con aptitud para emitir instrucciones o directivas que constituyen razones para la acción para las personas a quienes van dirigidas” (Jiménez Cano, 2013).

En torno a lo que el Derecho tiene y lo que busca tener, “de acuerdo con la tesis de la autoridad, es una condición necesaria del derecho, es decir, es una verdad conceptual que el derecho tiene autoridad de facto y exige o pretende autoridad moral o legítima” (Jiménez Cano, 2013). Entonces, para considerarse Derecho propiamente dicho, las normas jurídicas *prima facie* deben estar fundamentadas en el poder de quien puede exigir obediencia, esto es, su cumplimiento; y en una segunda instancia, lo que se busca es complementar el hecho de la exigencia con un halo de validez surgido de la voluntad, el consentimiento y/o la aprobación de los receptores de las normas.

Otra tesis iuspositivista es la de las *fuentes sociales*, la cual sostiene que “el origen del derecho radica en hechos sociales”, entendiéndose por ello prácticas sociales que van a determinar la validez del Derecho. De acuerdo a Jiménez Cano (2013), “es el propio Raz el que ha considerado que la tesis de la autoridad respalda la tesis de las fuentes sociales del derecho, de manera que sirve como instrumento teórico útil para rechazar las teorías que incorporan al derecho criterios morales de validez”. Y dos son las razones brindadas para apoyar dicha compatibilidad y complementariedad.

La primera razón es explicada del siguiente modo:

Por un lado, puesto que las normas jurídicas están dotadas de autoridad porque emanan de una persona o de una institución que representa una autoridad jurídica (práctica), si se quiere localizar una norma jurídica dotada de autoridad, se tiene que identificar la autoridad que la dictó. De esta manera, la comprobación de la atribución de una norma jurídica a la autoridad que la dictó sólo puede ser fáctica, es decir, ateniéndose a hechos sociales. Desde esta perspectiva, el argumento moral sólo

entraría en juego cuando se quiere establecer qué es lo que las instituciones jurídicas deberían haber expresado, pero nunca para determinar lo que en realidad expresaron. (Jiménez Cano, 2013)

Es decir, el Derecho válido, el que emana de autoridad y cuyas normas jurídicas en ella se fundamentan, tiene que ser rastreado en la faz práctica a través de la detección de aquella fuente inicial. La cuestión moral no influye respecto de la validez de origen y fundamentación; simplemente puede invocarse a modo de crítica sobre el direccionamiento axiológico del contenido legal, pero no es definitivo en lo concerniente a la validez de dicho contenido.

La segunda razón invoca otra tesis más, a modo respaldo adicional:

Por otro lado, de acuerdo con la tesis de la exclusividad, sólo es autoridad quien emita normas que funcionen como razones excluyentes para la acción. Esto supone, desde otro punto de vista, que sólo son normas dotadas de autoridad las que proporcionen una razón excluyente para la acción. Una norma es una razón excluyente para la acción únicamente cuando excluye los juicios de los sujetos, ajenos a la propia norma, sobre cómo comportarse. Pues bien, las normas o principios morales son incapaces de reemplazar los juicios de los sujetos sobre cómo comportarse. De hecho, exigen todo lo contrario. Debido a ello, incorporar criterios morales de validez jurídica implica que el sujeto delibere cómo debe comportarse según la moral para deducir cómo debe comportarse según el derecho. Entonces, los criterios morales de validez no funcionan como razones excluyentes para la acción, sino que requieren investigar sobre las razones dependientes que precisamente el derecho, como autoridad, desplaza. Si el derecho incorporara la moral, éste no proporcionaría razones excluyentes para la acción porque no reemplazaría las razones morales de primer orden que aplica un agente. El derecho, entonces, sólo diría al agente que, en efecto, aplicara sus propias razones subyacentes. (Jiménez Cano, 2013)

Autoridad es quien tiene el poder de dictar normas de un tipo específico: normas que - si han de considerarse válidas en relación a la autoridad que imponen- deben aportar un motivo obligatorio para seguir determinado comportamiento, independientemente y con exclusión del juicio crítico valorativo de los sujetos a su obediencia. Sumarle moralidad a la normatividad jurídica implicaría romper este desplazamiento, y reducir al Derecho a la función de indicarle a los sujetos que actúen de acuerdo a sus propios motivos.

En su propia defensa del Positivismo excluyente, Jiménez Cano (2013) sostiene que “una cosa es la existencia del derecho y otra muy distinta su evaluación”, para concluir que el Derecho “puede existir con independencia de que sea justo o injusto y, por ende, el valor moral del derecho es contingente”. El autor no elimina la posibilidad de que exista una moralidad objetiva y se desarrolle un método para identificarla, pero excluye al Positivismo Jurídico de tal tarea, la cual se distancia respecto de lo que científicamente le compete:

...el positivismo jurídico no rechaza necesariamente la existencia ni de una moral objetiva ni de métodos morales para acceder a su conocimiento -y descubrirlo no es tarea del positivismo jurídico-, sino que abraza un método científico de verificación de los hechos y proposiciones relevantes para el derecho mediante el cual éste queda determinado únicamente por hechos comprobables empíricamente a través de determinados procedimientos. (Jiménez Cano, 2013)

Por el lado del *Positivismo incluyente*, Herbert Hart (1998) entiende por Positivismo Jurídico “la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”. Es decir, existen puntos de contacto entre Derecho y moral, y se presentan casos donde de manera *contingente* una norma jurídica positiva entra en vigencia porque se pretende dar una respuesta moralmente acorde ante un determinado fenómeno; pero no hay una conexión *necesaria* entre Derecho y moral que se presente en todos y cada uno de los casos. Si bien puede darse que un sistema jurídico exhiba concordancia con la moral y la justicia, generando la convicción de que hay una obligación moral de obedecerlo, no se sigue de ello “que los criterios de validez de normas particulares (...) tengan que incluir, en forma tácita si no explícita, una referencia a la moral o a la justicia” (Hart, 1998).

Que para Hart (1998) no haya una necesaria y siempre presente vinculación entre la moral y las normas jurídicas, no obsta al hecho de que existan “muchos tipos diferentes de relaciones entre el derecho y la moral”. En explicación de tal concepción, Mora-Sifuentes (2020) afirma:

Nuevamente debe recordarse que la negación de una conexión necesaria entre Derecho y moral es compatible con el reconocimiento de otras conexiones importantes entre ambos. Por tanto, dice Hart, pocos positivistas, si es que alguno, han negado que el desarrollo del Derecho haya sido influenciado por la moralidad o que

los legisladores o los jueces tengan en cuenta consideraciones morales al momento de elegir entre interpretaciones divergentes o pretensiones en conflicto para determinar lo que el Derecho exige.

Dicho posicionamiento se despega de un Positivismo extremo que niegue del todo un contacto entre Derecho y moral, y asume que la segunda puede relacionarse con el primero, ya que los operadores jurídicos que generan, aplican e invocan normas, se encuentran bajo el ámbito de influencia de los valores. La insistencia es que la conexión, sea de una forma u otra, *no es necesaria ni obligatoria*.

En lo relativo a lo que constituye Derecho legal, las versiones extremada y atenuada del Iuspositivismo se distinguen en las consideraciones de la normatividad jurídica válida y vigente.

La *extremada* sigue a pie juntillas las premisas del Positivismo general en su rechazo a las abstracciones metafísicas y las proposiciones valorativas acientíficas, y presta atención únicamente a los *fenómenos observables*, los hechos constatables desde los cuales se construye la teoría jurídica que estudiará lo que es el Derecho y desplazará aquello que no lo es. La *atenuada* toma como base los fundamentos positivistas generales, y comparte en cierto grado los principios del Iuspositivismo extremado, pero a la hora de explicar teóricamente al Derecho admite remisiones a elementos no presentes dentro de la estructura de este, incluso acompañamiento de teorías externas. Ello puede suscitar controversias, y no es de extrañar que un iuspositivista extremo lo tache como inaceptable y directamente lo excluya del universo de la Filosofía Positiva.

En este punto, la versión extremada se emparenta con el llamado Iuspositivismo *legalista-formalista*. Carrillo De La Rosa y Carillo, en exposición de la obra de Xacobe Bastida, explican la modificación que se opera en el Derecho al quedar atrás la diversidad de ordenamientos y pluralidad de fuentes jurídicas de la sociedad medieval, para abrir paso a la concepción moderna del ente estatal centralizador de la normatividad:

La aparición del Estado moderno secularizado trae como consecuencias la monopolización del derecho por la comunidad política organizada, a quien se reconoce como su única fuente, y la racionalización del material jurídico disperso: el derecho es el establecido en la ley por el Estado y su obediencia no depende de un fundamento trascendente e intemporal, depende de su positividad, de haber sido puesto por el soberano. El Estado ejerce un monopolio legítimo de la violencia y está por encima del derecho, es soberano. El concepto de soberanía como poder absoluto

implica que el Estado está por encima del derecho y lo convierte en un ente único y autónomo que no tiene límite en el ejercicio de su poder y que carece de instancias superiores que lo legitimen. (Carrillo De La Rosa y Carillo, 2011)

Así concebido el Estado monopolizador del Derecho, adquiere relevancia y se transforma en tendencia el *movimiento codificador*, cuyos representantes circunscriben a la letra del código lo que válidamente debe ser tomado como Derecho, de acuerdo con su integración escrita, sistemática y autosuficiente:

Los codificadores concibieron el código como la única fuente de validez del derecho, pues a su juicio, el derecho del código, insuperable y completo, contenía los preceptos jurídicos necesarios elaborados racionalmente por el legislador, lo que conduce a que no se aceptara otra fuente de derecho que no sea la ley del código. (Carrillo De La Rosa y Carillo, 2011)

En este contexto de centralización estatal y codificación legal, se desarrolló la *Exégesis Iuspositivista*, que al determinar un orden legal relativo a la solución de controversias dentro del marco jurídico, toma al código como el elemento básico; luego, “la elaboración y primacía del argumento del legislador racional o de autoridad del legislador”; en tercer lugar, con inspiración en la tesis de división de poderes de Montesquieu, las competencias de los diferentes órganos taxativamente determinadas -Poder Legislativo a cargo de la creación del Derecho y Poder Judicial a cargo de su aplicación-; y en cuarto lugar la certeza del Derecho, ya que “la codificación provee a los individuos un criterio seguro y cierto que les permite saber con anticipación y exactitud las consecuencias jurídicas de su comportamiento”, y brinda certidumbre de que los jueces resolverán de acuerdo a un “conjunto invariable y estable de leyes” y no mediante criterios arbitrarios (Carrillo De La Rosa y Carillo, 2011).

Por su parte, la versión atenuada se despegaba de la rigidez estructural de su contracara, y no se detiene en la codificación o el ordenamiento jurídico escrito y precisamente regulado como la única opción de contornear el Derecho válido, vigente y propiamente encuadrado. Más bien, contempla el ordenamiento codificado, y adicionalmente hechos, complementos teóricos y razonamientos argumentativos que partiendo de bases generales guían su concreción en supuestos específicos.

Hart (1998) explica la posición que reconoce la necesidad de integrar un *contenido mínimo de Derecho Natural* tanto en las normas jurídicas como en las morales que rigen a las

personas que constituyen sociedades, ya que "...sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí". De tal forma, se sostiene que no alcanza con un Positivismo analítico de normas como si fueran una vacuidad, sino que resulta necesario dotarlas de un contenido, y en la medida en que el objetivo del Derecho surgido en una asociación humana sea la subsistencia y perduración de los miembros, dicho contenido deberá afincarse en el Derecho Natural. Hart no alude a una construcción teológica del tipo de Tomás de Aquino, sino que enuncia hechos a ser tomados como "verdades obvias" de los que resultan procedentes ciertas normas: la vulnerabilidad humana (que lleva a restringir la violencia); una igualdad aproximada (los hombres tienen diferentes capacidades y disparidades, lo que hace necesario contar con un sistema de abstenciones y concesiones mutuas); altruismo limitado (los hombres son un término medio entre ángeles y demonios, y corresponde controlar las tendencias a la agresión para evitar que sean fatales); recursos limitados (las cosas en la naturaleza que necesitan las personas son escasas, de lo que se sigue que sea indispensable establecer la institución de la propiedad -no necesariamente la individual- y reglas que demanden su respeto); comprensión y fuerza de voluntad limitadas (muchos pueden caer en la tentación de seguir sus propios intereses inmediatos y actuar en violación del sistema de limitaciones, *ergo* se requieren sanciones que garanticen que quienes obedecen voluntariamente no serán sacrificados a los desobedientes) (Hart, 1998). Del reconocimiento de estos hechos naturales y las necesidades que generan, surge un Derecho que no peca de puro formalismo sin alusión a un contenido determinado; al contrario, se asienta en el buen sentido y permite el cumplimiento del propósito de supervivencia que origina a la sociedad.

Como ya se vio, para este autor la moral no es un fundamento necesario del Derecho; pero en los hechos no es de extrañar que la norma jurídica se edifique a partir del reconocimiento de una norma moral. Es decir, que más allá de la cuestión de la validez de las fuentes del Derecho, puede existir un camino trazado por la moral que el Derecho intente satisfacer y juridificar. Apunta Hart (1998): "Aunque el derecho de algunas sociedades ha estado ocasionalmente más adelantado que la moral aceptada, por lo común el primero sigue a la segunda (...)".

Por último, la atenuación del Iuspositivismo en Hart se percibe en el hecho de que, mientras los partidarios de la versión extremada suelen asumir una tesis de autoridad con enfoque en la persona o institución creadora de normas y su poder de imposición, esta variante

repara en quienes están del otro lado, los receptores de las obligaciones legales. Un sistema jurídico con respaldo en la coerción, si pretende ser exitoso, deberá contar en cierta medida con cierta aceptación: "...para que un sistema de reglas sea impuesto por la fuerza sobre cualquiera, tiene que haber un número suficiente de individuos que lo acepte en forma voluntaria. Sin su cooperación voluntaria, que crea así *autoridad*, el poder coercitivo del derecho y el gobierno no pueden establecerse" (Hart, 1998).

Como otra expresión de Positivismo Jurídico atenuado en este asunto, se ofrece el llamado *Formalismo Jurídico Latinoamericano*, corriente formada por la recepción del Iuspositivismo y la Exégesis francesa y alemana en el movimiento codificador de América Latina del siglo XIX. Botero-Bernal (2015) alude a los casos de Andrés Bello en Chile, Augusto Teixeira de Freitas en Brasil y Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentina, en cuyos códigos se palpan "las concesiones [de la Exégesis] (...) a las tradiciones jurídicas previas a la Independencia, la escolástica y a las escuelas alemanas antiexégetas". Esta mixtura fue "fruto del eclecticismo cultural que lleva a que ingredientes viejos se mezclen con nuevos generando una gran variedad de sabores", por lo que "es difícil considerar a estas escuelas como positivistas en su sentido más estricto, puesto que en ellas abundan alusiones a un derecho natural o a la justicia, así como construcciones de gran valor político (...)". Aun así, las escuelas participantes de la mixtura se consideran positivistas "por su particular defensa de un modelo científico-jurídico", pero -desde la perspectiva purista- son *antiformalistas* (Botero-Bernal, 2015).

Salta a la vista que doctrinariamente el *Formalismo* no fue considerado de igual manera por los autores puristas extremados que por los autores del Positivismo atenuado, y que los latinoamericanos podían clasificar como Formalismo algo que escuelas europeas veían como antiformalismo. De allí que ha merecido el esfuerzo dejar constancia, aún de manera sintética, de las diferencias que condujeron al Positivismo a sentar categorías y clasificaciones dentro del movimiento doctrinario. Y de que más allá de las diferencias, más o menos superficiales, más o menos profundas, autores y movimientos han luchado para conservar su lugar dentro del círculo de positivistas y seguir catalogándose como tales.

Para cerrar el apartado, resta reafirmar el compromiso amplio del Iuspositivismo con la generación de producción científica, tomado de las bases de la Filosofía Positiva que a modo de teoría general lo precedió, y concretamente -usando palabras de Botero-Bernal (2015) al describir la Exégesis- su carácter "legicentrista en el plano jurídico (hipercentralidad de la ley-

código dentro del derecho)”¹⁴ y “estatalista en lo político (con alguna posible simpatía hacia la democracia representativa)”. Expuestas las variantes, subsiste la unidad positivista en torno a estos factores.

III.3.- Hans Kelsen

El rival que ha mantenido un encendido debate con el Iusnaturalismo y se ha presentado como su contracara es el Positivismo Jurídico. Las manifestaciones de uno y otro en el ámbito del Derecho obedecen a un enfrentamiento primario entre concepciones filosóficas que incluye metodología del conocimiento y definición de lo cognoscible. En efecto, mientras el Iusnaturalismo se basa en fundamentos metafísicos y/o teológicos desde los cuales se efectúa la lectura, descubrimiento e interpretación de la naturaleza, y se deducen los valores morales que la rigen, el Positivismo corta con lo que supone una mezcla indebida entre Naturalismo, religión, moralidad y normatividad, y se concentra en lo estrictamente empírico, lo que puede dotarse de un basamento científico.

Para profundizar en el tema, es conveniente recurrir a la obra de uno de los principales intelectuales positivistas que trazó el distingo de raíz, el jurista y filósofo Hans Kelsen (1961):

El antagonismo entre la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico, imperante en todo tiempo en la Filosofía del Derecho, es un caso especial del antagonismo más general, existente dentro de la filosofía, entre la especulación metafísica y el positivismo empírico-científico. Este último, en oposición consciente a aquella, limita el objeto del conocimiento a lo dado en la experiencia externa e interna, y este sentido, a lo real o idealmente existente, como lo único cognoscible. Porque la doctrina del derecho natural es una “metafísica del derecho”, mientras que el positivismo jurídico sólo admite un saber del derecho cuyo objeto es el derecho “positivo”, esto es, el derecho creado mediante actos de voluntad de los hombres, mediante la legislación y la costumbre.

Al ahondar en lo que constituye Derecho positivo, el acto de su creación y la eventualidad en su modificación, Kelsen (1994) agrega:

¹⁴ El autor, si bien coincide en señalar la máxima importancia atribuida por la Exégesis a la ley del Estado y la codificación, desmiente una “leyenda negra” que acusa al Iuspositivismo de que supuestamente aquello es lo único que le interesa, y en contrario destaca que el Iuspositivismo también se ha interesado por la doctrina.

El derecho positivo es un orden coercitivo, en el cual las normas son creadas por actos de voluntad de seres humanos; es decir, creadas por vía legislativa, judicial, administrativa o por costumbres constituidas por actos de seres humanos. Como las normas del derecho positivo son creadas por actos de voluntad de seres humanos, ellas pueden ser modificadas arbitrariamente, y son diferentes según las épocas y según los pueblos.

Y estos cambios que sufre el Derecho se deben a su procedencia humana: personas que piensan distinto y generan normas distintas en épocas distintas. La inmutabilidad, lo absoluto, son características de derechos sobrenaturales, metafísicos, religiosos, todo lo cual no tiene cabida en una concepción que presenta al Derecho como un producto científico procedente exclusivamente de hombres:

El positivismo jurídico como una teoría científica del derecho no puede presuponer en su conocimiento y descripción del derecho positivo la existencia de una fuente trascendente del derecho, más allá de toda posible experiencia humana, esto es, la existencia de una voluntad divina cuyo sentido son las normas prescriptivas de conducta humana. Puesto que solamente las normas creadas por una autoridad trascendente, y por lo tanto absoluta, pueden ser consideradas como absolutamente justas e inmutables, el positivismo jurídico no puede aceptar como válida ninguna norma absolutamente justa e inmutable. Sólo puede sostener la validez de normas creadas por el arbitrio humano y que por lo tanto son mutables, esto es, normas que pueden tener contenido diferente en tiempos y lugares diferentes, sea que se trate de normas jurídicas o morales. (Kelsen, 1961)

El Iuspositivismo no se va a otra dimensión, y rechaza la ajenidad en la justificación del Derecho, esto es, que la validación venga de un elemento por fuera del orden positivo:

El positivismo jurídico rehúsa a responder a la cuestión de la justificación de la validez del derecho positivo por referencia a otro orden normativo, que sea diferente al derecho positivo y superior a él. No reconoce sino un derecho, el derecho positivo; tiene, en oposición al carácter dualista de la doctrina del derecho natural, un carácter monista. (Kelsen, 1994)

El *Monismo*, orientado a la validez del Derecho, en este caso no quiere implicar una orden de restricción y prohibición de acercamiento contra la moralidad. En su *Teoría pura del*

derecho -obra cumbre del pensamiento iuspositivista-, Kelsen se explaya sobre este tipo de situaciones de contacto:

Sin duda, el derecho positivo puede, en ciertos casos, autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo. (Kelsen, 2009)

La moral puede relacionarse con el Derecho. Puede determinar en base a sus principios la orientación conductual prevista en la norma, pero en la medida en que es acogida por el Derecho, pasa a ser una norma jurídica. Es decir, no sigue participando del ordenamiento como una norma moral de contenido autónomo: se funde con el Derecho y se convierte en una norma jurídica. En el caso inverso, la moral indica que se siga la orientación provista por la norma jurídica, y aquí la norma jurídica se mantiene como tal, sin modificar su naturaleza: es la moral la que decide acompañar y amoldarse, proveyendo razones para el respeto y cumplimiento de la norma.

Esto acota la participación y el alcance que tienen los juicios de valor para la Ciencia jurídica. Juicios que en rigor de verdad no son de valor propiamente dichos, que aducen cuestiones morales personales y opiniones subjetivas, sino juicios de hecho que se limitan a la constatación de la relación concordante o discordante que se da entre lo fáctico y lo legal:

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho

es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica. (Kelsen, 2009)

Por este camino se llega a la concepción de una Ciencia del Derecho purificada de vaines acientíficos y discrepancias ideológicas que empañan las teorías de antaño, las cuales tratan de justificar al Derecho a partir de intereses religiosos, visiones sobrenaturales o abstracciones metafísicas incompatibles con las demandas del método científico. La pureza teórica exige que la Ciencia no se preocupe por ni se involucre con ideologías y preconceptos morales, ya que su tarea explicativa es otra, consistente en observar al Derecho *como es* y no criticarlo como si abrazara una facción política o doctrina ética determinada. Una cosa es el *método científico* que explica la realidad, otra cosa es la *ideología* que la tergiversa o acomoda según cómo cree que debería ser; una cosa es el conocimiento *puro* del Derecho positivo, otra cosa la voluntad que asocia al Derecho a criterios concebidos por fuera de la experiencia científica:

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatir las exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia anti-ideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea

transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas. (Kelsen, 2009)

Descartadas quedan las apelaciones a dimensiones místicas u órdenes naturales autoevidentes como recurso para explicar satisfactoriamente la procedencia, constitución y desenvolvimiento del Derecho. Resta indagar de dónde proviene su validez, y es aquí donde Kelsen inserta el que se ha considerado su concepto más polémico: la *norma fundamental*.

Esta es “la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación” (Kelsen, 2009). Pero esto queda circunscripto al procedimiento originador de las normas, sin bucear sobre su contenido:

Sólo la validez de las normas de un ordenamiento jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales”. (Kelsen, 2009)

La norma fundamental reviste el carácter de una *hipótesis básica*:

Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre un hecho ilícito y su sanción. (Kelsen, 2009)

En esta norma fundamental se encuentra “la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico”. Al no ser creada por un procedimiento jurídico, tiene una naturaleza diferente: no es una norma de Derecho positivo, y no es *puesta* sino *supuesta* (Kelsen, 2009).

A modo de conclusión sobre Kelsen, se enfatiza que el Derecho digno de considerarse científicamente es el Derecho positivo que procede del arbitrio humano; que el orden jurídico no busca su sostenimiento por referencia a otro orden ajeno y superior como lo es la moralidad para las teorías tradicionales; y que la validez de las normas jurídicas del ordenamiento proviene de asumir la existencia y validez de una norma fundamental que las dota de significación. Su teoría pura *no critica*, sino que *explica*; y *no justifica* moralmente tomando como estándar lo justo y lo injusto, sino que *conoce* jurídicamente lo lícito e ilícito sin recurrir a posiciones ideológicas.

IV.1.- Deducciones de lo sostenido por el Positivismo Jurídico

Queda asentado que el Positivismo Jurídico pone su empeño en la observación de hechos para explicar al ordenamiento jurídico desde un enfoque científico, lo que lleva al estudio de la norma positiva, creada por seres humanos; y en contraposición, rechaza toda concepción afincada en la inmutabilidad y el absolutismo de presuntas leyes inscriptas en la naturaleza, o bien originadas en la sabiduría de un ser supremo que domina el mundo.

De allí se deduce que los derechos con los que cuentan las personas sometidas al orden jurídico no deben buscar su justificación en el acto de creación de seres iguales con libertad inalienable por parte de un legislador universal; más bien devienen de normas jurídicas que han seguido un procedimiento para incorporarse a un ordenamiento legal emanado de autoridad competente. Los seres humanos titularizan los derechos que el orden jurídico dice que titularizan, y esto va más allá de cualquier reflexión moralista por conexión a la justicia. No es una cuestión de lo justo o lo injusto, sino de lo legal e ilegal, lícito e ilícito. Cuando el Derecho positivo admite un ordenamiento superior y anterior, sus artículos son *declarativos* de derechos preexistentes. En la medida en que el Iuspositivismo no reconoce validez a tales construcciones sino a la norma positiva, los artículos del orden jurídico son *constitutivos* de derechos.

De la misma manera, el poder jurídico del Estado no proviene de una concesión divina o de una imposición legal de la naturaleza; esas son argumentaciones de quienes además de explicar el Derecho han intentado justificarlo desde la valoración moral o la abstracción metafísica. El poder estatal encuentra su núcleo en la centralidad del ordenamiento jurídico positivo, creado por humanos y dotado de un halo de legalidad, en rechazo de cualquier dualismo que pretenda compaginarlo y hacerlo correr en paralelo con un Derecho superior o proveniente de otra dimensión. Según sea la versión iuspositivista a la que se acuda para explicarlo, el Derecho

tendrá un basamento en hechos de la naturaleza reconocidos y de imposible desatención si se pretende erigir un sistema civilizado; o exhibirá validez por referencia a una norma fundamental extrajurídica que brinda sustento a la subsecuente normativa jurídica; o simplemente valdrá por emanar de quien es reconocido como autoridad para dictarlo.

Capítulo 4: Contractualismo

I.1.- Generalidades del Contractualismo

En tanto corriente de Filosofía Política y del Derecho, el *Contractualismo* perfila el nacimiento de la sociedad y el Estado a partir de un pacto originario entre los individuos constituyentes, que los lleva fuera del estado de naturaleza y dentro del civismo, y cuyo objeto primordial es la obtención de seguridad.

Como el nombre indica, el pacto es una especie de contrato donde se reúnen las voluntades de quienes desean pasar a formar parte de una sociedad civil, mediante el cual ceden sus derechos, o delegan el establecimiento de la forma en la cual podrán ejercerlos, a una autoridad estatal constituida al efecto, la cual se encargará de garantizar la protección de los miembros.

En contemplación de diversos enfoques que responden a una misma premisa original, algunos podrán exigir la firma expresa en un instrumento escrito, otros equiparán el contrato originario con el instrumento jurídico madre que rige a una sociedad -por ejemplo, la Constitución-, y otros no precisarán tanto la literalidad y juridicidad del contrato como la situación fáctica que le da sustento -valga decir, la agrupación de hecho de personas deseosas de armar una sociedad para la mutua defensa, amén de la juridificación que luego la consolide-.

II.1.- Las tres versiones fundacionales del Contractualismo

A continuación, se recorrerán las obras de los tres autores fundantes del Contractualismo, en respeto por el orden cronológico de aparición: Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau.

Además de reconocer la coincidencia de base, que es entender el surgimiento de la sociedad y el Estado por vía de un contrato originario, se verificarán diferencias y variantes en la explicación de la situación previa vivida en el estado de naturaleza, el contenido del pacto, y el

rol posterior que le compete a los agentes particulares y a la autoridad estatal una vez celebrado aquel.

II.1.A) Thomas Hobbes y el Leviatán

Thomas Hobbes es considerado el iniciador de la corriente contractualista, y su obra cumbre es *Leviatán*, en la cual describe su concepción sobre los hombres y el Estado.

Allí sostiene la *igualdad por naturaleza* de los hombres, verificable en el hecho de que son más los elementos que los igualan que aquellos que los diferencian. Pero esta naturaleza humana no es pura armonía, sino que está atravesada por el *conflicto*:

Así hallamos en la naturaleza del hombre tres causas principales de discordia. Primera, la competencia; segunda, la desconfianza; tercera, la gloria.

La primera causa impulsa a los hombres a atacarse para lograr un beneficio; la segunda, para lograr seguridad; la tercera, para ganar reputación. La primera hace uso de la violencia para convertirse en dueña de las personas, mujeres, niños y ganados de otros hombres; la segunda, para defenderlos; la tercera, recurre a la fuerza por motivos insignificantes, como una palabra, una sonrisa, una opinión distinta, como cualquier otro signo de subestimación, ya sea directamente en sus personas o de modo indirecto en su descendencia, en sus amigos, en su nación, en su profesión o en su apellido. (Hobbes, 2005)

El estado de naturaleza en el que se encuentra el hombre, antes de pegar el salto a la civilización, no cumple con los requisitos de viabilidad. El hombre está a merced de sus pasiones, y procura la satisfacción de sus intereses egoístas, lo que desemboca en un choque con sus semejantes:

Fuera del estado civil hay siempre guerra de cada uno contra todos. Con todo ello es manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos. (Hobbes, 2005)

En ausencia de una autoridad que rija sobre todos los hombres para mantener a raya sus pasiones, estos no hallan seguridad, y su situación es asimilable al peligro de la guerra, con la particularidad de que para sobrellevarla cada uno cuenta solamente con su propia fuerza en

solitario: "...todo aquello que es consustancial a un tiempo de guerra, durante el cual cada hombre es enemigo de los demás, es natural también en el tiempo en que los hombres viven sin otra seguridad que la que su propia fuerza y su propia invención pueden proporcionarles" (Hobbes, 2005).

Resulta evidente que el estado de naturaleza implica *inseguridad* y *belicismo*. Por lo tanto, urge pensar en una alternativa. Allí aparece la idea de celebrar un acuerdo que permita el mejoramiento de las circunstancias, y esto se logra si de tal predisposición surge un poder que lo haga sostenible, que ostente la *fuerza* sobre todos como respaldo, y el *bien de todos* como propósito:

[La buena convivencia] de los hombres lo es solamente por pacto, es decir, de modo artificial. No es extraño, por consiguiente, que (aparte del pacto) se requiera algo más que haga su convenio constante y obligatorio; ese algo es un poder común que los mantenga a raya y dirija sus acciones hacia el beneficio colectivo. (Hobbes, 2005)

De modo que, a través del *pacto* y el poder creado que lo soporta, se da nacimiento al Estado. Las personas otrora desprotegidas, en aras de su seguridad, transfieren sus derechos de autogobierno a quien o quienes las van a representar actuando en carácter de autoridad; y las voluntades particulares, antes desorganizadas y en colisión, ahora se fusionan en una voluntad general:

El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad; y que cada uno considere como propio y se reconozca a sí mismo como autor de cualquiera cosa que haga o promueva quien representa su persona, en aquellas cosas que conciernen a la paz y a la seguridad comunes; que, además, sometan sus voluntades cada uno a la voluntad de aquél, y sus juicios a su juicio. Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: autorizo y

transfiero a este hombre o asamblea de hombres mí derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera. Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina ESTADO, en latín, CIVITAS. Esta es la generación de aquel gran LEVIATÁN, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa. Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero. (Hobbes, 2005)

El mecanismo de generación y consolidación del Leviatán implica que los hombres particulares se identifiquen en grado sumo con él: que se vean representados por la asamblea, subordinen sus pensamientos y conclusiones a los de la autoridad, y consideren que esta encarna el correcto accionar de la unidad.

Sentadas dichas premisas, Hobbes brinda una definición de Estado, aclara sus objetivos, y consigna el papel que le corresponde a los involucrados en su constitución:

Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: una persona de cuyos actos se constituye en autora una gran multitud mediante pactos recíprocos de sus miembros con el fin de que esa persona pueda emplear la fuerza y medios de todos como lo juzgue conveniente para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es SÚBDITO Suyo. (Hobbes, 2005)

El Estado es un centralizador y monopolizador de recursos, que actúa en el marco de una *relación de obediencia* de quienes lo edifican mediante acuerdos hacia quien ostenta la administración y disposición de los medios para la consecución del bien común.

No solo desde la sustancia del argumento, sino también desde la implementación del vocabulario que utiliza para su descripción, la perspectiva de Hobbes queda al descubierto en torno a la significación del Leviatán. El titular del Estado es consagrado como el *Soberano*, que ejerce el poder para el logro de sus fines, y ningún otro poder se yergue por encima suyo. Por el otro lado, los suscriptores del contrato se convierten en *súbditos*, quedan bajo el mando y poder del Estado, y se acoplan a su juicio respecto del manejo de los recursos destinados al cumplimiento de aquellos fines.

Establecidos el significado y la génesis contractual del Estado, Hobbes señala dos conductos mediante los cuales puede obtenerse el poder soberano, y la distinción depende de si existe empleo de la fuerza para tomar el trono, o bien un sometimiento voluntario de quienes deben obediencia.

El primer caso refiere a la *fuerza natural*: cuando se somete a los enemigos mediante un acto de guerra a la propia voluntad victoriosa, y les es concedida la vida a cambio de la sumisión; o cuando, en semejanza a la situación familiar del padre en relación a sus hijos sometidos, un hombre puede destruir a los descendientes si se niegan a respetar tal sometimiento. Presentado alguno de estos supuestos, debe hablarse de *Estado por adquisición* (Hobbes, 2005).

El segundo caso procede del *acuerdo*: los hombres voluntariamente se someten a otro hombre o asamblea de hombres, con la confianza de que dicha autoridad erigida sirva de protección frente a los demás. La consecuencia de este acuerdo se denomina *Estado político* o *Estado por institución* (Hobbes, 2005).

Así las cosas, la hipótesis del contrato originario se verificaría en el Estado político, al mediar un acuerdo entre hombres por el cual una autoridad entra en funciones. Mientras que, en principio, pareciera quedar desdibujada en el Estado por adquisición, al implicar éste situaciones de guerra y conquista, donde existe una imposición de la voluntad en vez de una aceptación consensuada; aunque los partidarios del Leviatán podrían argumentar -en favor de la corroboración del Contractualismo- que, al darse la ocasión de perdonar la vida a cambio de la sumisión a la autoridad, se llega a un acuerdo que funciona para ambas partes.

En relación al temor que inspira el Leviatán, dada la premisa compartida en ambos supuestos del *miedo* como elemento fundamental, la diferencia entre el Estado por adquisición y el Estado político se remonta simplemente a la cuestión de dónde se deposita ese miedo en el momento inicial. En el Estado por adquisición los hombres temen a quien se instituye Soberano; en el Estado político los hombres sienten temor mutuo y en respuesta consagran un Soberano, pero en tanto el Leviatán imponga las condiciones de unidad y sumisión también sentirán miedo hacia aquél una vez entrado en funciones.

Con respecto del ejercicio del poder soberano, tanto en la situación del Estado por adquisición como en la del Estado político, el Leviatán constituido estará plenamente dotado de las facultades necesarias para hacer su voluntad y demandar sumisión. En ambos supuestos la soberanía exhibe iguales características:

...los derechos y consecuencias de la soberanía son los mismos en los dos casos. Su poder no puede ser transferido, sin su consentimiento, a otra persona; no puede enajenarlo; no puede ser acusado de injuria por ninguno de sus súbditos; no puede ser castigado por ellos; es juez de lo que se considera necesario para la paz, y juez de las doctrinas; es el único legislador y juez supremo de las controversias, y de las oportunidades y ocasiones de guerra y de paz; a él compete elegir magistrados, consejeros, jefes y todos los demás funcionarios y ministros, y determinar recompensas y castigos, honores y prelación. (Hobbes, 2005)

Se obtenga el poder soberano por uno u otro carril, el Estado estará investido del mismo poder -prácticamente *absoluto*- para alcanzar sus fines, representará de manera unitaria y homogénea los intereses de los súbditos, personificará la justicia en tanto autoridad sin ser él mismo juzgado y condenado, y actuará cual garante del bienestar colectivo que propende a la defensa común.

Esa es la manera en que el Leviatán gobierna y ajusticia. Una persona, o asamblea de personas surgidas de otras personas -deseosas de agruparse, o sometidas tras un enfrentamiento-; una voluntad que surge de otras voluntades, para forjar un proyecto común cuyos enlaces se basan en el temor; mecanismos de actuación que tornan indiscutible a la autoridad; y finalidades de protección colectiva imposible de lograr de manera distinta.

II.1.B) John Locke y la sociedad civil

El segundo autor de la serie contractualista es John Locke, de quien ya se estudió parte de su obra en los párrafos concernientes al Derecho Natural, y ha de continuarse aquí. Valga lo dicho como excusación ante eventuales -y en algún punto necesarias- reiteraciones conceptuales, y sirvan las líneas siguientes para profundizar en su pensamiento, esta vez desde el ángulo del Contractualismo.

Al igual que Hobbes, Locke efectúa una división entre el *estado de naturaleza* y la conformación de la *sociedad política*, aunque sus propias visiones respecto de ambos estadios difieren de las expresadas por su predecesor.

El estado de naturaleza no es uno de guerra todos contra todos, sino uno de *libertad e igualdad* entre los hombres. En ausencia de una ley civil -a la que se llega posteriormente-, es la *ley natural* la encargada de regir las vidas y relaciones humanas:

[El estado natural de los hombres es] un estado de completa libertad para ordenar sus actos, y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso, y sin depender de la voluntad de otra persona.

Es también un estado de igualdad, dentro del que todo poder y toda jurisdicción son recíprocas, en el que nadie tiene más que otro, puesto que no hay cosa más evidente que el que seres de la misma especie e idéntico rango, nacidos para participar sin distinción de todas las ventajas de la Naturaleza y para servirse de las mismas facultades, sean también iguales entre ellos, sin subordinación ni sometimiento, a menos de que el Señor y Dueño de todos ellos haya colocado (...) a uno de ellos por encima de los demás (...). (Locke, 1963)

La descripción de Locke de la vida en el estado de naturaleza no posee connotaciones violentas, ni sugiere la permanente destrucción mutua entre hombres, o la dicotomía sojuzgadores-sometidos. La excepción por la cual se entronizaría a una persona y ella pasaría a ejercer facultades de mando natural, dependería de un supuesto asociado a lo teológico-religioso: si el Dios creador, que ha hecho a los hombres libres e iguales, decidiera dotar de soberanía a uno sobre el resto de los miembros de la especie. Se deduce que, en tanto seres creados, los hombres deberían acatar tal mandamiento de su creador.

En cuanto a la libertad en la naturaleza, la situación no está equiparada a un estado “de licencia” de los hombres (Locke, 1963). La libertad natural queda al amparo de la ley natural, y la ley gobierna y obliga a todos, indicando que ningún hombre tiene derecho a producir daños a sus semejantes en lo concerniente a sus vidas, libertades y propiedades.

No por vivir en la naturaleza sin ley civil los hombres pueden válidamente atentar contra otros; allí y en todo momento rige la ley natural, cuyas prescripciones han de ser observadas, se encuentre uno en el estado en que se encuentre. Aún en el estadio previo al establecimiento de la institucionalidad civil, el ser humano es titular de derechos que no deben ser menoscabados por agresores. Descubrir esa premisa está en las manos de los hombres, o, mejor dicho, en sus cabezas: empleando el raciocinio se conocen y se entienden las implicancias de la ley natural.

Entonces, si la naturaleza tiene su ley, y esta reconoce derechos a los seres creados, ¿cuál es la situación que lleva a plantearse la constitución de una sociedad civil con una ley humanamente diseñada? Pues que en el estado original, cada hombre tiene que defender lo suyo por sí mismo y aplicar castigos a quienes lo atacan (uno puede imaginar, en tales casos,

supuestos de desorganización, desproporción y desprotección, que se alejarían del respeto por la ley natural).

Para dar una respuesta organizada a lo que se presente, que sea consecuente con soluciones institucionales y no particulares aisladas, está en la voluntad de los hombres el decidir asociarse para “formar un pueblo, un cuerpo político, sometido a un gobierno supremo”, con el objeto de ceder a la comunidad el poder de ejecutar la ley natural (Locke, 1963). De concretarse tal formación, se considera finalizado el estado de naturaleza y los hombres ingresan en la sociedad civil.

No es cualquier vinculación voluntaria entre personas la que las deposita en la sociedad civil, sino “el único pacto de ponerse todos de acuerdo para entrar a formar una sola comunidad y un solo cuerpo político” (Locke, 1963). El hecho posee un *medio* concreto -el acuerdo- y un *fin* concreto -la conformación de una comunidad política-.

Dicha comunidad política única, surgida de la celebración del pacto, actúa de allí en más como *árbitro* en defensa de los integrantes y sus posesiones:

...no pudiendo existir ni subsistir una sociedad política sin poseer en sí misma el poder necesario para la defensa de la propiedad, y para castigar los atropellos cometidos contra la misma por cualquiera de los miembros de dicha sociedad, resulta que sólo existe sociedad política allí, y allí exclusivamente, donde cada uno de los miembros ha hecho renuncia de ese poder natural [de defender la propiedad], entregándolo en manos de la comunidad para todos aquellos casos que no le impiden acudir a esa sociedad en demanda de protección para la defensa de la ley que ella estableció. (...) la comunidad viene a convertirse en árbitro (...), resuelve todas las diferencias que puedan surgir entre los miembros de dicha sociedad en cualquier asunto de derecho, y castiga las culpas que cualquier miembro haya cometido contra la sociedad, aplicándole los castigos que la ley tiene establecidos. (Locke, 1963)

En la sociedad civil, los miembros viven de acuerdo a un orden institucional, legitimado y justificado por la cesión de sus poderes naturales para la defensa de sus derechos, a los fines de que sea la comunidad quien los ejerza. Ello no quita relevancia a la ley natural, que conserva su vigencia, ni implica que las personas empiecen a carecer de los derechos que les eran reconocidos en el estado de naturaleza, ya que la ley humana debe dictarse en consecuencia. La ley natural vigente establece ciertos lineamientos, y ellos han de ser seguidos racionalmente por las

leyes positivas de los Estados. Es la única manera en que la *ley positiva* se considera *justa y válida*.

En efecto, no cualquier ley reúne los requisitos de justicia y validez. Para tal constatación, habrá que atender al contenido y al origen, debiendo verificarse lo necesario en ambos supuestos simultáneamente para su aprobación.

La ley que pretenda ser justa y válida en su *contenido*, deberá garantizar la seguridad de los individuos y la protección de su patrimonio. Tendrá que fundarse en la ley natural, que provee el criterio de regulación e interpretación.

A su vez, la ley que pretenda ser válida en su *origen*, deberá emanar de una autoridad competente para su dictado, esto es, “el poder legislativo elegido y nombrado por el pueblo”. Según Locke:

...sin esta aprobación [del Poder Legislativo], la ley no podría tener la condición absolutamente indispensable para que lo sea, a saber, el consenso de la sociedad, puesto que nadie existe por encima de ella con poder para hacer leyes, sino mediante su consentimiento y con la autoridad que esa sociedad le ha otorgado. (Locke, 1963)

Las señaladas disposiciones sirven para prevenir y evitar situaciones de uso indebido e ilegítimo del aparato político. El hecho de haber acordado voluntariamente entre los hombres el acceso a la sociedad civil; erigido el Estado vía entrega de los poderes de los individuos para la defensa de derechos en manos de la comunidad; y sancionado una ley positiva reconocedora y seguidora de la ley natural; se hace con miras a la proscripción del ejercicio abusivo o desviado del poder.

De acuerdo a la ley natural, los individuos deben respetar la vida, salud y posesiones del prójimo, y no tienen derecho a someterse entre sí. Por lógica derivación, no pueden cederle a la comunidad un derecho que no titularizan previamente, ni pueden sus representantes abrogárselo de la nada, sin soporte alguno en las previsiones de la ley natural. En la sociedad civil, legalmente se hace justicia y se sanciona a quienes atentan contra los derechos, pero ello no conduce a concluir que el Gobierno ostenta un poder sancionador arbitrario para cualquier situación, incluso para hechos que ni siquiera ameritan su intervención cual autoridad elegida.

El Gobierno no tiene poder para hacer lo que le plazca sin justificación. Su papel precisa del seguimiento de la ley en justa forma y el cumplimiento del objeto para el cual se constituyó:

...la autoridad suprema o poder legislativo no puede atribuirse la facultad de gobernar por decretos improvisados y arbitrarios; está, por el contrario, obligada a dispensar la justicia y a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas, aplicadas por jueces señalados y conocidos.

(...) El poder absoluto arbitrario o el gobernar sin leyes fijas establecidas, no pueden ser compatibles con las finalidades de la sociedad y del gobierno. (Locke, 1963)

Es por todo lo observado que se considera al Contractualismo de John Locke una pieza fundamental en aras de la consagración de derechos naturales cuya existencia no está sujeta a la arbitrariedad humana; el fomento de la vida racional y las relaciones justas y pacíficas entre miembros de la comunidad política; y el reconocimiento de la imperiosa necesidad de limitar el poder gubernamental para que cumpla con su función y no desbarranque con excesos e intromisiones.

II.1.C) Jean-Jacques Rousseau y el contrato social

El tercer autor contractualista en el orden cronológico estipulado, y habitualmente el más asociado a esta corriente -tanto por el contenido de su obra como por la explicitud de uno de sus títulos- es Jean-Jacques Rousseau.

Del mismo modo que los contractualistas anteriores, Rousseau traza la distinción fundamental entre el estado de naturaleza y el ingreso a la civilización, pero se diferencia de ambos en una de sus concepciones: respecto de Hobbes no comparte la visión de la vida en la naturaleza, y respecto de Locke no comparte la visión de la vida civilizada.

Para Hobbes la naturaleza es guerra. En cambio, Rousseau plantea un estado natural donde el hombre no está en conflicto con sus congéneres ni con temor perpetuo por la violencia que pueda sufrir. Como se verá enseguida, la naturaleza es un escenario idóneo para el desarrollo genuinamente humano.

En Locke se encuentra una ponderación de la institucionalidad desplegada en la sociedad política. En Rousseau no hay tal elogio, y la sociedad civil no significa un salto cualitativo en defensa de los derechos y a favor del progreso humano. De hecho, es al revés: el primigenio estado de naturaleza es el digno de añoranza, y los males que sufren las personas se deben al proceso civilizador que las aparta de lo que verdaderamente las beneficia.

En el *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Rousseau señala que en el estado de naturaleza se fortalecen las aptitudes de los hombres, tanto físicas como de carácter, mientras que la sociedad conspira contra su desenvolvimiento desde la infancia:

Acostumbrados desde la infancia a la intemperie del tiempo y al rigor de las estaciones, ejercitados en la fatiga y forzados a defender desnudos y sin armas su vida y su presa contra las bestias feroces, o a escapar de ellas corriendo, fórmanse los hombres un temperamento robusto y casi inalterable; los hijos, viniendo al mundo con la excelente constitución de sus padres y fortificándola con los mismos ejercicios que la han producido, adquieren de ese modo todo el vigor de que es capaz la especie humana.

La naturaleza procede con ellos precisamente como la ley de Esparta con los hijos de los ciudadanos: hace fuertes y robustos a los bien constituidos y deja perecer a todos los demás, a diferencia de nuestras sociedades, donde, el Estado, haciendo que los hijos sean onerosos a los padres, los mata indistintamente antes de su nacimiento. (Rousseau, 1923)

Aunque en términos comparativos el hombre evidencia debilidades respecto de los otros animales, en la naturaleza consigue lo necesario para vivir, y lo hace mejor que el resto de las especies:

...considerándole, en una palabra, tal como ha debido salir de manos de la naturaleza, veo un animal menos fuerte que unos, menos ágil que otros, pero, en conjunto, el más ventajosamente organizado de todos; le veo saciándose bajo una encina, aplacando su sed en el primer arroyo y hallando su lecho al pie del mismo árbol que lo ha proporcionado el alimento; he ahí sus necesidades satisfechas. (Rousseau, 1923)

El problema reside en la estructura de la sociedad moderna (que conlleva nueva tecnología y procesos de industrialización), ya que genera sedentarismo, y se perciben *desventajas físicas* en comparación con las destrezas del salvaje en la naturaleza: “Siendo el cuerpo del hombre salvaje el único instrumento de él conocido, lo emplea en usos diversos, de que son incapaces los nuestros por falta de ejercicio, y es nuestra industria la que nos arrebató la agilidad y la fuerza que la necesidad lo obliga a adquirir” (Rousseau, 1923).

La crítica no detiene su marcha en el aspecto corporal, sino que la extiende al aspecto cognitivo. Mientras que Locke resalta la razón como la facultad clave para conocer la ley natural y así propender a la óptima convivencia, Rousseau critica al *estado reflexivo y la meditación* por ser inapropiados para la especie, un modo complejo de vivir a expensas de lo prescripto por la naturaleza. El hombre en la naturaleza no padece los sufrimientos del hombre civilizado; el primero sigue sus pasiones y vive de manera sencilla, y el segundo padece los pensamientos y asuntos complicados típicos de una sociedad avanzada:

...la mayor parte de nuestros males son obra nuestra, casi todos los cuales hubiéramos evitado conservando la manera de vivir simple, uniforme y solitaria que nos fue prescrita por la naturaleza. Si ella nos ha destinado a ser sanos, me atrevo casi a asegurar que el estado de reflexión es un estado contra la naturaleza, y que el hombre que medita es un animal degenerado. (Rousseau, 1923)

La razón es culpable de tornar egoístas a las personas, de que se quieran a sí mismas dando la espalda al resto, y de hacer que actúen de manera distinta a como lo harían instintiva y despreocupadamente en la naturaleza: “Es la razón quien engendra el amor propio, y la reflexión lo fortifica; ella repliega al hombre sobre sí mismo” (Rousseau, 1923).

El ejercicio de la racionalidad y la ejecución de trabajos corporales llevan al hombre al progreso material. La productividad permite la creciente satisfacción de las necesidades físicas humanas, como abrigo y guarecimiento. Pero, en opinión de Rousseau, los salvajes no sufren los faltantes; más bien, es la civilización la que lleva a considerar como necesario algo que en rigor no lo es: “La desnudez, la falta de habitación y la carencia de todas esas cosas inútiles que tan necesarias creemos no constituyen, por consiguiente, una gran desdicha para esos primeros hombres ni un gran obstáculo para su conservación” (Rousseau, 1923).

Además de las ilusorias necesidades que proyecta, la racionalidad como base de la civilización desemboca en otra consecuencia desagradable: la generación de una creciente *desigualdad* entre los humanos. Los que progresan económicamente y adquieren cada vez más riqueza material, lo hacen *a costa* de quienes no progresan y no acumulan. De ahí el contraste entre civilización y naturaleza en cuanto a la igualdad: en la civilización unos se aprovechan y escalan, tornándose una amenaza para los otros que se hunden; mientras que en la naturaleza no existen tales abusos, y se extiende un clima pacífico.

Una vez caracterizados los estados de naturaleza y civilización, cabe preguntarse por el proceso mediante el cual se pasa de uno a otro, y la respuesta de Rousseau coincide con los proponentes del pacto. Las voluntades de los intervinientes, juntadas en una sola *voluntad común*, originan la sociedad políticamente organizada mediante el Estado, las leyes cuya observancia será obligatoria, y el poder y las funciones de los que ocuparán los puestos oficiales:

...me limito, siguiendo la opinión común, a considerar aquí la fundación del cuerpo político como un verdadero contrato entre los pueblos y los jefes que eligió para su gobierno, contrato por el cual se obligan las dos partes a la observación de las leyes que en él se estipulan y que constituyen los vínculos de su unión. Habiendo el pueblo, a propósito de las relaciones sociales, reunido todas sus voluntades en una sola, todos los artículos en que se expresa esa voluntad son otras tantas leyes fundamentales que obligan a todos los miembros del Estado sin excepción, una de las cuales determina la elección y el poder de los magistrados encargados de velar por la ejecución de las otras. (Rousseau, 1923)

Así descrito, el contrato originario luce equitativo y equilibrado: cada parte tiene que cumplir con sus respectivas obligaciones y la ley se aplica a todos por igual. Pero una inspección detenida en los pormenores del tipo de pacto que defiende Rousseau si los hombres han de celebrar alguno, da cuenta que, en realidad, se edifica un gran poder político con la capacidad de realizar exigencias extraordinarias y remover a quienes obstaculizan su desenvolvimiento.

De la mano con su propuesta de que lo pasional predomine sobre lo racional para beneficio del hombre, Rousseau sostiene que la creencia en una religión es fundamental para la organización social; afirma *sentir* que al mundo lo gobierna una voluntad sabia y poderosa; que dicha voluntad es la de Dios, el cual se esconde de su comprensión, y por su propia inadecuación humana no debe razonar acerca de la naturaleza divina de aquél; y manifiesta que la luz que encuentra en el interior de su persona es una guía más fuerte que la razón (Hicks, 2011). De ese modo, redondea una epistemología con elementos religiosos, místicos y pasionales.

En su libro más famoso, *El contrato social*, Rousseau continúa por la senda de las creencias y los sentimientos, y describe la *fe civil* y su relevancia para el orden del Estado:

Existe, pues, una profesión de fe puramente civil, cuyos artículos deben ser fijados por el soberano no precisamente como dogmas de religión, sino como sentimientos de sociabilidad sin los cuales no se puede ser buen ciudadano ni súbdito fiel.

Sin poder obligar a nadie a creer en ellos, puede expulsar del Estado a quienquiera que no los admita o acepte; puede expulsarlo, no como impío, sino como insociable, como incapaz de amar sinceramente las leyes, la justicia, y de inmolar, en caso necesario, su vida en aras del deber. Si alguien después de haber reconocido públicamente estos dogmas, se conduce como si no los creyese, castíguesele con la muerte: ha cometido el mayor de los crímenes, ha mentido ante las leyes. (Rousseau, 1961)

El gobernante tiene el poder para mantener el orden y buen desarrollo social, y a partir de su ejercicio escoge los sentimientos apropiados que deberán ser absorbidos y practicados por los súbditos. Quienes no aceptan ni cobijan los sentimientos, pueden ser válidamente echados del Estado bajo la mancha de la *insociabilidad*, por no amar la ley, ni demostrar que serían capaces de obedecer lo mandado incluso dando su vida por ello. Y acaecido el supuesto de haber aceptado en público la fe civil, y luego actuar como si su adopción no hubiese sido sincera, resulta merecida la pena máxima de la *muerte* por mentir ante la ley estatal.

Otro caso relacionado a la muerte ordenada por autoridad, se vincula al precio a pagar por gozar de la seguridad provista por el Estado, cuando aquella dispone que ha llegado el momento de cobrar. De acuerdo a un cálculo de conveniencia efectuado por el Soberano, este puede exigir el *sacrificio* del súbdito, y que este *entregue su vida* cuando el Estado así lo requiera:

(...) el ciudadano no es el juez del peligro a que la ley lo expone, y cuando el soberano le dice: “Es conveniente para el Estado que tú mueras”, debe morir, pues bajo esa condición ha vivido en seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino un don condicional del Estado. (Rousseau, 1961)

En la naturaleza, la vida del hombre es un beneficio natural; en el Estado, la vida se rige por los actos de disposición del Soberano, quien reemplaza el juicio del súbdito por el suyo propio. Quedan a la vista los anticipados desequilibrios del contrato social, que perfila una comunidad organizada bajo la estructura superior del Estado, con un Soberano al mando que impone deberes a cumplirse, y cuyos súbditos no tienen más remedio que obedecer so pena de expulsión o castigo mortal.

Mientras Locke valida al Gobierno en tanto promulgue leyes positivas consecuentes con la ley natural protectora de la vida, salud y posesiones de los individuos; el Estado descripto

por Rousseau tiene el poder para transformar beneficios de la naturaleza en *dones condicionales* del Estado -cual permisos que en cualquier momento pueden revocarse-, y reclamar la inmola-ción de los súbditos en perjuicio del bien natural y a favor de la ley civil.

Y aunque rechaza la escenificación del hombre en el estado de naturaleza efectuada por Hobbes, en lo que al Estado concierne Rousseau sitúa al contrato social reconocedor del domi-nio soberano por encima de la vida de los súbditos, muy cerca del Leviatán que somete volun-tades y mantiene a los hombres a raya mediante un poder común.

En conclusión, Rousseau propulsa la pasión sobre la razón, al sentimentalismo sobre el raciocinio, lo instintivo sobre lo reflexivo, la naturaleza sobre la civilización, y el poder sobe-rano sobre el derecho a la vida. El Estado encuentra su origen en el contrato social y a partir de allí despliega sus funciones con amplio poder; la ley estatal se relaciona con artículos de fe civil y sentimientos de sociabilidad que garantizan el buen andar de la comunidad; y los derechos de los súbditos dependen en última instancia de la voluntad del Soberano, quien en cualquier mo-mento puede optar por su sacrificio.

III.1.- El Contractualismo como corriente

A modo de comentario final sobre el Contractualismo en esta sección, es posible decir que no se identifica con una teoría concreta seguidora de un camino siempre recto; más bien, es una corriente de pensamiento donde conviven -o chocan- distintas teorías, las cuales -más allá de compartir el pacto originario como punto de partida para explicar el Estado- siguen sus propios y disímiles desarrollos.

Y ni siquiera constituye una corriente de pensamiento en el sentido de ser una escuela determinada, donde varios autores se incorporan por sus principios, explícitamente se identifi-can con puntos básicos, y a partir de ellos realizan sus contribuciones al acervo común. Pensar el Contractualismo como una corriente, en cambio, obedece a una clasificación intelectual que sirve a fines expositivos y pedagógicos, no a una deliberada agrupación planteada por los pro-pios autores.

Respecto de lo que aquí concierne, de manera general los contractualistas distinguen entre el estado de naturaleza y la sociedad civil; subrayan que el paso del primero a la segunda se da mediante el pacto originario por el cual nace el Estado; y cada uno proyecta lo que cons-tituye un Estado propiamente dicho, con sus poderes y -en el caso que se reconozcan-

limitaciones, lo cual influye en el veredicto que pueda hacerse de cada autor en relación al tema de los derechos ciudadanos.

En esta inteligencia, se considera a Locke como el portador del estandarte de los derechos individuales y el Gobierno limitado, y a Hobbes y Rousseau como proyectistas de Estados sumamente poderosos y controladores, cuando no absolutistas, con capacidad legal para violar derechos individuales.

Capítulo 5: Objetivismo

I.1.- Presentación

El Objetivismo es el sistema filosófico de Ayn Rand. Si bien no era jurista, Rand se pronunció con suma idoneidad desde el ángulo filosófico -al igual que otros prestigiosos autores como Locke- sobre temas de impacto en el Derecho, léase el rol del Estado y la teoría de derechos individuales.

Del mismo modo que en el apartado sobre el Iuspositivismo, en el cual se efectuó un resumen del Positivismo general como teoría madre, la sana exposición juzga conveniente efectuar un breve resumen de los fundamentos de la Filosofía objetivista general antes de adentrarse en los temas específicos, así se permite una mejor comprensión de los derivados.

II.1.- Las posiciones objetivistas en las ramas de la Filosofía

El Objetivismo identifica cuatro ramas principales de la Filosofía: metafísica, epistemología, ética y política (se dejará de lado aquí la quinta rama, estética, para no excederse del marco de la tesis).

La *metafísica* es el estudio de la naturaleza fundamental de la realidad y del hombre; la *epistemología* se dedica a la teoría del conocimiento; la *ética* expone la ciencia de los valores morales; y la *política* como rama trata tanto teoría política como asuntos públicos concretos (Binswanger, 1988).

En metafísica, el Objetivismo explica como axioma fundamental que *la existencia existe*, y ello implica dos corolarios: *algo existe* que uno está percibiendo, y *uno existe poseyendo consciencia* -la facultad de percibir aquello que existe-. La realidad es un absoluto, es lo que existe, y lo irreal no existe (Rand, 1963).

En epistemología, se afirma que el hombre como ser de *consciencia volitiva* debe adquirir conocimientos mediante su propio esfuerzo y a través de un proceso de *razón*. El hombre necesita un *método de cognición*, descubrir cómo practicar la racionalidad, y cómo validar sus conclusiones. Para ello, debe organizar el material que le proveen los sentidos en conceptos que le permiten identificar e integrar el conocimiento (Rand, 1979).

En cuanto a la ética, se sostiene que esta, como Ciencia que descubre y define los valores que guían al hombre, es una necesidad objetiva para su supervivencia. Su propósito es enseñarle a vivir y disfrutar de sí mismo. El hombre -que es *un fin en sí mismo*, no un medio para los fines ajenos- debe elegir, en base a principios racionales, las acciones, valores y objetivos por los cuales logra mantener el fin último que es *su propia vida*. Y el estándar de valor por el cual se juzga lo que es bueno y lo que es malo, es precisamente la vida del hombre: lo que es propio para la vida y la favorece es bueno; lo que la niega o destruye es malo. En base a ello, el Objetivismo promueve el *egoísmo racional*, la moralidad del interés propio, por la cual el hombre consigue y conserva valores sin sacrificarse por otros ni sacrificar a otros para sí mismo (Rand, 2006).

En política, la finalidad es hallar el sistema social adecuado para la convivencia entre hombres. La única facultad de estos para conocer la realidad es la razón; por lo tanto, un sistema que pretenda favorecer la vida de los *hombres como hombres* y no como bestias salvajes, tiene que afincarse en este hecho. El Objetivismo lo encuentra en el *Capitalismo*, entendido como el “sistema social basado en el reconocimiento de los derechos individuales, incluyendo los derechos de propiedad, por los cuales toda propiedad es poseída por entes privados” (Rand, 2008). El Capitalismo, en tanto protege la libertad humana para crear mediante el uso de la razón, y producir e intercambiar valor por valor, resulta adecuado para la existencia y prosperidad, porque “reconoce y protege el hecho básico, metafísico de la naturaleza del hombre: la conexión entre su supervivencia y el uso de la razón” (Rand, 2008).

Con este pantallazo objetivista -que no pretende renegar de complejidades merecedoras de ser examinadas con detenimiento en otro marco especializado- se considera habilitada la instancia para el tratamiento de temas específicos dentro de las ramas de la ética y la política.

III.1.- Sociedad libre

Para el Objetivismo, la sociedad no es una entidad *supraindividual* con una existencia metafísica propia, sino una *cantidad de individuos*. De modo tal que, cuando se habla de

sociedad libre, no se alude a la libertad de una entidad colectiva independiente o por encima de sus miembros, sino de las libertades de los individuos que la componen, y del marco civilizado que protege dichas libertades.

En lo que sigue, se inspeccionarán dos principios que hacen a la sociedad libre enunciada por Ayn Rand: el principio de los derechos individuales, y el principio del Gobierno limitado.

III.1.A) Los derechos individuales

El hombre es un ser racional, lo cual no quiere decir que el conocimiento le viene dado automáticamente y que su racionalidad se encuentra siempre en *mode on*. La alternativa fundamental que enfrenta el hombre para su supervivencia es pensar o no pensar. Si elige no pensar, no utilizará su herramienta de conocimiento de la realidad y quedará a la deriva, movilizado por emociones, sentimientos, y las ideas ajenas que otros aprovechen para rellenar su vacío intelectual. En cambio, al elegir pensar, puede desenvolverse realmente como hombre, con ideas propias o conscientemente adoptadas, en honor a su naturaleza racional. Actuar racionalmente, o desenfocarse de la realidad, es una cuestión de voluntad.

A través de la activación deliberada de la razón, el hombre trata con los hechos de la realidad, descubre y reconoce el *principio de los derechos individuales*, y entiende por qué el Capitalismo es adecuado para garantizar su protección. Las sociedades que adoptan el Capitalismo son las que gozan de libertad y establecen la justicia como criterio rector:

Si se desea prestar apoyo a una sociedad libre, es decir, el capitalismo, es preciso comprender que su fundamento indispensable es el principio de los derechos del individuo. Quien esté en favor de estos derechos debe darse cuenta de que el capitalismo es el único sistema que los apoya y protege. (...). (Rand, 2006)

Para Rand, los derechos del hombre no son un principio meramente jurídico, dissociado de cualquier conceptualización filosófico-ética que versa sobre su individualidad; ni una abstracción desprovista de asidero en los hechos reales que atienen a la interacción humana. Al contrario, es un principio conceptualizado a partir de la realidad, que nace de la moralidad, y desde allí se vincula con la legalidad:

Los "derechos" son un concepto moral: el concepto que provee una transición lógica de los principios que rigen las acciones de un individuo a aquellos que guían sus relaciones con los demás; el concepto que preserva y protege la moralidad individual en un contexto social; el vínculo entre el código moral de un hombre y el código legal de una sociedad, entre la ética y la política. *Los derechos del individuo son el medio para subordinar la sociedad a la ley moral.* (Rand, 2006)

Los derechos sirven para enmarcar la esfera de libertad con la que cuenta cada individuo en una situación de interacción o convivencia con otros. La piedra basal es la *propia vida*, de la cual se derivan el resto de los derechos:

(...) Un "derecho" es un principio moral que define y confirma la libertad de acción de un hombre en un contexto social. Sólo existe un derecho fundamental (todos los demás son su consecuencia o sus corolarios): el derecho de un hombre a su propia vida.

La vida es un proceso de acción autogenerada destinada a la propia sustentación; el derecho a la vida implica el derecho a entregarse a esa acción, lo que significa la libertad de llevar a cabo todas aquellas acciones que requiere la naturaleza de un ser racional para sustentar, mantener, realizar en plenitud y gozar su propia vida. (Tal es el significado del derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad). (Rand, 2006)

El derecho individual está íntimamente ligado a la acción. Lo que procura es ese espacio de libertad para que la persona piense, tome decisiones y emprenda el escogido curso de acción en ausencia de ataduras coercitivas impuestas por voluntad ajena. Actuar por derecho es actuar desde la propia libertad sin ser forzado:

El concepto de "derecho" se refiere a la acción, específicamente, a la libertad de acción. Significa que un hombre está libre de toda compulsión física, coerción o interferencia por parte de otros.

En consecuencia, para cada individuo un derecho es una sanción moral positiva de su libertad para actuar de acuerdo con su propio juicio, para el logro de sus propias metas, de acuerdo con su propia elección, *voluntaria y no sujeta a coerción.* (Rand, 2006)

Así definidos, los derechos individuales no asignan a persona distinta a su titular un deber o una involuntaria posición activa. Lo único que requieren para realizarse es una pasividad, un *no hacer*: “En cuanto a sus conciudadanos, los derechos de un individuo no les imponen obligación alguna, salvo de índole *negativa*: abstenerse de violar sus derechos” (Rand, 2006).

Entonces, Rand destaca los derechos, no como algo que otros deben proveerle a uno, sino como la libertad para que uno lo consiga por la propia acción, y en este punto manifiesta su admiración por la pericia conceptual de los Padres Fundadores de Estados Unidos de América:

El derecho de un hombre no incluye la materialización de ese derecho por parte de otros hombres; sólo incluye la libertad personal de lograr esa materialización a través del propio esfuerzo.

Obsérvese, en este contexto, la precisión intelectual de los "Padres Fundadores": hablaban del derecho a la *búsqueda* de la felicidad, no del derecho a la felicidad. Esto significa que un hombre tiene el derecho de realizar las acciones que considere necesarias para lograr su felicidad, pero no que otros deban hacerlo feliz.

El derecho a la vida significa que un hombre tiene el derecho de sustentar su vida por medio de su propio trabajo (en cualquier nivel económico, tan elevado como su habilidad se lo permita), no que los demás deban proveer a las necesidades de su vida. (Rand, 2006)

Alcanza esta altura, resulta conducente remarcar que para Rand no hay divorcio entre abstracción y hechos, entre lo moral y lo práctico. Las abstracciones se basan en los hechos, y *lo moral es lo práctico*. Por lo tanto, los derechos -afincados en los requerimientos del individuo para desarrollar su vida en la Tierra-, a los fines de realizarse correctamente, deben tener una certera implementación en el contexto social donde se adoptan. Esta función es cumplida por el *derecho de propiedad*:

El derecho a la vida es la fuente de todos los derechos, y el derecho a la propiedad es la única forma de implementarlo. Sin el derecho a la propiedad, no es posible ningún otro derecho. Dado que un hombre debe sustentar su vida por su propio esfuerzo, el que no tiene derecho al producto de su esfuerzo no posee los medios para mantener su vida. El hombre que produce mientras otros disponen del producto de su esfuerzo es un esclavo. (Rand, 2006)

Ahora se llega al momento en el cual Rand se diferencia de manera más notoria del resto de los autores: el *origen de los derechos*. El Objetivismo no aprueba al Iusnaturalismo deísta o teísta (que los derechos provengan de un creador del mundo o de un Dios personal), ni al Positivismo legal (que haya derechos solamente si las leyes los fabrican). Los derechos provienen de la propia *naturaleza del hombre*, definida por la *ley de identidad*:

La fuente de los derechos del hombre no es la ley divina ni la ley de Congreso alguno, sino la ley de la identidad. A es A, y el Hombre es el Hombre. Los derechos son condiciones de la existencia requeridas por la naturaleza del hombre para sobrevivir de manera adecuada. (Rand, 2006)

De modo que los derechos encuentran fundamento en los hechos que deben respetarse para que el individuo viva como tal y se haga cargo de su vida, y funcionan como protecciones para que lo precisado en aras de su despliegue no se vea entorpecido por intromisiones de fuerzas foráneas. El hombre, para vivir precisamente como hombre, tiene el derecho de iniciar aquellas acciones que le permiten sustentar y proteger su vida, produciendo, haciéndole frente a las adversidades, desarrollándose en los contextos que le toque transitar, sin ser coaccionado.

Continuando con la profesión de admiración por la Filosofía y los intelectuales que hicieron grande a Estados Unidos, Rand lo sitúa como el ejemplo histórico por excelencia de país donde se esbozó la visión adecuada que vincula los derechos individuales, la moralidad en que se basan, y el marco político adecuado para la vida en sociedad:

El logro más profundamente revolucionario de los Estados Unidos de América fue la *subordinación de la sociedad a la ley moral*.

El principio de los derechos individuales del hombre representó la incorporación de la moral al sistema social, como una limitación del poder del Estado, como la protección del hombre contra la fuerza bruta de lo colectivo, como la subordinación de la *fuerza* al *derecho*. Los Estados Unidos fueron la primera sociedad *moral* en la historia.

Todos los sistemas previos habían visto al hombre como un medio sacrificable en favor de los fines de los demás, y a la sociedad como un fin en sí misma. Los Estados Unidos consideraron al hombre como un fin en sí mismo, y a la sociedad, como un medio para una coexistencia pacífica, ordenada y *voluntaria* de los individuos. Todos los sistemas previos habían sostenido que la vida del hombre pertenece a la sociedad, que ésta puede disponer de él como le plazca, y que toda libertad

de la que goce sólo le ha sido concedida por gracia, por el *permiso* de la sociedad, que puede ser revocado en cualquier momento. Los Estados Unidos sostuvieron que la vida del hombre es suya por *derecho* (lo que significa: por principio moral y por su naturaleza), que un derecho es propiedad del individuo, que la sociedad como tal no tiene derechos y que el único propósito moral de un gobierno es la protección de los derechos del individuo. (...) (Rand, 2006)

Queda a la vista la conexión filosófica que establece Rand entre el goce de los derechos individuales y el Gobierno dedicado a funciones de protección. Tras poner el acento en los derechos, ahora resta consolidar dicha conexión profundizando en la concepción del Gobierno limitado como su garante.

III.1.B) El Gobierno limitado

En consonancia con lo visto en las líneas anteriores, Rand toma al pensamiento norteamericano -y su aplicación política- como modelo exitoso de Gobierno con poder limitado y dedicación a funciones protectoras y no violatorias de derechos. Gracias a la Revolución Americana y los instrumentos jurídicos que legó, el Gobierno dejó de ser visto como un *amo*, y pasó a ser visto como un agente puesto *al servicio* de la ciudadanía. He ahí el factor determinante para lograr una sociedad libre y civilizada:

La Declaración de la Independencia fijó el principio de que "los gobiernos se instituyen entre los hombres para asegurar estos derechos". Esto proporcionó la única justificación válida de un gobierno y definió su único propósito correcto: resguardar los derechos del hombre al protegerlo de la violencia física.

En consecuencia, se cambió la función del gobierno del rol de mandatario al de servidor. Fue instituido para proteger a los hombres de los criminales, y la Constitución fue redactada para proteger a los hombres del gobierno. La Declaración de Derechos no fue dirigida contra los ciudadanos, sino contra el gobierno, como una explícita declaración de que los derechos individuales sustituyen todo poder público o social.

El resultado fue un modelo de sociedad civilizada que los Estados Unidos de América casi alcanzaron por el breve período de aproximadamente ciento cincuenta años. Una sociedad civilizada es aquella en la cual la fuerza física está proscrip-ta en las relaciones humanas, una sociedad en la cual el gobierno, actuando como

policía, puede usar la fuerza sólo como represalia, y únicamente contra quienes iniciaron su uso. (Rand, 2006)

Las características de la sociedad civilizada, que hacen a un país libre y próspero, son la materialización política de la concepción ética que respeta a los individuos y sus derechos. El Objetivismo enseña que el modo adecuado de relacionarse entre miembros de la sociedad es la *lógica del comercio*: el intercambio voluntario de valor por valor para mutuo beneficio (Rand, 2006).

En este clima respetuoso de derechos, nadie tiene derecho a *iniciar* el uso de la fuerza contra otros para lograr sus fines. La utilización de la fuerza se justifica únicamente para *finés defensivos* y como *retribución* contra quienes iniciaron su uso (Rand, 2006). La norma de la civilización es el trato donde prima el *consentimiento*, lo que en términos jurídicos se traduce como acuerdos y contratos basados en la *autonomía de la voluntad* de las partes.

De acuerdo a las visiones coherentes e integradas de libertad individual, sociedad libre, intercambios voluntarios y proscripción del inicio de fuerza física, el Objetivismo consigna su teoría del Gobierno limitado como guardián de los derechos del individuo. Por ende, corresponde analizar cómo se aplican los mencionados principios en la configuración institucional del Gobierno.

Según Rand, si una sociedad fracasa en proporcionar a sus integrantes una protección organizada contra el uso de la fuerza, los obliga a estar permanentemente armados, y ello degenera en una guerra de pandillas y caos de leyes del hampa. Para evitar caer en tal situación donde lo vigente es la fuerza bruta, la reflexión lleva a afirmar que el “uso de la fuerza física, y aun su uso como represalia, no puede quedar al arbitrio de los ciudadanos individuales. La coexistencia pacífica es imposible si un hombre tiene que vivir bajo la constante amenaza de que cualquiera de sus vecinos desate la violencia contra él en cualquier momento” (Rand, 2006). Por lo tanto, es menester la organización, institucionalización y control del uso de la fuerza con fines protectorios bajo un criterio objetivo:

El uso de la fuerza como represalia requiere reglas de evidencia *objetivas* para establecer que se ha cometido un crimen y para *probar* quién lo cometió, así como también reglas *objetivas* para definir los procedimientos de los castigos y su aplicación. Los hombres que intentan castigar los crímenes sin ajustarse a tales reglas conforman una cuadrilla de linchamiento. (Rand, 2006)

De ahí surge la necesidad de contar con una institución que se encargue objetivamente de las reglas y los procedimientos que se requieren para garantizar el reconocimiento de los derechos particulares, y resolver en forma no salvaje las disputas que puedan suscitarse:

Para excluir la violencia de las relaciones sociales se necesita una institución que se encargue de la tarea de proteger los derechos de los hombres de acuerdo con un código de reglas *objetivo*.

Ésta es la misión de un gobierno (de un gobierno *justo*), su misión básica; es su única justificación moral y la razón por la cual los hombres necesitan un gobierno. (Rand, 2006)

Entonces, concordantemente con su propósito y la necesidad que viene a cubrir, el Gobierno es definido como “una institución que posee el poder exclusivo de *poner en vigor* ciertas reglas de conducta social en un área geográfica dada”. Es la manera que tiene la sociedad civilizada de conducirse con claridad, sin rebajarse a las guerras tribales, cuando ha de emplearse la fuerza: “*Un gobierno es el medio para mantener el uso de la fuerza física represiva bajo un control objetivo*, es decir, bajo leyes objetivamente definidas” (Rand, 2006).

El Gobierno tiene el monopolio del uso legal de la fuerza física, y Rand argumenta por qué ha de ser así, no solamente en relación a impedir que particulares inicien la fuerza contra otros, sino también respecto al delineamiento y control de sus funciones:

Debe retener tal monopolio, ya que es el agente que tiene que restringir y combatir el uso de la fuerza, y por esa misma razón deben definirse, delimitarse y circunscribirse rígidamente sus acciones, sin permitir que ningún antojo o capricho interfiera en su actuación; debería ser un robot impersonal, cuya única fuerza motriz fuera la ley. Para que una sociedad sea libre, es preciso que su gobierno esté controlado. (Rand, 2006)

¿Y cuáles son concretamente esas funciones que debe cumplir el Gobierno como entidad monopolizadora de la fuerza legal para estar a tono con su misión de resguardar los derechos individuales? Rand las categoriza y explica:

Las funciones propias de un gobierno se dividen en tres grandes categorías, todas ellas relacionadas con el uso de la fuerza física y la protección de los derechos del individuo: la *policía* para defender a los hombres de los criminales, *las fuerzas*

armadas para protegerlos de invasores foráneos, los *tribunales de justicia* para solucionar las disputas entre ellos de acuerdo con leyes objetivas. (Rand, 2006)

Así, con una institución monopólica de la fuerza dedicada exclusivamente a la función protectora de los derechos, a través de competencias definidas y encaminadas en una ruta clara, y sin lugar para arbitrariedades que la manden a la banquina, Rand redondea su concepción de Gobierno limitado; el tipo de Gobierno apropiado para una sociedad libre.

IV.1.- La moralidad y el Derecho de la mano

El Objetivismo no desentiende a la moral de sus elaboraciones sobre el Derecho y la Política. De hecho, por su jerarquización de las ramas de la Filosofía, el sistema político y el principio de los derechos individuales pueden entenderse y defenderse recién a partir de contar con una base ética que defina el código de valores necesario para que el individuo viva y se desarrolle en consecución de sus fines.

La ética objetivista, de neto corte *individualista*, propulsora del egoísmo racional, se encuentra lógica y coherentemente representada en los siguientes eslabones, donde se perfilan los derechos del individuo como libertades de acción, y el Gobierno limitado cuya exclusiva justificación es la defensa de esos derechos, resaltando el Capitalismo como el único sistema compatible con los requerimientos para que una sociedad pueda considerarse libre.

**SECCIÓN III. COMPETENCIAS
ADMINISTRATIVAS**

Capítulo 6: Poder de actuación del Estado

I.1.- Presentación

El presente capítulo se centrará en el poder de actuación del Estado: qué se entiende por el mismo, los enfoques desde los cuales puede analizarse, las condiciones de su ejercicio, y el marco dentro del cual se ejerce.

En los capítulos precedentes se aprovecharon las perspectivas históricas y filosóficas para entender los orígenes del poder estatal y su impacto respecto de los derechos individuales. Ahora, sin desligamiento del pasado, pero con la vista puesta en el presente, el propósito será efectuar el análisis jurídico tomando como punto de partida el Estado en su versión contemporánea, desde una perspectiva constitucionalista y administrativista que prepare el terreno para el tramo final de la tesis.

A los efectos de evitar una amplitud de contenido que desvíe el foco de atención que se pretende mantener, junto a las abstracciones se harán remisiones concretas al Estado y el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de otros ejemplos válidos que puedan suscitarse.

II.1.- Análisis de la acción estatal

La historia del Derecho, con su multiplicidad de teorías jurídicas, e incluso el pluralismo de miradas que habita en ellas, atestigua que no se ha elaborado un único modo de analizar el proceder del Estado, sea para explicarlo, sea para justificarlo. El Derecho Natural y el Positivismo Jurídico componen uno de los casos antagónicos que se ha tomado como ejemplo paradigmático de las contiendas metodológicas a la hora de evaluar lo que es y no es Derecho, y en caso de serlo cómo corresponde abordarlo.

En procuración de un aclaramiento conceptual para los apartados que vienen, se expondrá un enfoque abarcador de tres dimensiones de la capacidad estatal para alcanzar el

cumplimiento de su objetivo. A sabiendas de que ciertos autores se concentran solamente en la norma escrita, otros en la norma más su fundamento moral, e incluso algunos en la norma y de paso en la moralidad que -sin determinarla- permitió su generación, se escoge el siguiente método porque sus dimensiones pueden interesar tanto en el plano estrictamente positivo como en el axiológico.¹⁵

II.1.A) El enfoque tripartido de Germán Bidart Campos

El Dr. Germán Bidart Campos (1961) define al poder del Estado como la capacidad que este tiene para cumplir su fin. El análisis parte desde un triple enfoque: *valorativo*, alusivo al fin de justicia o bien común perseguido por el Estado; *real*, explicativo de la capacidad “fáctica” del Estado para hacer; y *normativo*, referente a la traducción en normas de las decisiones y programas del Estado para ejercer su poder y cumplir su fin.

En lo que sigue se tomará el triple enfoque para desarrollar el tema del poder del Estado de acuerdo al entendimiento y utilidad que aquí se le endosará.¹⁶

La parte valorativa se preocupa por la constatación de que el Estado ajuste sus actuaciones al cumplimiento de su declarado propósito: si tiene como objetivo lograr la paz social, mantener el orden, preservar la ley, e impartir justicia, que los actos emprendidos se canalicen con la intención de llegar a ese destino y no a otro.

Este enfoque se asocia a la *perspectiva moral*: el Estado presenta y representa una serie de valores que resultan deseables, los consagra en sus instrumentos fundacionales y fundamentales, y en ellos justifica su actuación tanto en medios como en fines.

La perspectiva realista tiene que ver con la acción estatal propiamente dicha. La ejecución en el plano material de los planes del Estado, lo que lleva a cabo, las plataformas que

¹⁵ Con justas razones un positivista versión extremada puede considerar en este punto que se ha tomado partido y se ha descartado su posición jurídica, ante la elección de un método que contempla dimensiones extras que a su corriente no le interesan, al menos en cuanto al rigor científico-jurídico. Mas la propia posición aún no se expone, si bien es cierto que el método a desarrollarse -y la interpretación que se le dará- pavimenta la ruta para esbozar una visión del Derecho cuya amplitud trasciende la norma escrita.

¹⁶ Se aclara preventivamente que se utilizará el enfoque de acuerdo al entendimiento aquí efectuado, ya que más allá de la introducción, en su desarrollo podría no coincidir el criterio de su autor, y en su aplicación podría no estar de acuerdo con las interpretaciones sobre casos concretos.

Por lo tanto, a los fines de dejar a salvo la letra de Germán Bidart Campos y distinguirla de las ideas propias en esta tesis, pero reconociendo que aquí no sería factible la elaboración de otro método sobre las mismas premisas ya que ello quitaría injustamente el mérito al mencionado autor de esbozar las bases empleadas, es que se identifica al creador metodológico y luego se asume responsabilidad propia por su desarrollo y aplicación.

utiliza, los medios que emplea, todo ello reunido en una visión que constata resultados reales, visibles, demostrables.

El enfoque se relaciona con la *perspectiva práctica*: el Estado dispone los vehículos necesarios, pertinentes y adecuados a cada caso para llevar adelante su voluntad jurídica.

Por último, la parte normativa alude a la juridificación de la acción estatal. Toda actuación y manifestación de voluntad del Estado se encuentra normativizada; no hay expresión del Estado que pueda válidamente vehiculizarse por fuera del Derecho por él mismo establecido.

Dicho enfoque propugna la *perspectiva legal*: el Estado es una persona de Derecho que actúa a Derecho, y siendo el garante de la normatividad y el encargado de reestablecer el orden jurídico allí donde ha sido violentado, sus manifestaciones siempre deben darse dentro de la legalidad que lo reconoce, lo mantiene y lo justifica.

II.1.B) Congruencia e incongruencia de la acción estatal

Una vez expuesto el método de análisis del poder estatal, se está en condiciones de analizar la *congruencia* o *incongruencia* en su actuación de acuerdo a los enfoques señalados.

Si un Estado actúa en consonancia con su fin de justicia, empleando medios legalmente habilitados que no dan lugar a nulidades por desaciertos o desproporciones, y en un todo acorde a la ley vigente, debe concluirse que ha tenido un modo de proceder congruente.

Por ejemplo, un vecino se queja de que su Municipio, a la hora de aplicar un plan de limpieza en lugares públicos, lo perjudica al dejar la basura recolectada fuera de contenedores en el frente de su casa. La Administración Pública hace lugar al reclamo del administrado reconociendo que se ha tomado una medida perjudicial en el contexto de realización del plan, ya que no previó el empleo de contenedores, y por la ubicación y tardanza en la recolección de la basura, el hogar particular se ve afectado por exposición a olores y contaminación. Por lo tanto, instruye a sus empleados y su equipo para corregir el perjuicio en el terreno de los hechos. Y todo su accionar para dicho caso, y el que a partir de allí se ejecuta, se ajusta a lo previsto en la ley de procedimiento administrativo vigente.

En dicho supuesto, se está frente a una Administración preocupada por el fondo y por las formas, por la legalidad, la adecuación práctica de los medios al objetivo del plan trazado, y la consecución del valor justicia traducido en el respeto por el derecho del administrado a ser oído, presentar prueba, y obtener un pronunciamiento acorde.

Ahora bien, si el Estado falla en uno o más puntos del triple enfoque, su actividad se verá indefectiblemente manchada por la incongruencia: porque no actúa de acuerdo al fin de justicia, porque no emplea los medios necesarios o adecuados para sus propósitos, o porque se mueve en contra o por fuera del ordenamiento jurídico.

Supóngase el caso de una Administración Pública cuyo propósito declarado sea el bien común pero que actúe para su propio bien en perjuicio de gran cantidad de administrados, al ocupar terrenos pertenecientes a particulares y protegidos por el derecho de propiedad, empleando para su cometido equipamiento militar que resulta excluyente y amenazante para civiles en un contexto alejado de un conflicto bélico, y que para ello se escude en ordenanzas o decretos sin preocupación por la existencia o inexistencia de una declaración de utilidad común avalada por ley y acompañada por previa indemnización para justificar las expropiaciones.

El ejemplo -que luce exacerbado en el marco de un Estado de Derecho, pero no lo es en regímenes autoritarios y totalitarios-, demuestra una Administración que detenta fines por fuera de los declarados, que por esos fines justifica los medios desacertados y desproporcionados que utiliza para lograrlos, y que se ve a sí misma como ama y señora por encima del ordenamiento jurídico que les aplica a sus súbditos.

En síntesis, de la tríada analítica examinada se obtiene una herramienta para analizar el poder del Estado, y también para entender la importancia de que el ejercicio de su capacidad para obrar esté debidamente encausado: que persiga la justicia respetando los derechos de los administrados, a fines de evitar la iniquidad; que posea y utilice los medios necesarios y adecuados para lograr el propósito, a fines de evitar lo inútil y lo incorrecto; y que el basamento de su acción esté conforme a Derecho, a fines de evitar la arbitrariedad y la ilegalidad.

III.1.- El Estado de Derecho

Si se habla de un poder estatal encausado, pesos y contrapesos, mecanismos de control, y garantías a los derechos ciudadanos, es porque ya se tiene una idea avanzada de límites al Estado, en comparación con lo que otrora era el ejercicio irrestricto de poderes públicos absolutos -o como mucho con un débil sistema de frenos susceptible de ser salteado o abolido con facilidad-.

La evolución jurídica de orientación liberal, atendiendo las preocupaciones generadas por los desbordes del poder y reconociendo la importancia de contar con protecciones a los derechos de los ciudadanos, se direccionó consecuentemente a postular una alternativa que

contemplara soluciones legales para dichas situaciones. Y así surgió la concepción del *Estado de Derecho*.

Lautaro Ríos Álvarez (1982) asocia su aparición a teóricos del Iluminismo y el Contractualismo, y a los acontecimientos revolucionarios que moldearon la configuración estatal en Norteamérica y Europa, destacando las modificaciones filosófico-políticas esenciales que trajeron aparejadas y que se reflejaron en la teoría jurídica:

... [El Estado de Derecho] debió formularse, no sin cierta prisa, como cédula de identidad de los estados nacidos bajo la inspiración de las ideas de Locke, Montesquieu y Rousseau y de los principios encarnados, por primera vez, en la Independencia de los Estados Unidos y luego en la Revolución francesa.

El cambio fundamental que entonces se produjo en la concepción del origen del poder; en la transfiguración del pueblo de "súbdito" en "soberano"; en la exaltación de la dignidad del ser humano. sus derechos y su igualdad esencial; y en el concepto de la autoridad puesta al servicio del hombre y sometida a la ley, reclamaba diferenciar a estos nuevos estados de los que pasaron a quedar como estados monárquicos, absolutistas, despóticos, autocráticos, de fuerza o de policía.

Friedrich Hayek (2017) ubica concretamente su origen teórico y terminológico a principios del siglo XIX, de la mano de los autores alemanes que escribían sobre el *Rechtsstaat* (luego traducido al español como Estado de Derecho).¹⁷ Junto al ideal del Constitucionalismo, los liberales situaron al Estado de Derecho como la meta a lograrse, con la vista puesta no meramente en el cumplimiento de la ley, sino en las defensas del individuo frente a la Administración:

...el movimiento liberal convirtió en objetivo básico la limitación del gobierno por la constitución, y especialmente la de todas las actividades administrativas mediante leyes cuyo cumplimiento incumbía a los tribunales.

Muchos de los razonamientos de los teorizantes germánicos de la época se orientaban explícitamente contra la «jurisdicción administrativa» en el sentido en que dicho término se aceptaba todavía en Francia; es decir, contra los cuerpos casi

¹⁷ En cuanto a lo terminológico, Hayek (2017) escribe que la palabra *Rechtsstaat* “parece encontrarse por vez primera, aunque difícilmente con su último significado” en la obra *Die Letzten Gründe von Recht, Staat, und Strale* de K.T. Welcker, donde se diferencian tres tipos de Gobierno: Despotismo, Teocracia y *Rechtsstaat*; y que luego fue el erudito Robert von Mohl quien “trabajó más para propagar la teoría de *Rechtsstaat*”.

judiciales dentro de la maquinaria administrativa, primariamente creados para vigilar la ejecución de la ley más bien que para proteger la libertad del individuo. (Hayek, 2017)

Acerca de la caracterización genérica del Estado de Derecho que habitualmente se ofrece, por el lado de los representantes públicos lo correcto es que la ley acompañe todos y cada uno de los pasos que dan en el marco de la entidad estatal a la cual regula. Para ser verdaderamente “de Derecho”, el Estado tiene que estar sometido al ordenamiento jurídico, cuyas previsiones son las vías mediante las cuales manifiesta su voluntad y procede según las competencias asignadas; y observar los mecanismos de control de la acción que permiten evaluar el desempeño y eventualmente demandar cambios allí donde se lo precise. De este modo, se contemplan desde las exigencias de Locke siglos atrás sobre “leyes conocidas y promulgadas”, hasta la más cercana en el tiempo rendición de cuentas. A su vez, por el lado de los ciudadanos, estos también quedan comprendidos en el marco normativo, y ejercerán sus derechos y facultades, como así también atenderán a sus obligaciones, de acuerdo a las instituciones que aquél consagre.

Las diversas definiciones que se han ofrecido sobre el Estado de Derecho suelen contemplar las características descriptas, amén de que se incorpore un número mayor según la perspectiva y alcance que se le da al concepto (por ejemplo, en lo atinente al Derecho Internacional y otras definiciones que todavía no se plasmaban al momento de nacer el concepto aludido). Así, en un Informe del Secretario General de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para el Consejo de Seguridad, se establece que:

El concepto de “Estado de derecho” ocupa un lugar central en el cometido de la Organización. Se refiere a un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal. (ONU, 2004)

Para Roberto Ruiz Díaz Labrano (2008), el Estado es “la sociedad jurídica y políticamente organizada, por medio de la estructuración del poder público para su ejercicio dentro de un territorio determinado”, y el Estado de Derecho es:

...aquél en el cual los gobernantes son electos por el procedimiento previsto con antelación en la ley y donde el sometimiento a la ley es el elemento distintivo y rasgo característico, la primacía de la ley se traduce en el principio fundamental de legalidad. Se sustenta además en el reconocimiento y protección constitucional de derechos fundamentales, y orgánicamente, en la división y equilibrio de poderes.

Pablo Marshall Barberán presenta una idea general del Estado de Derecho, y a partir de ella tres aproximaciones conceptuales que pueden realizarse. Como idea general, el Estado de Derecho efectúa una búsqueda que “va dirigida a limitar y restringir el poder del Estado en favor de la libertad de los individuos”. En una primera aproximación, se entiende al Estado de Derecho “como un Estado donde se respeta sin condiciones el Derecho vigente”, de modo que se garantiza la “seguridad jurídica y mantenimiento del *status quo*”. La segunda aproximación “permite entender al Estado de Derecho como contraposición al estado de fuerza (o de fuerza política)”, afirmando que “el Derecho debe primar sobre la política”; por lo tanto, el Estado de Derecho busca la conformación de un equilibrio que evite la excepción como estado de cosas totalmente político”, ya que cuando “la excepción está configurada, el Estado de Derecho no tiene ningún rol que jugar, en la revolución o el golpe de Estado”. Y la tercera aproximación sobre el Estado de Derecho indica que “si bien comparte supuestos institucionales con otros principios constitucionales, obedece a una lógica propia y busca la satisfacción de objetivos distintos”, por ejemplo respecto del principio de la democracia, ya que este justifica la ley y los derechos fundamentales como “canal y soporte de la expresión de la voluntad popular”, mientras que para el Estado de Derecho “son formas de limitación de la arbitrariedad del Estado mediante un procedimiento público de formación del Derecho y de la garantía de la autonomía individual, en uno y otro caso” (Marshall Barberán, 2010).

Se entienda como modelo, paradigma o principio constitucional, el Estado de Derecho exhibe unos caracteres que *legalizan, limitan y controlan el poder* de las entidades públicas que lo adoptan. Y como la Ciencia jurídica se ha preocupado por definir y sistematizar su accionar, los ordenamientos legales han establecido principios desde los cuales se explican, entienden y

justifican sus manifestaciones de voluntad. Es momento entonces de examinar principios que campean la actividad estatal en lo atinente al respeto por la legalidad y su control.

IV.1.- Principios regulatorios de la actividad estatal

Como sucede con otros términos que componen el vocabulario jurídico -una colección de por sí dinámica que va reflejando en su arsenal el paso de las épocas, la evolución de las palabras e incluso las transformaciones ideológicas-, hay distintas acepciones para el llamado *principio*.

Rafael Bielsa (1961) puntualiza lo que *no constituye un principio* desde la dogmática jurídica: “Un principio de derecho no es una simple moción o modo de pensar sobre una cuestión. Él debe tener una *base jurídica*, racional, histórica en muchos casos. Una actitud o parecer, aunque se justifique por motivos de oportunidad no es un principio”. Bajo esta óptica, no debe confundirse el principio -que goza de cierta permanencia en su direccionamiento- con disposiciones de carácter transitorio que responden a necesidades o conveniencias momentáneas pero que no son la regla en el sistema jurídico.¹⁸

López Olvera (2016) define los principios y los distingue de las reglas de derecho:

Los principios o valores representan proposiciones jurídicas o directivas, pero no tienen un desarrollo normativo; es decir, el principio es más bien un criterio fundamental en sí mismo, que marca, de alguna manera, el sentido de justicia de las normas jurídicas.

La distinción que aclara más las relaciones que median entre ambos [principios y reglas de derecho] es la que considera a los principios como conceptos o normas fundamentales y abstractos, hayan sido o no objeto de una formulación concreta, y a la regla, como la locución concisa y sentenciosa que sirve de expresión a un principio jurídico.

Dado el carácter fundamental de los principios, se deriva una *relación de jerarquía* entre ellos y las reglas, según la cual la regla que atiende a la solución del caso concreto no puede hacerlo en contradicción con lo fijado por los principios. Y para el caso en que un principio de

¹⁸ No confundir en este caso la permanencia del principio en el direccionamiento al cual provee, con el carácter atribuido por algunos autores de *dinamismo potencial*, en el sentido que aporta soluciones por referencia a su formulación en el contexto de un Derecho en constante evolución, cuyas reglas jurídicas no siempre pueden atender de manera inmediata a los nuevos casos que se suscitan en el tiempo.

Derecho sea receptado en la ley, el autor alega que “prácticamente ya no es principio como fuente supletoria: es precepto legal” (López Olvera, 2016).

En cuanto a la relación de los principios con la generalidad del ordenamiento jurídico, López Olvera explica:

Los principios que informan el propio sistema legal están implícitamente contenidos en el mismo; aplicarlos es aplicar el espíritu de las leyes, y ello es aplicar las leyes mismas, que de espíritu y letra se componen. Los principios de la ley, afirma Mans Puigarnau, entran inmediatamente en vigor con la propia ley. (López Olvera, 2016)

En base a lo visto y de acuerdo a las consideraciones que resultarán de utilidad para este trabajo, en las líneas siguientes se emite el entendimiento que se le dará a los principios en general y como concepto jurídico aplicable a los temas abordados.

Los principios son formulaciones abstractas generales que resultan orientadoras e indicativas de un curso de acción a seguir. En el ámbito del Derecho, los principios en tanto directivas pueden o no estar concretizados en la norma jurídica, pero independientemente de ello constituyen pautas vigentes a las cuales hay que remontarse para interpretar el sentido de las reglas; evaluar la conducta de quien actúa dentro o fuera de la esfera de dichas reglas (e interpretar en relación a aquellas pautas los casos controversiales); y entender el direccionamiento del orden jurídico.

En este apartado se estudiarán los principios que, teniendo o no teniendo formulación explícita en el ordenamiento jurídico, refieren a la comunión existente entre la conducta estatal y el marco legal; y cuya observación resulta obligatoria tanto para el Estado en su completitud como para la Administración Pública en particular.

IV.1.A) Principio de legalidad

La historia del *principio de legalidad* se encuentra íntimamente conectada con el advenimiento del Estado de Derecho y los esfuerzos de la teoría liberal por fiscalizar y subordinar la conducta estatal a la ley vigente. Vignolo Cueva, referenciando la obra de Juan Alfonso Santamaría Pastor, remonta su origen hasta la época en cuestión:

El principio de legalidad, manifestación más arraigada y principal del Estado de derecho, surgió de la confluencia de dos postulados liberales creados durante los siglos XVIII y XIX. En primer lugar, era urgente la expulsión de la arbitrariedad de los modelos políticos posrevolucionarios, y esto sólo podía lograrse desde el señorío de la ley que desterrase la nuda voluntad de un sólo hombre. Se buscó entonces que el sistema de gobierno basado en las decisiones subjetivas del príncipe absolutista y de sus agentes sea cambiado por un régimen general, objetivo, igualitario y previsible. Adicionalmente, se trasladó el centro de gravedad de la soberanía hacia el pueblo y sus representantes democráticamente elegidos, modificación sustancial que supuso la implantación de la vinculación obligatoria de todos los representados al producto normativo creado por estos mandatarios del soberano: la ley. (Vignolo Cueva, 2011)

Entonces, para suprimir los riesgos generados por la arbitrariedad y el poder absoluto, se edificó una directiva de *sujeción del Estado al imperio de la ley* (obligación también imperante sobre la ciudadanía bajo su jurisdicción).

Interpretado de manera literal y/o restrictiva, el principio de legalidad es precisamente la proposición jurídica que sujeta toda acción u omisión del Estado, ejecutada por cualquiera de las personas de carácter público que lo componen, a las determinaciones surgidas de la ley.

Ahora bien, sucede que, con los avances de la Ciencia jurídica y su respectiva técnica, los conceptos se han ido puliendo para expresar de manera más fiel los hechos de la realidad. Y estos indican -de acuerdo a concepciones difundidas y aceptadas en la elaboración de marcos legales que responden a las exigencias del Estado de Derecho- que los Estados y las Administraciones Públicas no responden solamente a la ley *strictu sensu*, es decir, una norma general emanada del Poder Legislativo. Las previsiones legales a las cuales las conductas públicas deben adaptarse son más numerosas y sus fuentes más diversas. Por ello, ciertas doctrinas dictaminan que se ha hecho necesario ampliar la interpretación del añejo principio de legalidad, o directamente formular un principio abarcador de todo el espectro jurídico al cual se somete la conducta pública.

En atención a las renovadas consideraciones sobre el principio de legalidad, se pronuncia Agustín Gordillo (2015):

El principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de la administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente ha de ser de carácter general. Se trata, desde luego, del sometimiento

en primer lugar a la Constitución y a la ley del Poder Legislativo, pero también al resto del ordenamiento jurídico, por ejemplo a las normas reglamentarias emanadas de la propia administración, lo que ha sido dado en llamar el “bloque de la legalidad” o principio de juridicidad de la administración.

Esta amplitud normativa cuya observancia es exigible para la emisión de actos por parte del Estado, es lo que motiva a formular el principio de juridicidad, que será tratado en los renglones siguientes.

IV.1.B) Principio de juridicidad

La primera formulación del *principio de juridicidad* a ser considerada es la de Adolf Merkl (1935), que consiste en vincular un precepto jurídico con una determinada actuación estatal, el primero haciendo posible u obligatoria la segunda, de modo que el Estado debe obrar con la intención de cumplir lo signado por el precepto.

Específicamente en lo administrativo, una acción de la Administración es considerada como acción de Estado cuando se encuentra legitimada por el precepto jurídico que la prevé. A los efectos de satisfacer el principio, alcanza con la existencia de una norma que autoriza una acción administrativa de interés general, y que atribuye competencia a quien la ejecuta. Ante la inexistencia de la norma o extralimitación de competencia de quien actúa, no se configura una actuación en calidad de órgano del Estado (Merkl, 1935).

Para Estévez Araujo (1990), la relación entre Administración y Derecho planteada por Merkl adolece de puntos débiles:

De acuerdo con este planteamiento, no sería posible hablar en ningún caso de una actuación ilegal del Estado. Y esa es una consecuencia, cuando menos, chocante. Por otro lado, hay que tener en cuenta que las decisiones de las personas dotadas de autoridad jurídica se presuponen válidas en principio. Sólo después de ser examinadas por un órgano de control pueden ser declaradas ilegales. Por tanto, durante un cierto lapso de tiempo tales decisiones ilegales son imputadas al Estado. Pueden incluso serle imputadas con carácter definitivo -cuando no son recurridas, p. ej.-. Esta imputación al Estado de actos ilegales resulta imposible de explicar desde los planteamientos de Merkl.

La primera objeción encuentra asidero en la crítica a los presupuestos para que una acción sea reputada como acción de Estado. Si el Estado no actúa de acuerdo a una atribución de competencia por un precepto legal, o se extralimita en su competencia, su ejercicio no califica como una acción de Estado; de ahí la peligrosidad de no poder declarar nunca la ilegalidad en la conducta del Estado puesto que no se configura la acción con su sello. La segunda objeción apunta al bache temporal entre la conducta del Estado y su ulterior declaración de invalidez. No hay una tachadura *ipso facto* a una conducta ilegal del Estado; ello depende de un procedimiento que consume tiempo. Por lo tanto, si el Estado actúa sin competencia o extralimitándose de la misma, y no se puede configurar una acción de Estado, y la declaración de ilegalidad aparecerá eventualmente luego del procedimiento pertinente, habría que analizar si la conducta de marras queda en un limbo, o huérfana de autoría, o procede una imputación personal a quien la ejecutó sin recaer la responsabilidad en el Estado. Y aun en el caso de que luego se concluyere un procedimiento destinado a declarar la conducta como ilegal, esta nunca podría reputarse como acción de Estado en primer lugar, ya que no respetaba la existencia o los límites de la competencia.

Más allá de las objeciones que pudieren hacerse a la primera formulación, el principio de juridicidad evolucionó como sujetador de la conducta estatal y administrativa, hasta ser visto como una directiva más abarcadora que el principio de legalidad en el sentido ya expuesto: una sujeción no solamente a la ley, sino al Derecho como un todo, en sus distintas manifestaciones. Incluso hay quien emplea el principio para explicar la actuación jurídica del Estado también en el formato amplificado de las versiones posteriores al originario Estado de Derecho. Así explica Reyes Riveros (1998) la actualización del concepto de juridicidad:

La inclinación que se advierte hoy en día es la de emplear el término juridicidad y no el de legalidad (...).

El vocablo legalidad conduce a la ley -quizá sobre la base de la concepción primera del Estado de Derecho: el Estado Legal de Derecho-, y en verdad, la sumisión del Estado no es solo a la ley, sino al Derecho que comprende diferentes órdenes jurídicos, involucra la supremacía normativa y especialmente constitucional y todavía los principios generales del Derecho, lo que además armoniza con la concepción del Estado Constitucional y Social de Derecho.

Otros autores piensan que el principio de legalidad queda inserto en el más amplio principio de juridicidad, y que ya no corresponde hablar del primero, puesto que ha sido superado

por el segundo en función de los efectos sustantivos o de fondo que se le reconocen a las constituciones de los Estados de Derecho. En palabras de Nicolás Enteiche (2020):

El principio de legalidad existió en un tiempo en que las leyes no coexistían con Constituciones de contenido sustantivo.

(...) Hoy en día, fruto de la sustantividad de las Constituciones, esta idea ya no rige, las Constituciones determinan derechos, y en caso que estos derechos sean desconocidos o desoídos por la Administración del Estado, la Carta Fundamental prevé las vías mediante las cuales los tribunales pueden restablecer el imperio del derecho.

Por ello hablar hoy en día de legalidad, y no de juridicidad, no es lo correcto.

Sin perjuicio del debate histórico-jurídico entre los modelos de Estado en función de su pertinencia y eficacia (lo cual atañe a este trabajo, pero no es su objeto específico), y del *ap-proach* en base a los efectos sustantivos de la ley suprema, interesa especialmente el acento puesto en la sumisión del Estado al Derecho en sentido amplio -referido a todas sus fuentes-, lo cual es el significado presente atribuido al principio de juridicidad. Ello se corrobora, además de consultando los trabajos doctrinarios, en el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, cuya entrada relativa al principio de marras dice:

Concepción de las relaciones de la Administración con la ley que implica que aquella no solo está sometida a la ley, sino al derecho, noción más amplia que incluye normas superiores e inferiores a la ley, supranacionales y estatales, además de implicar también sometimiento a los principios, valores y garantías de los derechos y libertades” (Real Academia Española, 2020).

Sea que se amplíe la interpretación del principio de legalidad, sea que se utilice el ulteriormente creado principio de juridicidad,¹⁹ la conclusión es que la conducta del Estado en general y de la Administración en particular se debe al Derecho y no simplemente a la ley.

¹⁹ El debate doctrinario sobre el principio de legalidad y el principio de juridicidad se extiende al menos sobre tres puntos.

El primero versa sobre el significado de cada uno en relación a la sujeción del Estado al ordenamiento jurídico, cuestión que ya ha sido atendida en párrafos precedentes distinguiendo la ley y el Derecho en su totalidad.

El segundo punto, una vez definido el anterior, es cómo utilizar y manejar terminológicamente los principios. Algunas posiciones suman al principio de legalidad el contenido del principio de juridicidad, y lo entienden en su versión amplia, como si significaran lo mismo, manteniendo la expresión “legalidad”. Así, una Enciclopedia jurídica define al principio de legalidad como el que “rige todas las actuaciones de las Administraciones públicas sometiéndolas a la ley y al Derecho” (enciclopedia-juridica.com, 2020). Otras posiciones como la de Enteiche

V.1.- Acto Administrativo

El acto administrativo fue una conceptualización vital en la formulación del Derecho Administrativo desde sus primeros tiempos. Julián Besio Moreno (2019) rastrea su origen y significado original a los principios jurídicos implementados en Francia a partir de la Revolución, tendientes a fortalecer la Administración, la gama de asuntos que quedaban bajo su competencia, y la correlativa exclusión de la competencia jurisdiccional:

...la noción primigenia de este instituto fue muy distinta a la actual. Esto se debe a que, como se dijo, su función era la de ser una técnica jurídica al servicio de la Revolución y, en especial de la nueva y poderosa Administración, por lo que debía ser lo suficientemente flexible como para poder incluir dentro de su brazo protector la numerosa y disímil actividad administrativa.

Otto Mayer señala que la primera referencia al acto administrativo se realiza en la tercera edición del *Repertorio de Jurisprudencia* de Merlin, en 1812, el cual es una reedición a la primera publicación que había comenzado a elaborar Guyot en 1784. En ella, se define al acto administrativo como: “*un arrêté, une décision de l'autorité administrative, ou une action, un fait de l'administration qui a rapport à ses fonctions*” [“una orden, una decisión de la autoridad administrativa, o una acción, un acto de la Administración que se relacione con sus funciones”].

Como se observa, esta primera conceptualización entiende al acto administrativo tanto como declaración (aproximación moderna del instituto), así también como simple acción, e incluso como hecho de la Administración. Esta amplitud del concepto se explica, lógicamente, por cuanto la intención del instituto era intentar subsumir la mayor cantidad de conductas de la Administración dentro de una única categoría que excluyera a la competencia jurisdiccional.

subsumen el principio de legalidad en el de juridicidad y mantienen la denominación de este último. En los papeles doctrinarios de Argentina se suele hablar tanto de juridicidad como de legalidad; a veces en la misma rama administrativa, a veces usando juridicidad en el Derecho Administrativo y legalidad en otra rama -por ejemplo, el Derecho Tributario-.

El tercer punto tiene que ver con otras acepciones que reciben cada uno de los principios. Algunos autores sostienen que legalidad alude a la correlatividad que hay entre normas inferiores y la norma superior de un país (Constitución Nacional), y juridicidad a la aplicación normativa que guarda correspondencia con los principios supraconstitucionales -instrumentos del Derecho Internacional Público- (Arvizu Galván; Bello Gallardo; Vázquez Avedillo, 2017).

Señalando la definición de Julio Rodolfo Comadira y explicando la posterior utilidad del instituto, Oscar Álvaro Cuadros (2009) enseña el evolucionado significado que adquirió el acto administrativo, y su modo de atar la función administrativa a la juridicidad:

...tanto histórica cuanto contemporáneamente, la teoría del acto administrativo ha servido para delimitar el ejercicio de la función administrativa, demarcando fronteras de legalidad a la gestión del poder estatal por parte de la Administración pública.

(...) el acto administrativo –definido [por Comadira] como “toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante,²⁰ productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros”– no es sino un acto jurídico constreñido por ciertos límites formales impuestos al ejercicio del poder en función administrativa.

El *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales* de Manuel Ossorio (2000), a su vez, ofrece la siguiente definición del acto administrativo: “La decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, toma la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas”.

Generalmente, los elementos del acto administrativo se sintetizan en: *expresión de voluntad* de la Administración en consonancia con las normas que la rigen; *motivación* que indique la razón y justificación de la actuación en determinado sentido; *adecuación proporcional* entre medios y fines para conseguir resultados razonables; y *forma* que lo exteriorice de manera inequívoca a fines de ser conocido y comprendido por aquellos sobre los cuales repercutirán los efectos jurídicos generados.

En el Derecho Administrativo contemporáneo, la teoría del acto administrativo se entiende siempre en relación al principio de juridicidad, sujetador de la actividad administrativa a la generalidad del marco normativo. Por lo tanto, todos sus elementos deben presentarse en concordancia con lo exigido por el Derecho. Esta adecuación de elementos del acto administrativo al Derecho es retratada por Javier Cuellar Silva y José Luis Rangel Núñez (2016):

²⁰ El Dr. Cuadros, así como otros doctrinarios contemporáneos, cuestionan el régimen exorbitante -otrora no desafiado- del Derecho Administrativo, las potestades que le confiere a la Administración, y los efectos jurídicos desiguales para el Estado y los particulares que a partir de allí se pueden producir. En estas líneas se considera un síntoma saludable que al menos algunos teóricos del Derecho pongan en tela de juicio los privilegios que detenta la Administración respecto de los administrados.

...cada uno de los elementos de validez y eficacia de los actos administrativos encuentran un fundamento axiológico en uno o más de los elementos de la noción legitimadora de la Constitución y la ley, como fundamento filosófico y epistemológico.

La competencia, como estudiamos, exige para garantizar que quien dicta el acto sea la persona que este investido de la función de hacerlo. La causa para que la ordenación sea dictada en los supuestos para los que se habilitó a dictar el acto y sea razonable para lograr el bien común. El objeto para que haya una ordenación que busque promover armónicamente el bien común.

El procedimiento y la finalidad, para que la ordenación sea razonable a fin de lograr el bien común. La motivación, para garantizar la existencia de una ordenación y de un adecuado conocimiento de las razones por parte de quien debe acatar el acto. La forma, para que exista materialmente una ordenación que acatar. La notificación y la publicación, finalmente, garantizan la promulgación de la ordenación.

El acto administrativo ha sido entendido como garante de mayores potestades de la Administración respecto de otras entidades estatales, así como una teoría que asegura la juridicidad en la función administrativa impidiendo su desborde. Aquí se considera que, entendido como una expresión de voluntad de la Administración donde todos sus elementos deben manifestarse de acuerdo a las delimitaciones del Derecho, el acto administrativo tiene que contribuir a la *claridad y transparencia* de la función administrativa, no a una concentración de poder en disputa con otros órganos estatales.

VI.1.- Accountability

La tendencia a controlar la actividad estatal-administrativa, tomando como base el Estado de Derecho, no se ha quedado en la enunciación y aplicación efectiva de los principios de legalidad y juridicidad, ni en la teorización del acto administrativo. Del planteo de un modelo de Estado legalizado, a la verificación de principios de sujeción de las actuaciones al Derecho, y pasando por requisitos de validez del acto ejecutado en ejercicio de sus competencias, se ha crecido hacia la instalación de instituciones determinadas con el objeto de fiscalizar la conducta estatal.

El control efectivo al poder, oriundo de la tradición británica y con mejor recepción en Norteamérica que en América Latina, ha transitado un largo camino hasta llegar a una de sus más recientes manifestaciones: *accountability*.

VI.1.A) Definición general

Según Valencia Tello y Karam de Chueiri (2016):

En el mundo anglosajón se utiliza el término *accountability* para referirse a esa preocupación constante sobre las limitaciones y restricciones al poder, utilizando controles y contrapesos dentro de los ordenamientos jurídicos para impedir que el poder esté concentrado o fuera de supervisión por parte de la mayoría. El concepto político de *accountability* no tiene una traducción específica en español y por ello, a veces se traduce como control, rendición de cuentas o fiscalización.

Para las autoras, a los efectos de mantener la salud democrática, el hecho de exigir a los representantes públicos las pertinentes explicaciones sobre el ejercicio de sus funciones tiene tanto peso como el derecho a elegirlos:

La democracia como forma de gobierno se sustenta en dos ideas fundamentales a nuestro entender: la primera, la elección libre y autónoma de los gobernantes por periodos de tiempo; y la segunda, no menos importante, la obligación de los agentes públicos de rendir cuentas sobre sus decisiones y acciones asumiendo la responsabilidad ante los ciudadanos. (Valencia Tello, Karam de Chueiri, 2016)

A modo general, a los conceptos de *accountability*, rendición de cuentas y control, los definen como “la existencia de una relación de poder entre una persona que tiene la obligación de informar y explicar sobre sus acciones y decisiones a otra persona, quien, a su vez, tiene el derecho de exigir explicaciones e imponer algún tipo de sanción por un comportamiento inadecuado” (Valencia Tello, Karam de Chueiri, 2016).

VI.1.B) Tipos de control de la Administración

Respecto del control de la Administración Pública específicamente, Valencia Tello y Karam de Chueiri (2016) sostienen que este incluye “toda actividad de verificación sobre la gestión pública, con la finalidad de corroborar el cumplimiento de las normas aplicables y la

realización de objetivos y programas previamente planificados especialmente en el poder ejecutivo”. Este control está compuesto por dos tipos complementarios: el interno y el externo. El *interno* “permite a la entidad verificar el cumplimiento de las normas aplicables y la realización de objetivos previamente propuestos en los diversos equipos de trabajo”, y funciona como una “forma de autolimitación, auto-gestión y auto-control, con la finalidad de dar coherencia y previsibilidad a las diferentes actividades que se desarrollan día a día”. El *externo*, a su vez, “es un control realizado por una entidad competente del más alto nivel de gobierno para verificar el cumplimiento de normas y objetivos, al velar por el buen manejo de los recursos públicos y el cumplimiento de la misión institucional por parte de otras entidades públicas” (Valencia Tello, Karam de Chueiri, 2016).

Las instituciones que normalmente se crean para cumplir las funciones de control son Tribunal de Cuentas, contralorías, contadurías y auditorías. Lo importante es que mantengan un perfil técnico, gocen de autonomía en su actuación, y no sean víctimas de estorbos y arbitrariedades políticas. La fiscalización debe responder a parámetros objetivos y transparentes que determinen el buen o mal uso de recursos y la pertinencia o impertinencia de las conductas seguidas; y no a subjetividades provenientes de intereses políticos y sectoriales con intenciones de traficar influencias.

VII.1.- Conclusión del capítulo

De acuerdo a lo expuesto, relativo a la actuación estatal-administrativa y su fiscalización, y en seguimiento del triple enfoque referenciado, corresponde efectuar una apreciación en consonancia con las exigencias del Estado de Derecho como modelo adecuado para una Administración saludable, y de los principios e instituciones que se han formulado para asegurarlos.

En el aspecto valorativo, el poder estatal debe encaminarse al cumplimiento del proclamado fin de justicia, para lo cual se requiere que esté efectivamente limitado y que se reconozcan los derechos ciudadanos. Es la manera de prevenir desbordes y abusos de autoridad. Si no existe tal meta y tales frenos, el Estado no tiene una *razón de ser moral* válida, y se convierte en una mera máquina de expoliación, redistribución y opresión.

En el aspecto fáctico, el ejercicio material de las funciones estatales tiene que ajustarse proporcionalmente a lo prescrito por el ordenamiento jurídico, con adecuación de medios e idoneidad ejecutiva. Caso contrario, se producirá la inaceptable comisión de irregularidades e

ilegalidades en el intento de cumplir con legalidades, lo cual viola la *razón de ser práctica* del Estado.

Finalmente, en el aspecto normativo, en cumplimiento de la *razón de ser jurídica* del Estado, las reglas deben apuntalar la institucionalidad y eliminar las posibilidades de acciones y resoluciones arbitrarias, para que los individuos gocen de previsión y seguridad jurídica, y no queden a merced de los antojos del administrador.

La contemplación de los tres aspectos resulta promisorio de una Administración ordenada en el marco de un Estado de Derecho respetuoso y no por encima de las reglas. En refuerzo de tal expectativa, el Derecho ha crecido tanto en identificación de principios como en elaboración de instituciones para fiscalizar la acción estatal-administrativa.

Los principios de legalidad y juridicidad brindan una referencia sobre lo que requiere el Estado para que su conducta sea válida: la plena e inexcusable observación del Derecho. Leyes, normas, preceptos, están para cumplirse por parte de las autoridades, ya que así pueden justificar y sostener su actividad en el ordenamiento jurídico. Caso contrario, se cae en la incongruencia e incoherencia del que hace las reglas pero no las cumple, el que se ajusta a un sistema que soporta su existencia pero cuando quiere lo abandona, el que dice representar a quienes administra pero les impone normas que a conveniencia propia decide saltarse. Para evitar lo inaceptable, los principios sirven de brújula que ha de llevarse siempre, por más familiar que resulte el mapa del terreno.

A ello hay que sumarle la teoría del acto administrativo, cuyos elementos buscan atar la acción estatal a la juridicidad y evitar una manifestación de voluntad por fuera de los estándares adoptados. El cuidado de los asuntos de fondo en la actividad administrativa va acompañado del cuidado en las formas exigibles dentro de un orden jurídico serio.

Y finalmente, para no reposar en abstracciones o en pedazos de papel con letra muerta, el andamiaje institucional exige operatividad, realización efectiva, y para ello se requiere poner en acción lo proclamado. A ello apunta el funcionamiento de *accountability*: instituciones vivas con operadores idóneos realizando un fino escrutinio sobre la actividad estatal, y exigiendo y reclamando que quienes ejercen el poder den cuenta de sus actos.

Valorativa, fáctica y normativamente, el Estado debe ejercer sus funciones de acuerdo con las pautas y formas adecuadas a un saludable marco institucional. El Estado de Derecho es el modelo que satisface los requerimientos para que la acción se ejecute debidamente. Los

principios y teorías adherentes brindan la orientación a seguir. Y los controles objetivos a las actuaciones garantizan la continuidad del buen andar y la corrección de los desvíos.

Capítulo 7: Competencias regladas y discrecionales de la Administración Pública

I.1.- Presentación

Es el turno de meterse de lleno con un tema fundamental de la tesis para el cual los anteriormente desarrollados sirven de introducción, antecedentes y contextualización: las competencias de la Administración Pública.

El orden expositivo será el siguiente: primero se tratarán de forma general las competencias administrativas, luego concretamente las competencias regladas y discrecionales, y por último se abordará la distinción entre el ejercicio de la competencia administrativa y la arbitrariedad.

II.1.- Competencia administrativa

La *competencia jurídica*, en un sentido general, es una facultad conferida por el ordenamiento jurídico para realizar un determinado tipo de actuación en el marco del propio ordenamiento.

La *competencia administrativa* resulta una especificidad dentro del concepto general, alusiva a la facultad que puede o debe ejercer un órgano administrativo. García-Trevijano la define como un “conjunto de facultades, de poderes, de atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación con los demás”, y González Pérez y González Navarro agregan que es una “facultad irrenunciable de emanar actos jurídicos atribuidos por la norma jurídica a un órgano administrativo” (Real Academia Española, 2020). Por su parte, De la Morena y De la Morena (1978) amplía el concepto:

“...atribución de poder concreto conferido por una norma a un determinado órgano para que, en cumplimiento del deber de realización del Derecho que le es

impuesto, y utilizando al efecto los medios personales y materiales con que se lo dota, decida, en los distintos supuestos contemplados por la norma -y sólo en ellos- de acuerdo con el procedimiento en cada caso establecido, lo que, por ser la voluntad o fin querido por el ordenamiento en relación con los distintos asuntos objeto de su regulación, ante todos debe valer y a todos debe vincular”.

Con dichas definiciones en mente, resulta conducente el desglose de la competencia administrativa para obtener un mayor entendimiento de los componentes constitutivos.

II.1.A) Elementos configurativos

Se extraen aquí los elementos de la competencia que deben estar presentes a los fines de su efectiva configuración. Sin seguir necesariamente un orden jerárquico sino meramente expositivo, se cuentan los siguientes: *poder* asignado -facultades, atribuciones, capacidades de actuación-; *órgano competente* -la entidad administrativa a la que se le asigna el poder de actuación-; *norma* que atribuye la competencia -parte del ordenamiento jurídico que ordena el reconocimiento de competencia-; componente, según De la Morena y De la Morena (1978), *apoderativo o habilitante* -la atribución del poder concreto o *concretable*-; *imposición* de realizar el Derecho -el deber a cumplirse para el cual se otorga el poder-; *medios* personales y materiales -dotación física y jurídica para cumplir lo atribuido-; componente *decisional* -donde corresponda, aplicación de criterio para optar entre supuestos legales avalados por el orden jurídico-; componente *finalista* -lo querido, buscado y establecido como objetivo por el ordenamiento-; *lo regulado* -aquellos aspectos normados a los cuales apuntan los fines deseados-; *validez* -producción de efectos jurídicos de acuerdo a lo normado y actuado en relación al aspecto objeto de regulación-.

II.1.B) Ampliación de legalidad

Monti (2005) escribe sobre un fenómeno del presente llamado legalidad encargo, que impacta sensiblemente en la ampliación de competencias, y se encuentra asociado a las atenciones sociales dispensadas por el Estado, consistente en “...una ampliación de la legalidad cuya consecución deben perseguir los entes estatales en consideración de las necesidades más o menos acuciantes de la sociedad en un determinado momento histórico, económico y social”. Esto se percibe en ciertas decisiones judiciales que instruyen a la Administración Pública a

obrar de tal o cual manera -por ejemplo, en el ámbito de la salud, la obligación de suministrar tratamientos médicos a pacientes por falta o insuficiencia de atención de prestatarias privadas-. Lo cual lleva a decir a la autora:

En algunos casos existe norma atributiva de competencia, en otros no, y ello no obsta a la concesión de medidas judiciales, porque se trata del cumplimiento de funciones esenciales del Estado (...). Las carencias económicas y laborales de la población, su pauperización, conducen a ampliar la obligación de actuar de los órganos estatales. (Monti, 2005)

Cuando se trata de funciones estatales percibidas como esenciales que la Administración no puede dejar de cumplir ni postergar, y en atención a un contexto de vulnerabilidad en la población -en razón del cuidado de la salud, la situación económica, o supuestos similares que indiquen carencias, urgencias o necesidades dignas de atención-, se produce una ampliación de la legalidad, allí donde no hay norma específica atributiva de competencia a un órgano administrativo, mediante la emisión de una resolución judicial que habilita y obliga a determinadas personas públicas estatales a actuar jurídicamente -y en su caso suministrar bienes materialmente- en favor de la población que se encuentra padeciendo las circunstancias menesterosas.

En todo caso, no puede considerarse que desde el Poder Judicial *se crea* una competencia a ser ejercida por la Administración vía sentencia, lo cual heriría gravemente al principio constitucional de división de poderes. El fenómeno de la legalidad ampliada, de ocurrir según lo descrito, a lo sumo, *impone una actuación concreta* mediante resolución judicial ante falta de norma atributiva específica, pero dentro de un ámbito de actuación previamente asignado a la Administración según el esquema estatal en el cual ejerce sus facultades competenciales. Siguiendo el ejemplo anterior, la resolución judicial ordena la entrega de medicamentos por parte de la Administración a pacientes en necesidad, pero previamente la Administración ha asumido como ámbito de su competencia la Salud Pública.

Sin ánimo de entrar en la discusión sobre la pertinencia o impertinencia de dichas sentencias judiciales -lo que también llevaría a tratar en este punto la pertinencia o impertinencia de los ámbitos de competencia de la administración, tema que viene más adelante-, a partir de aquí se abordará la ya anticipada clasificación de las competencias administrativas en regladas y discrecionales.

II.1.C) Clasificación competencial en reglada y discrecional

La intención en este apartado es introducir el tema específico de las competencias regladas y discrecionales, sin perjuicio de que en lo sucesivo se traten detenidamente otros aspectos concernientes a ellas.

A la usanza de los demás conceptos jurídicos examinados, las competencias de marras varían en entendimiento, incluso en nominación, de acuerdo a los autores y los momentos históricos en los que estos escriben, amén de coincidencias basales que permiten decir que se habla de los mismos institutos -evolucionados, pero no transfigurados en algo extraño al sentido general-.

La distinción entre los tipos de competencias ya se encuentra presente de manera temprana en el Derecho Administrativo clásico. Representante de la escuela francesa, Michoud explica la competencia reglada -bajo el nombre *competencia ligada* (Ortíz Díaz, 1957)- como la conducta administrativa fijada por ley, y la facultad discrecional como aquella según la cual “una autoridad actúa libremente, sin que la conducta sea dictada de antemano por una regla de derecho” (Maitrot, 2021). Pero más allá de la distinción, no se trata de una separación absoluta, ya que “la actividad obligatoria nunca está totalmente desprovista de elementos de discrecionalidad” (De Falco, 2019).

En el mismo barrio del Derecho Administrativo clásico, pero en otra vereda, se sostiene la teoría de las *formas puras de la Administración*, según la cual las consecuencias jurídicas producidas por la Administración son divididas para su tratamiento de acuerdo a la forma de actuación empleada: sobre lo actuado mediante potestades regladas *se admite* control jurisdiccional; sobre lo actuado mediante potestades discrecionales *no se admite* (Cassagne, 2009).

Mudándose de país, el Derecho Administrativo clásico de la escuela alemana traza la división de acuerdo a una categorización de conceptos empleados en la norma. La facultad reglada se presenta en una norma que contiene *conceptos claros y determinados*. La facultad discrecional aparece en supuestos donde la norma contiene *conceptos jurídicos indeterminados*, y debido a ello se le reconoce a la Administración un *margen de apreciación* en el ejercicio de su potestad para poder arribar a una solución justa dentro del *halo conceptual*, para lo cual debe ejecutar un “proceso de cognición o interpretación” (Cassagne, 2009).

Gordillo (2014) ofrece una conceptualización distintiva acorde a la terminología del Derecho Administrativo en la actualidad, no afincada en la teoría de las formas puras, pero destacando lo que particularmente puede decirse sobre las competencias respectivas:

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando *una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir*, o sea, cuando el orden jurídico *establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto*. Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.

Cuando se está frente a una competencia reglada, la autoridad administrativa u operador jurídico que resultan competentes, en principio, no cuentan dentro del campo de actuación habilitado con un espacio decisorio en el cual podrían operar selectivamente de acuerdo a su mejor apreciación de opciones disponibles. Lo que deben hacer es obedecer estrictamente la norma en consecución del camino previsto relativo a su forma de actuación. Se desprende de la norma, de manera *directa y no decisional*, lo que el ordenamiento jurídico espera en concreto del órgano administrativo competente, independientemente de las valoraciones que este último pudiese efectuar en su fuero interno.

Cuando se está frente a una competencia discrecional, el órgano administrativo puede ejercer -dentro de un *margen decisorio válido* delimitado por el propio ordenamiento jurídico- su capacidad electiva en forma criteriosa, al tener ante sí alternativas posibles igualmente sustentadas. Lo que se desprende del marco legal, en este caso, es el abanico de opciones válidas, para que la Administración elija a conciencia.

II.1.D) Tesis del acto híbrido

Los días del presente experimentan la consolidación de lo que podría llamarse *tesis del acto híbrido*. Gordillo (2014) condensa su idea central en la premisa que dice: *todo acto es en parte reglado y en parte discrecional*.

A modo de ejemplo donde puede verificarse lo discrecional y lo reglado en franca convivencia, Pedro Pierry Arrau analiza el artículo 31 del Código Sanitario de Chile “que establece que en caso de peligro de epidemia o cuando ésta se hubiere declarado, el Servicio Nacional de Salud -hoy Servicios de Salud- podrá disponer o tomar a su cargo el sacrificio de los animales propagadores de la enfermedad”, lo que significa un otorgamiento a la autoridad sanitaria de “un poder discrecional en lo que se refiere a la decisión de sacrificar los animales y a cuándo

se lleve a cabo este sacrificio”. A su vez, la “misma facultad de la Administración es, sin embargo, reglada, en cuanto a que para el surgimiento de su competencia discrecional es necesario que exista peligro de epidemia o que ésta se hubiere declarado” (Pierry Arrau, 1984).

Para Gordillo, la justificación jurídica del acto híbrido surge a partir de la imposibilidad práctica de que la norma prevea “hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer”. Más sensato resulta reconocer que siempre existirá “algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante”. A la inversa, tampoco existirá norma que “autorice al funcionario a hacer absolutamente cualquier cosa, sin limitación alguna”, lo que debe conjugarse con el hecho de que “siempre existirá alguna otra norma que le fije de antemano ciertos principios a que deberá ajustar su acción” (Gordillo, 2014).

El encargado de juridificar conductas, que al menos al día de hoy no opera como un robot omnisciente previsor de absolutamente todos los supuestos fácticos que pueden aparecer en la realidad,²¹ reconoce que en el Derecho aparecen situaciones, vicisitudes y supuestos extraordinarios que no siempre están previstos de antemano en el arsenal normativo con el que cuenta. De allí que cuando la ocasión lo amerita, o la propia norma en contemplación de dicha naturaleza jurídica lo habilita, se abre el espacio discrecional, para que el funcionario -en vez de quedar inmovilizado por la falta de previsión directa y explícita del detalle más mínimo- pueda seguir actuando dentro del ordenamiento jurídico.

A su vez, tampoco es aceptable que por el hecho de resultar difícil o imposible prever absolutamente todo, se dé luz verde a la Administración para que haga lo que quiera sin más límite que sus propias ganas de moverse. A falta de previsión expresa, otras normas orientativas de conductas cumplen la función de suplir el vacío, refrescando los principios a los que la Administración debe atenerse para que su actuación pueda ser considerada válida.

Entonces, para hacerlas jugar en equipo y complementar ambas vertientes de actuación, el *acto híbrido* contiene una *parte reglada* -que orienta y/o indica a la Administración requisitos a cumplir, pasos a dar, acciones concretas a tomar- y una *parte discrecional* -que deja margen decisorio al órgano competente sobre ciertas cuestiones, pero a sabiendas de que dicha decisión debe tomarse responsablemente y en consonancia con los principios y demás reglas del ordenamiento, y no en abierto desconocimiento o desafío de aquellos-.

²¹ Va a resultar sumamente interesante en el futuro -según algunos predictores, más próximo que lejano- la aplicación de la tecnología *blockchain* a la celebración de contratos inteligentes, el almacenaje de datos privados, y llegado el caso la digitalización de operatorias de la Administración; tema susceptible de despertar apasionantes reflexiones en torno a la vastedad de supuestos, pero que por obviedades relativas a los límites del presente trabajo no deben abordarse aquí.

Desde otro ángulo doctrinario que aporta una justificación adicional a la antedicha, Boyle (2017) cita la argumentación de Balbín, quien apoya la tesis híbrida como garante republicana de la división de poderes:

... así como no existen potestades enteramente discrecionales, es casi imposible hallar en el ordenamiento jurídico potestades íntegramente regladas. A su vez, si el legislador regulase absolutamente todo por medio de las leyes, de modo que el ejecutivo simplemente aplicase la ley sin discrecionalidad o arbitrio propio, es posible, entonces, preguntarse si ese modelo hipotético no desconoce el principio de división de poderes porque, en tal caso, es el legislador quien ejerce las potestades de ejecución y administración, y no el propio ejecutivo. Digámoslo en otras palabras, las potestades estatales son más o menos regladas; y más o menos discrecionales. Es decir, los actos son siempre en parte reglados y en parte discrecionales.

Considerar híbridos a los actos *sub examine* permitiría, a tono con Balbín, que la Administración no se dedicara simplemente a poner en marcha los planes del Poder Legislativo sin siquiera un asomo de criterio administrativo. De producirse tal escenario, se reflejaría un equilibrio de poderes desdibujado, con un sector dando pasos cual marioneta inanimada perteneciente a otro sector, al son del movimiento de hilos que no permiten nada por fuera de su ejecución.

II.2.- Distinción con la arbitrariedad

En ocasiones, sobre todo en ámbitos comunicacionales y de discusión política, se usa de manera intercalada e indistinta los términos *discrecionalidad* y *arbitrariedad* para describir acciones de gobierno que parecen alejarse del libreto, denotar un exceso conductual o caer en una extralimitación facultativa.

Sin embargo, al adentrarse en el ámbito jurídico, donde se utiliza lenguaje técnico, tal equiparación no resulta propicia. En la disciplina del Derecho Administrativo, discrecionalidad y arbitrariedad tienen su propio significado e indican supuestos diferentes, y su consideración particularizada conduce a consecuencias tan importantes como la mismísima distinción entre lo jurídico y lo antijurídico, entre la legalidad y la ilegalidad.

En el caso de la discrecionalidad, la propia norma permite al órgano administrativo elegir entre opciones, siempre dentro de un marco de actuación contemplado por el orden jurídico

que atribuye la competencia para actuar. Es decir que un en principio, *ceteris paribus*, la acción administrativa que opta entre alternativas ofrecidas por el ordenamiento respeta la juridicidad y se realiza dentro de lo permitido. En su explicación sobre la actuación discrecional de la Administración, Boyle (2017) sostiene:

...para poder ejercer una facultad discrecional, la misma debe encontrar su fundamento en el bloque de juridicidad. Es decir, para que el actuar sea discrecional, es condición necesaria que la norma le confiera a la administración tal facultad.

La discrecionalidad otorga a la administración la posibilidad de elegir una entre varias opciones posibles, pero no la exime de realizar dicha elección con fundamentos que justifiquen de manera objetiva la misma. A su vez, dichos fundamentos, deben estar expresados de manera explícita en el acto administrativo.

Distinto es el caso de la arbitrariedad. El obrar arbitrario es aquel donde el órgano administrativo actúa según su criterio, pero de manera antojadiza en vez de razonable, sin respetar el marco establecido para la toma de decisiones, extralimitándose del grado de autonomía reconocido para optar entre alternativas, o llevando a cabo conductas por fuera de las reconocidas como válidas por la norma reguladora -lo cual es un supuesto que equivale a la ilegalidad o antijuridicidad-. Valga decir, el operador jurídico no fundamenta su accionar, o lo intenta deficientemente de manera caprichosa, o no elige entre los caminos habilitados sino uno ajeno a ellos, en base a sus propios antojos y en incumplimiento de las previsiones del sistema.

En el mundo del Derecho, el sentido convencional que se le da a la palabra arbitrariedad es “acto contrario a la razón, producto de la mera voluntad o capricho del funcionario”, y como concepto amplio “comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad” (Cassagne, 2008). Específicamente en el Derecho Administrativo, la arbitrariedad administrativa es definida por el *Diccionario panhispánico del español jurídico* como la “actuación de un órgano administrativo que no encuentra fundamento en las normas porque las consecuencias que se extraen de la misma no son racionales”; “actuación de un órgano que incurre en manifiesto error de hecho al aplicar las previsiones normativas”; y también como la “actuación que elige entre varias soluciones la que parece menos razonable y no la motiva, o la que está motivada con razonamientos manifiestamente inaceptables por su incoherencia, o por no haber tenido en cuenta opciones más relevantes, o sencillamente porque conduce a resultados absurdos” (Real Academia Española, 2020).

De acuerdo a Gordillo (2015), la discrecionalidad está enmarcada y limitada por el principio de legalidad, por lo tanto “cabe ser entendida no como actividad libre de la ley, sino como actividad que la propia ley confiere y por tanto guía y limita (...)”. La arbitrariedad, en cambio, no sigue tales pautas, se saltea lo enmarcado y limitado por la juridicidad excluyéndose como actividad de ley, o bien procede en contra de lo que la razonabilidad indica.

Ejemplo de discrecionalidad enmarcada por legalidad, retomando el Código Sanitario de Chile, se halla en su artículo 32, donde se lee: “El Presidente de la República, a propuesta del Director de Salud, podrá declarar obligatoria la vacunación de la población contra las enfermedades transmisibles para los cuales existan procedimientos eficaces de inmunización” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2021). Hay una doble mención de discrecionalidad: primero, el Director de Salud está facultado para *proponer*, no imponer; segundo, tras su propuesta, el Presidente de la República *puede*, no debe, declarar obligatoria la vacunación. La identificación de palabras clave, en este caso, da cuenta de que se puede actuar de una u otra forma sin quedar al margen de la ley.

Ejemplo de arbitrariedad, por otro lado, sería que el Presidente no tomase en cuenta el presupuesto exigible para disponer una vacunación masiva, que es la existencia de procedimientos eficaces de inmunización, y dispusiese la inoculación obligatoria de dosis no testeadas y/o científicamente desaconsejadas.

En sintonía con todo lo visto, el obrar razonable y jurídicamente válido de la Administración se da en el marco de normas que explícitamente la instan a actuar de determinada manera, o en aquellos supuestos donde el órgano administrativo puede elegir entre las opciones planteadas por el ordenamiento jurídico, y lo hace de modo que su criterio permanece dentro de lo permitido. El obrar arbitrario, en cambio, se emparenta con lo no razonable, lo no motivado, lo no justo, lo no legal, ya que se trasgreden los límites impuestos por la juridicidad y se vehiculiza la actuación administrativa mediante un capricho del órgano que reemplaza lo que la ley espera o permite de quien resulta competente.

III.1.- El balance entre lo reglado y lo discrecional

El interés por cuidar los derechos particulares llama a la reglar la actividad administrativa. El interés por lograr fines comunitarios con celeridad llama a permitir en la actividad administrativa la elección discrecional. El Estado de Derecho está más próximo a lo reglado; el Estado Social de Derecho a lo discrecional. Una Administración que pretenda cumplir fines

públicos, y a su paso respetar a los administrados, tiene que saber balancear lo reglado y lo discrecional; por un lado, para no quedarse inmovilizada, y por otro, para no desbarrancar hacia la arbitrariedad.

Este equilibrio es graficado por Pierry Arrau (1984) cuando sopesa el sometimiento de la Administración a la juridicidad y el reconocimiento de los derechos particulares y los medios para su defensa:

Mientras más precisas sean las normas que regulan la acción de la Administración, mayor es la garantía de respeto a los derechos de los particulares. Sin embargo, la regulación de la acción administrativa, en sus más mínimos detalles, aun cuando significa un resguardo mayor de los intereses particulares, entraña el grave riesgo de paralizar la Administración, cuya actuación está guiada por el interés de toda la comunidad. Este problema cobra cada día mayor importancia, por cuanto es tendencia universal, en los últimos años, el fortalecimiento del poder central y el otorgamiento a éste de atribuciones cada vez más amplias con el objeto de posibilitarle el cumplimiento más eficaz de los objetivos que la compleja sociedad de nuestros días le impone. Ello hace necesario, como justa contrapartida, el otorgamiento a los particulares de los más eficaces instrumentos para la protección de sus derechos frente a un administrador tan poderoso.

Capítulo 8. Asignación de competencias

I.1.- Presentación

En los capítulos anteriores se han tratado las cuestiones de competencia administrativa en general, y luego de competencias regladas y discrecionales en particular, de acuerdo a la usual clasificación elaborada por la doctrina del Derecho Administrativo clásico que mantiene relevancia hasta la actualidad. Ello sin relegar la tesis de los actos híbridos, que hoy goza de gran aceptación entre muchos teóricos administrativistas.

El tema del presente capítulo es el de la *asignación* de competencias. Estando ya definidas, distinguidas y clasificadas, ahora cabe preguntar: ¿cuál es la *fuerza* de la cual proviene la atribución de las competencias? ¿Cómo se las atribuye a los órganos que serán considerados competentes para ejercerlas? ¿Es esa misma práctica reglada, discrecional o arbitraria?

A partir del armazón conceptual de las anteriores páginas, lo pretendido aquí es esbozar respuestas tomando en cuenta la doctrina y normativa vigente, así como también empezar a vislumbrar la corroboración o desestimación de la hipótesis que hace al cuerpo de esta tesis, relativa a la asignación discrecional de competencias del Estado a los órganos actuantes.

En consideración del orden expositivo, primero se hablará de los fines de interés público perseguidos por el Estado, luego de las competencias que para ello atribuye en aras de actuar lícitamente -y su distinción con el ejercicio de las funciones-, y finalmente del mecanismo y el criterio -si es que hay uno- a emplearse en la asignación de competencias.

II.1.- Los fines de interés público del Estado

De la Morena y De la Morena (1978) pondera la racionalidad en el ejercicio del poder estatal-administrativo, y la adecuada orientación en el cumplimiento de su finalidad y empleo de los medios ejecutivos:

...con referencia al Estado y su Administración, obrar y obrar para un fin de interés público reinsertable en el bien común será ética y lógicamente una misma cosa, siendo el fin, por su propia naturaleza, lo primero en la intención (ley-plan), y lo último en la ejecución o realización (actuaciones administrativa y jurisdiccional).

Lo correcto es que haya una *identificación* de los fines del Estado con los de la comunidad, ya que la segunda justifica al primero, y el primero solamente puede actuar válidamente en tanto persiga lo que necesita y declara la segunda. En relación a la ley española vigente al tiempo de escribir su texto, el autor sintetiza:

...si el Estado actúa por y para la Comunidad, todo fin de ésta se convertirá en fin del Estado, sin que puedan darse —sin alterar la relación ética de servicio— fines del Estado que no sean, a la vez, de modo directo o por derivación, fines de la comunidad.

Precisamente la legitimación última del poder del Estado habrá que venir a buscarla en su *puesta al servicio de la comunidad* (cfr. artículos 1.º y 3.º LOE). Y como el fin global de ésta es el denominado, por antonomasia, *bien común* (Principio V, LPMN), habrá que concluir que será ilegítimo todo poder que, por su *origen*, no dimane de la comunidad, y, por su *ejercicio*, no se oriente exclusivamente hacia la realización del bien común. (De la Morena y De la Morena, 1978)

Ya que el poder estatal se legitima en su servicio a la comunidad, y esta busca lograr el *bien común*, debe esclarecerse qué se entiende por este último. De la Morena y De la Morena (1978) lo define desde la perspectiva jurídica:

A nuestro juicio, el bien común como idea operativa se concreta en *la ordenación legal del comportamiento humano en cuanto suponga creación o empleo de poder o riqueza desde la fundamental preocupación ética de incrementar continuamente, al máximo nivel posible, la solidaridad y el bienestar moral y material entre los miembros de una comunidad, sacrificando a su logro, en la medida necesaria, los bienes o intereses individuales incompatibles de igual o inferior rango ético.*

Disecionando los elementos del párrafo ofrecido, se observa que la realización del bien común requiere: la juridificación de la conducta de los miembros de la sociedad en lo atinente a las relaciones de poder y generación de riqueza -lo que importa influencia en política y

economía-; una brújula ética que garantice colectivamente al mayor grado que se pueda las condiciones sociales, morales y económicas de la población; y la jerarquización de bienes e intereses individuales y públicos, dando prioridad a los segundos sobre los primeros en la medida que resulte incompatible su logro simultáneo y los primeros se encuentren en igualdad o inferioridad respecto de los segundos de acuerdo a una evaluación ética.

Acercas de los límites sacrificiales y las dimensiones donde corresponde sopesar, el autor aclara:

El hombre puede ser valorado o dimensionado jurídicamente desde lo que es (portador de valores eternos, en expresión ya muy gastada pero exacta), desde lo que *tiene* (titular de un patrimonio) y desde lo que *hace* (prestador de trabajo y servicios). Sólo en las dos últimas dimensiones es admisible su sacrificio o mediatización al bien común (...). (De la Morena y De la Morena, 1978)

A resguardo personal queda el alma inmaculada del individuo y su código moral; y a merced de las necesidades de la comunidad, en la medida de lo exigible, queda su hacienda, fuerza laboral y energías productivas.

Desde dicha concepción, De la Morena y De la Morena (1978) aborda la temática de los fines públicos:

El problema de los fines de interés público en los que se va decantando y concretando la noción de bien común se carga, pues, de un enorme potencial político que aconseja: primero, que su más alta formulación se haga a nivel constitucional, y segundo, que su desarrollo inmediato corresponda, de entre los órganos establecidos en la Constitución, al de mayor proximidad al pueblo soberano, es decir, al órgano legislativo. En otras palabras: los fines de interés público y, en consecuencia, la fundación de las competencias imprescindibles para su satisfacción, deberán ser establecidos por Ley. Todo sucede como si el legislador, al apoderar a la Administración, le dijese: *organízate como quieras* (potestad organizativa), *puesto que, en definitiva, habrás de actuar como quiero* (procedimiento) y *sólo para lo que quiero* (fines de interés público).

De acuerdo a tal esquema, en primer lugar se arguye como conveniente que los fines públicos, que son fines de Estado, los cuales a su vez se obtienen de los fines de la comunidad, estén formulados en la Carta Magna del país. En segundo lugar, una vez enunciados los fines

públicos con carácter supremo, que su tratamiento de profundización se adjudique al Poder Legislativo por ser el más representativo de las voluntades del pueblo. Y recién cumplimentados estos dos primeros pasos, en tercer lugar, que se le de entrada a la Administración dotada de competencia para que de acuerdo a su correcto entender -y en seguimiento del ritual procesal para ello previsto e impuesto- disponga los medios y recursos que abocará a las tareas de trascendencia pública.

Como corolario de la acción administrativa encausada por ley y orientada a la consecución de fines de interés público previamente definidos, jerarquizados e identificados con los fines de la comunidad, De la Morena y De la Morena (1978) circunscribe el rol administrativo a *descubrir y asumir* dichos fines -sin dedicarse a *inventar*-, para luego pasar a *ejecutar* en aras de su cumplimiento.

Ello armoniza la posición administrativista de que la Administración no puede perseguir fines que no sean aquellos fines declarados por la comunidad, con la posición filosófica de que el pueblo es el soberano y sus representantes deben cumplir con la voluntad popular y no la suya propia y apartada. Donde se abre un interrogante, es en la conjugación de los intereses individuales sacrificables y la realización del bien comunitario, del cual supuestamente esos intereses también forman parte, y si son sacrificados, habría una parte de la comunidad que no participaría del alegado bien común.

III.1. Competencias y ejercicios de funciones

En torno a la legalidad en el origen de la competencia y en la finalidad de la actuación del órgano administrativo para la cual se otorga, Gordillo efectúa una distinción entre competencia y ejercicio de función:

No debe confundirse la competencia con la "aptitud de obrar" de los órganos administrativos, o con el "conjunto de atribuciones otorgadas al órgano;" en otros términos, la competencia no designa al conjunto de actividades que pueden imputarse a un órgano estatal, sino sólo el conjunto de actividades que el órgano puede *legítimamente* realizar. (Gordillo, 2014)

Vista así, la competencia resulta indicativa no solamente del acto realizado en ejercicio de funciones administrativas, sino también *dentro* de lo válidamente permitido al órgano actuante. Como contrapartida, no existe una competencia para llevar a cabo actuaciones *por fuera*

de lo normado. El acto válido incluye un ejercicio competente y dentro de las funciones; pero pueden realizarse actos dentro de las funciones y fuera de la esfera de competencia, lo que los torna susceptibles de invalidez. Apunta Gordillo (2014):

Diferenciamos así al *ejercicio de la función* como género y al *ejercicio de la competencia* como especie. Para que el acto sea válido, es necesario que además de ser realizado dentro de la función que corresponde al órgano, lo sea *dentro de la competencia del mismo*. La ley atribuye una función a un órgano y dispone que ese ejercicio de la función sólo será legítimo cuando lo realice en su competencia; el que lo realice fuera de la competencia, pero dentro de la función significa que el acto es irregular, pero *ello no quita que el acto sea estatal* y pueda acarrear la responsabilidad de la administración.

Por lo tanto, la competencia hace a la validez del acto estatal, pero puede existir un acto estatal irregular ejecutado en ejercicio de la función y por fuera de la competencia. El acto estatal realizado dentro de los márgenes de la competencia es válido; el acto realizado sin competencia es irregular y susceptible de ser atacado por vía recursiva.

III.2.- Atribución competencial

La *atribución de competencia* es el otorgamiento de poder legal de actuación a instituciones estatales y funcionarios públicos. El Derecho Público reconoce a ciertas personas físicas o jurídicas, elegidas o designadas, una habilitación para actuar en nombre de la ley, bajo su respaldo y con su justificación. Apunta Gordillo (2017) que “en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente”.

Las *autoridades competentes* son aquellas que, dotadas legalmente de facultades de actuación y entendimiento en materias determinadas, cuentan con la capacidad para dictar normativa, evaluar casuística y resolver de manera vinculante sobre los hechos que llegan a su entendimiento.

La competencia no es una abstracción danzando en el aire sin ningún asidero en los hechos, sino el conjunto de facultades determinadas que órganos determinados pueden ejercer y que se concretiza en conductas determinadas.

En cuanto a la determinación y asignación de competencias, se hace hincapié en el origen, el modo de canalización y el tipo de facultad ejercida que ello conlleva.

III.2.A) Origen y modo de asignación de competencias

En los anales de la historia jurídica pueden chequearse épocas de poderes públicos invasores y poderes públicos restringidos, poderes públicos sin apego a las propias formas legales y poderes públicos celosos en su observancia. A los fines de encaminar el Estado de Derecho en contraposición a las construcciones jurídicas asociadas al carácter autoritario del poder, la concepción liberal ideó figuras y mecanismos que promovieran los límites, la transparencia y la actuación motivada, como fueron la teoría del acto administrativo y el procedimiento administrativo.

Tal tendencia, reactiva ante el “fenómeno de asunción de potestades autoritarias por la Administración”, es explanada históricamente por Santamaría Pastor (2009):

-En el Antiguo Régimen, el ejercicio de potestades de esta naturaleza, en contra de la voluntad de sus destinatarios, se encontraba inicialmente reservada a los órganos judiciales: el poder público, en caso de discrepancia con el particular, sólo podía imponer a éste su decisión con carácter forzoso tras haberle vencido en juicio; esto es, en un procedimiento decidido por un órgano judicial y celebrado en forma contradictoria o «contenciosa» (de contienda).

-En las etapas finales del régimen absoluto, sin embargo, se consolidó una tendencia de atribuir el ejercicio de tales potestades a autoridades no judiciales; no sólo con objeto de desapoderar de tales funciones a los jueces y tribunales, sino sobre todo con la finalidad de que las autoridades administrativas ejerciesen dichas potestades de manera expeditiva e informal, sin sujeción a trámites procesales lentos y engorrosos; la denominación de dichas autoridades como «gubernativas» se utilizó en lo sucesivo para designar su forma de actuar, rápida y sin sujeción a trámites rituales (actuación «contenciosa» o solemne y formal frente a actuación «gubernativa», rápida e informal).

-La puesta en práctica del principio de división de poderes en este orden de cosas tuvo lugar, como en tantos otros aspectos, con una fórmula transaccional entre los principios del nuevo régimen político y la tradición absolutista: el ejercicio de estas potestades se dejó en manos de las nuevas autoridades administrativas, bien que sometiendo a éstas a causas formales similares a los del proceso judicial; con

esta fórmula se persiguió conjugar la existencia de una Administración fuerte con la garantía de los derechos de los ciudadanos y, sobre todo, la actuación de los agentes administrativos con sujeción al Derecho.

Del equilibrio entre dos corrientes que tiraban cada una para su lado, nació una visión de Administración con más competencias, pero sujeta a la juridicidad y al respeto por los derechos de los administrados. Ahora bien, así como la física dicta que, si dos personas tiran de una soga, esta se moverá para el lado de quien tira con más fuerza, la realidad jurídica demuestra que en los espacios compartidos la concepción más vigorosamente sostenida es la que prevalece.

Por lo tanto, y más allá de las concesiones que se hacen en la práctica donde muchas reformas suelen ser fruto de la negociación, la teoría liberal del Estado de Derecho -en reprobación de las formas autoritarias- no puede olvidar que para justificar la asignación de competencias debe primero justificarse el poder del Estado, y que aquellas deben ser derivaciones lógicas de éste. Así, tomando al Contractualismo y/o la *soberanía del pueblo* que ejerce el poder por medio de sus representantes, como la tesis más aceptada en los momentos fundacionales de los Estados modernos y el auge del movimiento constitucionalista, se establece que el Estado nace para la protección de los derechos de los ciudadanos y se encuentra al servicio de estos, por lo tanto debe utilizar su poder *exclusivamente* para la proyección y cumplimiento de finalidades desprendidas coherentemente de tales premisas, y en armonía con ello es que asigna competencias a sus órganos actuantes.

Desde esta base, y en respeto por el principio de juridicidad, la competencia surge de una norma y para el cumplimiento de los fines públicos consagrados. No puede resultar de antojos extralegales ni para fines distintos. Una competencia legal debe provenir de una fuente legal, y una fuente legal no debe ordenar una ilegalidad.

La normatividad acompaña todo el camino de la competencia: el nacimiento, el ejercicio, y las eventuales delegación o avocación. La Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N.º 19.549 de Argentina (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2021) así lo establece en su artículo 3:

La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución

estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario.

En el caso de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común a las Administraciones Públicas de España (Jefatura del Estado, 2015), la normatividad también acompaña de modo inseparable la inclusión de trámites no previstos originalmente, y especializaciones concernientes a los órganos competentes, por vía de la ley y del reglamento respectivamente, como se establece en el punto 2 del artículo 1:

Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar.

Finalmente, en relación a la modificación o el dejar sin efecto la competencia en el ordenamiento argentino, explica Monti (2015) referenciando a Julio Comadira:

Por el principio del paralelismo de las formas y de las competencias, la competencia atribuida al órgano sólo puede modificarse o dejarse sin efecto por una norma de igual jerarquía y procedencia que aquella por la cual se le concedió. La CSJN ha sostenido que la competencia de los órganos administrativos sólo se pierde cuando una ley así lo determina o ello resulta de la aplicación de una norma que lo implique (09-11-1976 “Valestra, Humberto”, *Fallos*: 296:343) (...).

Es decir, los cambios y punto final de la competencia también proceden de la normativa legal.

III.2.B) Tipo de facultad ejercida en la asignación de competencia

Ahora debe consignarse el tipo de facultad -de acuerdo a la clasificación expuesta- que se ejerce cuando se asigna una competencia a un órgano administrativo, y así ensayar una respuesta al planteamiento efectuado en la hipótesis del presente trabajo.

Para esta tarea, se recurrirá primero a una explicación a partir de ordenamientos jurídicos vigentes, a efectos de visualizar con énfasis en lo fáctico de qué manera se ejerce la

asignación de competencia; y en segundo lugar se brindará una explicación y apreciación desde el posicionamiento teórico adoptado.

En torno al Derecho vigente, se comenzará tomando como punto de referencia el ordenamiento jurídico español y luego el argentino, en ambos casos haciendo foco en las ramas constitucional y administrativa.

En el primer punto de la introducción de la Ley 39/2015 de España, se expresa que en el año 2013 la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas realizó un informe partiendo del “convencimiento de que una economía competitiva exige unas Administraciones Públicas eficientes, transparentes y ágiles”. Siguiendo el lineamiento, el Programa Nacional de Reformas se propuso “la aprobación de nuevas leyes administrativas como una de las medidas a impulsar para racionalizar la actuación de las instituciones y entidades del poder ejecutivo, mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad”. La experiencia administrativa previa arrojó ineficiencias, complejidades e inseguridad jurídica, frente a lo cual se tornaron necesarias las modificaciones: “Para superar estas deficiencias es necesaria una reforma integral y estructural que permita ordenar y clarificar cómo se organizan y relacionan las Administraciones tanto externamente, con los ciudadanos y empresas, como internamente con el resto de Administraciones e instituciones del Estado” (Jefatura del Estado, 2015).

El segundo punto introductorio inicia con la diferenciación constitucional y relación jerárquica entre *Gobierno* y *Administración*:

La Constitución recoge en su título IV, bajo la rúbrica «Del Gobierno y la Administración», los rasgos propios que diferencian al Gobierno de la Nación de la Administración, definiendo al primero como un órgano eminentemente político al que se reserva la función de gobernar, el ejercicio de la potestad reglamentaria y la dirección de la Administración y estableciendo la subordinación de ésta a la dirección de aquel. (Jefatura de Estado, 2015)

A ello se le agrega que “la Constitución Española atribuye al Estado, entre otros aspectos, la competencia para regular el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas, así como el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas” (Jefatura del Estado, 2015). Y en relación al procedimiento administrativo, establece que:

“...para dictar un acto administrativo o expresar la voluntad de la Administración, con esta nueva regulación no se agotan las competencias estatales y autonómicas para establecer especialidades «ratione materiae» o para concretar ciertos extremos, como el órgano competente para resolver, sino que su carácter de común resulta de su aplicación a todas las Administraciones Públicas y respecto a todas sus actuaciones”. (Jefatura del Estado, 2015)

Entonces, de la revisión de la letra de la ley, surge directamente la mentada distinción jurídica entre Gobierno y Administración, y la subordinación de la segunda al direccionamiento del primero. El Gobierno expresa la voluntad del Poder Ejecutivo, y como dice la Constitución, ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria. La Administración Pública sirve a los intereses generales, y lo hace en consonancia con los lineamientos gubernamentales, implementando los programas de allí emanados. Se desprende que, estando la Administración jurídicamente obligada a actuar con objetividad, *igualmente depende del órgano político* que con superioridad jerárquica diseña las pautas a seguir.

Se constata a su vez que las competencias estatales constitucionalmente reconocidas no se *reducen* a la citada regulación de aplicación común, sino que se *conservan* a la hora de fijar especialidades en razón de la materia o determinar la competencia de órganos encargados de emitir resoluciones.

Encontrándose entrelazadas la actividad orgánica política y administrativa, se comprende que -amén de la reglamentación y legalización de la conducta estatal- hay un margen para la ideación y planificación de programas que el Gobierno decida implementar, y en ello los criterios políticos juegan su papel de acuerdo a los contextos sociales, económicos y culturales que se evalúan al momento de actuar.

En cuanto al ordenamiento argentino, la Constitución Nacional establece en su artículo 22: “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”. Como parte del Gobierno Federal, se crea el cargo de Presidente de la Nación, y se establece en el artículo 99 inciso 1 que es el “jefe supremo de la nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2021).

Por determinación de la Ley Suprema, la ejecución de actos de gobierno debe hacerse a través de los cargos previstos para actuar como representante y/o autoridad. Es decir, *solamente a esos cargos* se les asigna competencia gubernamental; competencia que *no tienen* los

particulares en su carácter de tal, cuando no actúan por la vía estatal, representativa o de autoridad. En el caso particular del Presidente, este tiene a su cuidado y responsabilidad la dirección de la “administración general del país”, dentro de lo cual se incluye la Administración Pública como integración del Estado que responde a sus directivas y planificaciones.

Tanto en el caso español como en el argentino las competencias están constitucionalmente determinadas, luego delineadas a través de leyes consecuentes, y a su vez las actuaciones quedan juridificadas por vía reglamentaria. Diversas fuentes y procedencias del Derecho se manifiestan y conjugan en lo que hace al contorno del factor competencial.

Desde el aspecto teórico, aparece como evidente un *componente reglado* en la asignación de la competencia, esto es, una *predeterminación normativa* de lo que compete, por ejemplo, a los órganos estatales con arreglo al principio constitucional de división de poderes: el Poder Ejecutivo lleva a cabo actos de gobierno, el Poder Legislativo sanciona leyes, el Poder Judicial juzga y resuelve conflictos sometidos a su conocimiento. Dentro de este esquema reglado, la Administración Pública también ejerce sus competencias en seguimiento de la juridicidad imperante.

Ahora bien, tres puntos llaman la atención a efectos del análisis efectuado: la competencia de quien asigna competencia; los ámbitos donde recae la competencia; y el carácter híbrido de los actos que son en parte reglados y en parte discrecionales, reuniendo en su seno ambas manifestaciones de manera no excluyente.

Respecto del primer punto, si se tuviera que emplear un lenguaje filosófico, podría hablarse de *meta-competencia*, en alusión a la competencia para asignar y distribuir competencias. El Estado es competente para ejercer funciones, y actúa mediante órganos competentes que se ocupan de determinadas tareas, pero esa competencia no nace de los propios órganos estatales ni del Estado como si fuera un ser vivo metafísico aparecido por generación espontánea en la naturaleza. La pregunta es: ¿de dónde viene la competencia para determinar que el Estado, una vez configurado, reparte sus competencias en los diversos órganos actuantes? Y en la respuesta suben al escenario las teorías sobre el origen del Estado, el poder político, la ley y los derechos. Ya se han repasado dichas teorías en los capítulos anteriores, por lo que no se citarán nuevamente; pero sí se establecerá que más allá de las diferencias entre una y otra, lo que corresponde afirmar es que el Estado es una *creación humana*, y como creación humana, su nacimiento responde a voluntades humanas puestas en acción. Al crearse, el Estado se ocupa de los asuntos que sus creadores, los miembros de una comunidad -todos, la mayoría, o algunos en minoría-

han seleccionado como dignos de ocupación. Respecto de esos asuntos, el Estado resulta competente -una competencia asignada por un contrato social, una conquista violenta, o un jefe autoritario-, y la selección de esos asuntos -dentro de un esquema en que se acepta el Derecho que origina al Estado y el Derecho que el Estado origina-,²² es un *ejercicio discrecional*. Y si se quiere tomar el término “discrecional” en su sentido legalista y no simplemente convencional, se requiere por lo menos que al acto de selección de asuntos de los que se ocupará el Estado se le brinde un marco de legalidad -al menos de lo que se tendrá por legal a partir del momento originario-, así se habla con corrección de elección entre alternativas legalmente válidas. Por ejemplo, un Estado elige ocuparse legalmente de policía y justicia; otro de policía, justicia y defensa; y un tercero de salud, justicia y relaciones internacionales.

Aquí adquiere relevancia el segundo punto. Cuando el Estado dispone que una parcela de la realidad quedará bajo su tutela, consecuentemente *determina* la competencia de los órganos administrativos que actuarán en la regulación. Esa potestad de crear y señalar órganos competentes y distribuir las competencias entre ellos es un ejercicio discrecional. Cada Estado podrá tener más o menos funciones, responder a un programa más o menos intervencionista, y actuar en un marco más *iuspublicista* o más *iusprivatista*. Por ejemplo, un Estado que elige ocuparse de la regulación de la economía y administración de justicia crea un Ministerio de Hacienda y un Ministerio de Justicia; otro Estado que elige ocuparse del sustento poblacional y el estudio de la ecología se queda con un Ministerio de Desarrollo Social y un Ministerio de Medio Ambiente. En el primer caso, al Ministerio de Hacienda se le reconoce competencia para el otorgamiento de créditos de incentivo económico a PyMEs (pequeñas y medianas empresas), y al Ministerio de Justicia para asesorar jurídicamente al Presidente. En el segundo caso, al Ministerio de Desarrollo Social se le reconoce competencia para impulsar planes de alimentación en zonas carenciadas, y al Ministerio de Medio Ambiente para implementar programas de tratamiento de residuos.

Llegado el tercer punto, la concepción híbrida reclama observar a la par el elemento discrecional en la asignación de competencias, además del elemento reglado comprobable en los textos constitucionales y reglamentos administrativos. El investigador jurídico encuentra,

²² Hay teorías anarquistas que no reconocen el derecho de nadie a constituir un Estado e imponer su jurisdicción a otros, ni el derecho del Estado una vez configurado de autoproclamarse competente para ningún asunto. Se deja constancia aquí de su existencia en honor a sus aportes, pero su tratamiento exhaustivo resulta excesivo para este trabajo, que académicamente está enfocado desde el presupuesto de un Derecho Administrativo que se analiza en un contexto estatal (o bien en un momento previo a la conformación del Estado, pero encontrándose este en vías de conformarse).

en la literalidad de las reglas escritas, que de manera predeterminada se instruye a dependencias de la Administración Pública a ocuparse de tal o cual asunto correspondiente a tal o cual sector de actuación dentro de la esfera de sus competencias. También estudia supuestos donde la propia norma deja a elección del funcionario actuante las medidas a tomar. Y en paralelo reconoce que, en la faz práctica, existen casos donde el funcionario actuante se desenvuelve bajo normas que no alcanzan a cubrir todos los supuestos que pueden aparecer en la realidad, o que indican un camino a seguir pero la necesidad de cumplir con lo pautado requiere una instancia de elección de medios, o bien que previo a dicho cumplimiento resulta exigible una *operación intelectual* que al menos en cierto nivel determina vías o elementos de actuación para lograr el cometido con las mayores eficacia y celeridad posible. Entonces, al momento de constatar esos actos ejecutados de acuerdo a dichas normas, el investigador puede concluir que la premisa “todo acto es en parte reglado y en parte discrecional” tiene asidero en el sistema jurídico que aplica la teoría del acto administrativo. De allí que, en el acto de asignar competencias, incluso en el acto de considerar y atribuir medios y recursos para alcanzar las metas relativas a la competencia otorgada, hay un componente discrecional. No es un acto enteramente discrecional, porque queda plasmada una parte reglada en la predeterminación de conductas a adoptar; pero tampoco es conducente hablar de un acto enteramente reglado, precisamente porque también queda plasmada la parte discrecional en la elección entre alternativas legalmente aprobadas que ejecuta el operador jurídico.

IV.1.- Lo reglado y lo discrecional como complementario y no como excluyente

La competencia completamente reglada resulta difícil de imaginar en un sistema jurídico que deje cierto espacio al dinamismo y la celeridad, porque su propósito es brindar respuestas rápidas y no meramente formales y burocráticas. Además, se presentan episodios singulares donde el órgano administrativo requiere efectuar una evaluación criteriosa para elegir el modo de proceder, y ello no puede estar presente al detalle, para todos los casos, en una normativa determinada sancionada en un período de tiempo determinado.

Igualmente, pero por las razones opuestas, no se concibe un sistema jurídico -que quiera encuadrarse en el esquema del Estado de Derecho- basado enteramente en la discrecionalidad, ya que los límites de actuación quedan desdibujados y prácticamente cualquier tema o asunto de Estado se encuentra a merced de la elección de una autoridad, sin un mínimo *abc* que deba institucionalmente respetarse en aras de mantener la seguridad jurídica.

Para evitar que lo reglado se transforme en obstáculo al buen funcionamiento administrativo y signifique caída en burocracia, exceso de rigor formal y ritualismo inútil; y para evitar que lo discrecional degenera en arbitrariedad manifiesta y falta de límites a un poder con la rienda demasiado suelta como para ser contenido; es que un Estado de Derecho puede basarse en la *mixtura de lo reglado y lo discrecional* bajo la concepción de que no se da uno u otro de manera excluyente, sino que ambos están presentes en el acto administrativo de manera complementaria, en cierta medida, y en lo que corresponde a cada uno de acuerdo a la letra de la ley, la interpretación de su espíritu, y el buen criterio según estándares de razonabilidad por parte de los encargados de actuar y los encargados de fiscalizar la actuación.

SECCIÓN IV. INTEGRACIÓN
FILOSÓFICO-JURÍDICA

Capítulo 9. Concepción de un sistema jurídico para una Administración Pública válida, eficiente y jurídicamente limitada

I.1.- Presentación

El objetivo de este penúltimo capítulo es integrar los saberes de las diversas visiones, teorías y épocas que se han expuesto, con el propósito de elaborar una concepción coherente - que haga lugar a lo que se piensa como acertado y se despoje de lo reportado como contradictorio- en aras de la presentación de una Administración Pública que pueda considerarse *válida, eficiente y jurídicamente limitada*.

Ello requerirá el esfuerzo de recuperar, articular y exhibir de manera lógica los conceptos sobre los cuales se ha trabajado, y aportar razonamientos que permitan demostrar la validez de lo planteado. Mas la intención, por extensa que parezca, no quiere pecar de grandilocuente; por lo tanto, no se pretende la elaboración de un profundo tratado jurídico sobre cada aspecto del Estado de Derecho, sino un planteo que se remite nuevamente al análisis desde el foco principal motivante del presente escrito, que son las competencias administrativas y su asignación.

Para cubrir en su justa medida los elementos que hacen a la concepción planteada, se dividirá su explicación en dos bloques conectados entre sí por el lineamiento a seguir: la base de Filosofía Jurídica y Derecho Constitucional, y la edificación de Derecho Administrativo.

II.1.- Base de Filosofía Jurídica y Derecho Constitucional

Como se ha constatado, las corrientes jurídicas están apoyadas en una visión filosófica que sirve de sustento a sus desarrollos en el área del Derecho. En este caso, ir a las bases requiere

analizar ideas primigenias asentadas en el origen del Derecho y los instrumentos fundamentales, de las cuales luego se desprenden leyes y reglamentos que componen el contenido de un orden jurídico.

El movimiento constitucionalista no es una excepción en su relación con la Filosofía fundamental, y a los documentos generados ha de recurrirse para comprobar en sus premisas la base filosófica que ha servido de motor. Desde esta experiencia histórica, solventada por un enriquecimiento teórico de siglos, pueden adquirirse significativos montos de conocimiento filosófico-jurídico para plantear una concepción que intente ser integradora de la buena herencia recibida y la reforma que se requiere para evolucionar a futuro.

De allí que resulta conveniente primero echar un vistazo por bases constitucionales de países que crecieron exitosamente a su resguardo; en segundo lugar, asentar un perfilamiento de lo que ha de tenerse en cuenta para continuar impulsando el Derecho -en respeto del espíritu jurídico de demostrada valía- hacia su superación científica; y en tercer lugar plantear a la luz de lo aprendido una crítica a las visiones contrarias.

II.1.A) Las Constituciones originarias

En sus preámbulos, las Constituciones originarias, nacidas al calor del Liberalismo político, dejan entrever la visión filosófico-jurídica que moviliza a los constituyentes e independentistas, desde la cual proyectan el país con el que sueñan.

En primera instancia, debe decirse que, en tanto Ley Fundamental de la convivencia social y el orden político, una Constitución liberal presupone una concepción de los individuos como la descrita por Aristóteles: animales políticos racionales que distinguen lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto. A partir de esta visión central del individuo, se realiza una expansión hacia una comprensiva del mismo como ciudadano, de su relación con el prójimo, de la sociedad en su conjunto, y de la nación y su organización jurídica.

En la introducción de la Constitución de los Estados Unidos de América se lee que su establecimiento pretende asegurar la libertad del pueblo norteamericano; y dicha lectura va de la mano con la orientación de la Declaración de la Independencia, que menciona la creación de los hombres como iguales y la dotación proveniente de su Creador de derechos inalienables para todos ellos. De aquí se desprenden tres referencias a las corrientes previamente analizadas.

Acerca de la *libertad como valor cardinal*, su aseguramiento requiere el reconocimiento del derecho del individuo a su propia vida, a trabajar para sostenerse y buscar su propia

felicidad; y la consiguiente limitación del poder gubernamental a los asuntos que requieren su atención, sin entrometerse en las esferas privadas, donde no es llamado a cumplir un rol activo. Principios estos que el Iluminismo se encargó de promocionar, encontrando tierra fértil en Norteamérica.

Sobre la *igualdad jurídica de los individuos*, el antecedente filosófico al que se le debe reconocimiento es el Estoicismo griego, con su postulación de la igualdad metafísica de los hombres; una igualdad que la evolución del pensamiento no limitó a características físicas, sino que expandió a las condiciones morales: los seres humanos son capaces de ejercer la racionalidad y reconocer aquello que es bueno y aquello que es malo; son iguales por nacimiento en derechos para ejercerlos libremente de acuerdo a su juicio; y mediante la igualdad ante la ley deben ser tratados en aras de la justicia.

Respecto de la *inalienabilidad de los derechos*, consultar los documentos oficiales, e interpretarlos en consonancia con las obras de los Padres Fundadores responsables de su sanción, arroja con claridad que la fundación e independencia de Norteamérica está atravesada de palmo a palmo por una visión iusnaturalista, desde la cual se esgrimen derechos naturales que el ordenamiento positivo debe receptor. A diferencia de una Teocracia imbuida de religiosidad obligatoria en cada tramo, las menciones a Dios y a la Creación parten del Deísmo, que sirve para explicar el origen de los derechos y los valores, pero no coarta la libertad de nacimiento de la que goza cada individuo por el hecho de serlo.

En el caso argentino, la Constitución Nacional se expone sobre sus valores en el preámbulo, donde los representantes del pueblo de la Nación Argentina dicen actuar con el objeto de “constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general”, como así también “asegurar los beneficios de la libertad” -meta presente también en la Constitución norteamericana-, y lo hacen “invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2021).

Al provenir el párrafo de los representantes que ordenan, decretan y establecen la Constitución, se deduce que se cree en la *soberanía popular*, por la cual el pueblo soberano es el titular del poder y elige a sus representantes para ocupar los cargos que se establecen a los fines de su ejercicio.

La *orientación liberal* resulta palpable en la promoción de la libertad de los individuos, la paz en la sociedad y la defensa común, lo cual resulta indicativo de la proyección de una

nación de ciudadanos no esclavizados por el Gobierno ni en pie de guerra con sus semejantes. La Constitución viene a *consolidar*, no a abolir, derechos y garantías mediante sus principios de orden jurídico y Gobierno.

El tema de Dios en esta Ley Suprema exhibe sus particularidades y no es completamente asimilable al caso norteamericano. Su mención como *fuerza de razón y justicia*, en un texto jurídico que consagra derechos y garantías orientado en su inspiración, lleva nuevamente a la concepción del Derecho Natural según la cual un Legislador Universal crea el mundo y las leyes que lo rigen, y por consiguiente la ley humana debe subordinarse a tales preceptos. Ahora bien, la Constitución no se conforma con el Deísmo; va un paso más allá y en su artículo 2 afirma que el Gobierno Federal “sostiene el culto católico apostólico romano” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2021). Es decir, la presencia de Dios en el texto no es solamente una mención filosófica, sino que va acompañada con un embanderamiento religioso: el Estado argentino *toma partido* por la religión católica. Dicho eso, conviene hacer una salvedad: por más que Argentina, de acuerdo al artículo 2, sea en cierta medida un Estado *confesional*, ciertamente no es un Estado *teocrático*, donde todas y cada una de sus instituciones oficiales están insalvablemente atravesadas por los Evangelios del Catolicismo y su Derecho se reduce a ser un espejo del Derecho Canónico. La Constitución no es neutral en materia de religión, pero tampoco presenta su programa con la Biblia como único libro en la mano: las ideas del prócer Juan Bautista Alberdi, que inspiran su letra en grado sumo, reflejan las premisas liberales del siglo XIX en el reconocimiento de derechos individuales y limitación del poder.²³ De modo que el sostenimiento del culto católico se traduce en inspiración religiosa para el gobernante, simbología en las sedes oficiales, y eventualmente subsidios para la Iglesia Católica, pero no llega a quebrantar la libertad de culto para los ciudadanos ni a someter todas las conciencias individuales a un credo oficial único.²⁴ Reflejo de este tipo de relación entre Dios -cuya existencia es reconocida y alabada en el texto- y la libertad humana -cuyo

²³ En *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Alberdi (1980) presenta su proyecto de Constitución, en cuyo capítulo II referido al Derecho Público argentino, desarrolla el artículo 16 que consagra para todos los habitantes de la Confederación la libertad para trabajar y el derecho de disponer de sus propiedades, peticionar ante las autoridades, y publicar sin censura previa, entre otros.

Dicho proyecto fue -como su título indica- base para la posteriormente sancionada Constitución Nacional de Argentina, y el señalado artículo 16 fue base para el artículo 14, reconocedor de los derechos individuales de los habitantes de la Nación.

²⁴ La doctrina debate si el sostenimiento del culto católico incluye obligatoriamente un apoyo económico, o si la vinculación entre el Estado y el Catolicismo es esencialmente moral y puede o no derivar en subsidios de carácter económico. Lo que resulta claro de la letra es que, al contar la Iglesia Católica con un sostenimiento estatal del cual carecen otros cultos, aquella tiene una posición de preferencia y oficialidad que la distingue del resto.

aseguramiento es el propósito de su sanción jurídica- es el artículo 19, según el cual las acciones privadas individuales “que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2021). Es decir, el individuo es libre en mente y cuerpo, y en tanto no viole las disposiciones de orden público o derechos de terceros, puede actuar como desee, sin ser sometido por ello al juzgamiento de la autoridad humana, quedando lo actuado entre Dios y su consciencia.

En cuanto a la promoción del *bienestar general*, si ha de considerarse tanto el Liberalismo como el Catolicismo presentes en la Constitución, el autor con quien puede establecerse un punto de contacto entre la letra constitucional y la referencia religiosa es Tomás de Aquino, para quien la ley se ocupa del *orden a la bienaventuranza*. Al ser el más aristotélico de los católicos y el más católico de los aristotélicos, el Aquinate exhibe una obra que encaja mejor con la Constitución que la de otros autores católicos -por ejemplo, la de los platónicos, quienes sirven a visiones de menor libertad individual y mayor poder político-.

Por último, en relación a ambas Constituciones estudiadas, en sus planes originales tanto el proyecto norteamericano como el argentino buscan garantizar la *unión política* (la unión de las Trece Colonias independizadas de Gran Bretaña; la unión de las Provincias del Río de la Plata independizadas de España). La teoría en boga, en la época de sus respectivas sanciones cual Ley Suprema de cada país, es la del Contractualismo. Dadas las características atribuidas a los Gobiernos cuyas funciones delinean, y al reconocimiento de derechos presentes en su articulado -en el caso argentino- o en enmiendas e instrumentos complementarios -en el caso estadounidense-, ha de precisarse que la versión contractualista adecuada para ambos proyectos es la de John Locke. Su pacto originario refleja una sociedad civil compuesta por individuos libres cuyos derechos preexistentes a la ley positiva deben ser reconocidos por esta; y un Gobierno protector de dichos derechos limitado por la ley. No cuadra la opción de un Leviatán omnipotente o dominador a través del miedo, ni de un Gobierno que someta a los súbditos y en cualquier momento reclame sus vidas, como sugieren Hobbes y Rousseau respectivamente.

II.1.B) Bases de la concepción propuesta

La concepción aquí defendida no intenta presentarse como una propuesta original sin parangones; más bien se nutre de los aportes fundamentales de gigantes del pensamiento para que, desde dicha base general, se pueda abordar el tema concreto dentro de la órbita del Derecho

Administrativo. Así es que, evadiendo indebidas pretensiones y con el debido reconocimiento a los aportantes intelectuales, se procede a exponer las bases para una organización jurídica que permita *a posteriori* la concreción de la Administración Pública deseada.

Con ello en mente, deben dejarse en claro las visiones manejadas en relación al individuo y sus derechos, y al Estado y sus facultades, y a partir de allí construir conceptualmente de cara al objetivo.

La visión del individuo y sus derechos que se adoptará es la del Objetivismo de Ayn Rand. El hombre tiene absoluto derecho a su propia vida; es libre para actuar de acuerdo a su raciocinio; el reconocimiento del derecho de propiedad es lo que hace posible que ejerza sus facultades conservando lo creado o ganado; y su relación con los demás se da mediante el consentimiento y para mutuo beneficio. La explicación de los derechos se encuentra en la ley de identidad, ya que son los requerimientos de existencia del hombre como tal los que tornan necesario el reconocimiento de principios morales gracias a los cuales la persona lleva a cabo las acciones conducentes al sostenimiento de su vida.

Hasta ahí los derechos de los individuos. Pero al hablar de Estado, Gobierno y Administración, uno habla de entidades colectivas, grupales, o incluso si fueran unipersonales, *artificialmente creadas*, ideales, y estas ejercen facultades y prerrogativas. Por ende, la pregunta a formular es: ¿de dónde obtienen estas entidades su derecho o poder para actuar, y más aún, para actuar en representación *de otros*? Para responder, se recurre nuevamente a Rand y su teoría de los *derechos de un grupo*.

Acercas de la formación del grupo, escribe la autora: “Todo grupo o “colectivo”, grande o pequeño, es sólo una cantidad de individuos. Un grupo no puede tener otros derechos que los de sus miembros individuales” (Rand, 2006). Siendo un grupo una composición hecha de individuos, desde allí debe rastrearse el surgimiento de lo que se tome como *derechos del grupo*: “En una sociedad libre los “derechos” de cualquier grupo dado se derivan de los derechos de sus miembros, a través de su elección individual y voluntaria y del acuerdo *contractual* que formalizó su agolpamiento, y no son sino la aplicación de esos derechos individuales a propósitos específicos comunes” (Rand, 2006). Por lo tanto, es menester la comprensión de que el grupo como tal no tiene más derecho que aquellos pertenecientes a sus miembros, y estos derechos parten del principio de los *derechos individuales*, sin que signifiquen derechos a hacer algo no permitido por dicho principio:

Un grupo, como tal, no tiene derechos. Un hombre no puede adquirir nuevos derechos por el hecho de unirse a un grupo, ni pierde por ello los derechos que de por sí son suyos. El principio de los derechos del individuo es la única base moral de todos los grupos o asociaciones.

Cualquier grupo que no reconozca este principio no es una asociación, sino una pandilla o una turba. (Rand, 2006)

Los derechos individuales son los principios que definen la libertad humana para actuar legítimamente. Violar derechos individuales es actuar de modo ilegítimo, y por lógica no puede existir un derecho a violar otro derecho, lo que resultaría en la contradicción de legitimar lo ilegítimo. Por ende, en el contexto grupal *sub examine*, los individuos no pueden transferir a un grupo el derecho a violar derechos individuales; el grupo solamente puede ejercer derechos que provienen del principio de los derechos individuales cuyos integrantes titularizan.

En cuanto a la validez del grupo, esta se da respecto de su propósito y su mecanismo de formación. La finalidad se enmarca en los derechos individuales, y la participación de los involucrados no es forzosa: “Todo propósito de un grupo legítimo se basa en el derecho que tienen los participantes a la libre asociación y el libre comercio. (Por "legítimo", entiendo: no criminal y libremente formado, es decir, un grupo donde nadie está *obligado* a participar.)”. (Rand, 2006)

El descanso de la formación y ejecución de actividades del grupo en los derechos individuales de los integrantes se hace extensivo a toda formación grupal, incluyendo aquellas donde algunos actúan por cuenta y nombre de otros:

Esto se aplica a todos los grupos o asociaciones legítimas en una sociedad libre: sociedades, empresas comerciales, asociaciones profesionales, agremiaciones (*voluntarias*), partidos políticos, etc. También se aplica a todos los acuerdos de representación: el derecho de un hombre a actuar o representar a otro u otros deriva de los derechos que tienen aquellos a los que representa, quienes los delegan en él por elección voluntaria, para un propósito definido y específico, como en el caso de un abogado, un representante comercial, un delegado sindical, etcétera. (Rand, 2006)

Al continuar los razonamientos pasando al nivel de Nación, se conserva la estructura en torno a los derechos:

Una nación, como cualquier otro grupo, es sólo una cantidad de individuos, y no puede tener otros derechos que los de sus ciudadanos individuales. Una nación

libre, que reconoce, respeta y protege los derechos individuales de sus ciudadanos, tiene derecho a su integridad territorial, su sistema social y su forma de gobierno. El gobierno de una nación como ésta no es el dirigente, sino el servidor o *agente* de sus ciudadanos, y no tiene otros derechos que los que le fueron *delegados* por los ciudadanos para una tarea específica y delimitada (la tarea de protegerlos de la violencia física, derivada del derecho de los ciudadanos a la autodefensa). (Rand, 2006)

Entonces, lo que forma a una Nación libre es la delegación de los derechos de sus ciudadanos para protegerlos, y lo que justifica la organización jurídica de la nación es precisamente esa función de agente protector.

Con esta base de derechos del individuo y derechos del grupo (incluyendo derechos de la nación), se puede hablar del ejercicio de los derechos del Estado.²⁵ El nacimiento del Estado se da por la confluencia de derechos de individuos asociados con fines de protección mutua; el surgido ente ficticio solamente tiene los derechos que la asociación de individuos reales decide delegarle; y solamente puede ejercer sus facultades en protección de dichos derechos como propósito que justifica su existencia. Lo que equivale a decir que en todo momento el Estado tiene que estar a Derecho: en el parto, en la ejecución de sus objetivos, en la reparación de situaciones; siempre es el principio de los derechos individuales el mapa que indica el camino. O lo que es lo mismo, pero visto desde la otra ventana: el Estado no puede actuar por fuera del

²⁵ En este punto se pone de manifiesto un problema digno de atención tanto para el Contractualismo de línea lockeana como para el Objetivismo.

El primero explica el surgimiento de la sociedad civil a partir de la cesión de derechos de los hombres al Gobierno con fines protectorios. Pero si bien dicho procedimiento serviría para retratar una situación ideal donde *todos y cada uno* de los individuos efectuaran *consciente y explícitamente* el acto de cesión, esto no se verifica en la realidad: los Estados nacen aún sin el consentimiento de todos los que quedan bajo su jurisdicción, y lograrlo - más aun cuando se trata de millones y millones de personas- parece utópico.

En similar situación se encuentra el Objetivismo: si el grupo es válido cuando todos participan *voluntariamente*, y la Nación es un grupo como cualquier otro, todos los miembros de la Nación deberían estar incorporados por un acto de voluntad, lo que difícilmente tenga asidero, ya que accidentes geográficos y politización forzosa suelen acompañar la asunción de la nacionalidad por parte de un individuo. Y cuando la Nación establece un Gobierno, este no pregunta uno por uno a las personas por los derechos que van a transferir, ni si le reconocen toda autoridad legítima. Si el Gobierno únicamente tiene derechos delegados, y los grupos válidos son aquellos en que los individuos participan voluntariamente, ¿cómo se podría gobernar legítimamente una Nación donde no todos brindan su consentimiento, ni explícita y voluntariamente delegan derechos?

Si bien la búsqueda de respuestas a los interrogantes planteados resulta intelectualmente estimulante, se considera que tampoco es este el lugar apropiado para responderlos, ya que como se aclaró en su debido momento cuando se aludió al anarquismo, el contenido de este escrito, por más que indague sobre el origen del poder del Estado, para sus reflexiones presupone su existencia -la *aceptación* de su existencia, entusiasta por algunos o simplemente como un hecho de la realidad por otros-, y su objetivo principal tiene que ver con el ejercicio de competencias estatales, no con discutir eventuales falacias *non sequitur*, errores o lagunas en teorías que retratan su surgimiento.

principio de derechos individuales, no tiene derechos que no obtenga por delegación de derechos individuales, y no puede legítimamente violar derechos.

II.1.C) Crítica desde la perspectiva adoptada

Una vez que han sido aclarados los saberes y hechos históricos tomados como experiencia fructífera, y los principios desde los cuales aplica la concepción ofrecida, puede efectuarse una crítica respecto de lo que ha evolucionado hasta el presente, y decidir sobre aquello que sea útil mantener y aquello que pueda dejarse de lado, tanto de lo proveniente del pasado como de lo palpable en la actualidad.

Del Constitucionalismo liberal son dignos de tomar, en primera instancia, los (a veces implícitos en los instrumentos jurídicos) pilares de la *metafísica* y la *naturaleza humana* -presentadores de un individuo racional e independiente que actúa en un mundo cognoscible-, y de la *epistemología* -que a dicho individuo reconoce la capacidad de conocer los hechos de la realidad-.

A partir de esta concepción, se desarrollan *premisas éticas* que favorecen el desarrollo individual en libertad, siendo el ser humano amo y responsable de sus actos. Una persona que biológicamente se autosustenta; racionalmente puede comprender los fenómenos que suceden a su alrededor; y moralmente elabora un criterio de juzgamiento para elegir con responsabilidad; tiene dadas por naturaleza las condiciones para vivir como ser libre.

La unión del plano individual con el social -relacional entre individuos- se da en el *sistema político* de convivencia que los individuos racionales son capaces de diseñar para promover favorablemente los vínculos entre unos y otros; sistema que funda su validez en el reconocimiento de los derechos individuales, objeto de protección de las instituciones juridificadas.

Fundamentalmente existe en el Constitucionalismo liberal un entrelazamiento de lo que indican hechos de la realidad descubiertos mediante la razón; la edificación a partir de ellos de un código moral; y el reflejo de dichos descubrimientos naturales y desarrollos morales en el sistema jurídico, validado para consagrar la libertad de los individuos y limitar el poder que la reglamenta en sociedad.

Lo que se propone como puntos de modificación, epistemológica, metafísica y ética, son el fundamento en Dios de los derechos individuales, y en su caso, el sostenimiento de un culto religioso particular como cuestión de Estado.

Una disciplina como el Derecho debe ser capaz de sostenerse científicamente en relación a hechos contrastables y juicios de valor objetivos. Por ello, sus principios fundamentales no pueden depender en última instancia de una fuente no probada, mística, esotérica, imaginada o subjetivamente esgrimida. Incorporar a Dios como el creador de los individuos y el dador de sus derechos, o como la fuente suprema de razón y justicia, incurre -en la medida que se lo haga- en la mezcla de lo racional y científico con lo teológico, emocional o no evidente. El Objetivismo ha demostrado cómo una teoría de derechos individuales puede validarse exclusivamente en relación a las leyes que rigen la existencia y la naturaleza humana, sin incursiones conceptuales en planos superiores, otras dimensiones o terrenos celestiales de entidades sobrenaturales. Así las cosas, anclar el fundamento de derechos que se ejercen en la Tierra a hechos probados mediante teorías validadas en la Tierra, luce como lo científicamente adecuado.²⁶

Por las mismas razones, más una de tipo político, aparece como indeseable que el Estado se abraque a un culto determinado. Y esta adicional es que, en tanto agente que vela por la igualdad de derechos, el Estado tiene bajo su protección a una pluralidad de individuos con una pluralidad de intereses políticos, inclinaciones ideológicas y doctrinas morales; y al tomar partido por una religión, pone en riesgo la protección de los derechos de quienes no comulguen con ella, e inclina la balanza hacia quienes sí lo hacen. Peor aún, si el Estado sostiene económicamente al culto adoptado, y lo hace vía impuestos, está obligando a todos -en la medida que todos paguen- a financiarlo coercitivamente -sean o no practicantes del culto-. Además, las religiones organizadas tienen su propia agenda de intereses, y el Estado que decide consagrarlas y proveerlas de fondos queda en algún nivel atado a dicha agenda -o viceversa-, lo cual se aleja del propósito fundante de protección de derechos individuales de todos los ciudadanos y se mete en el terreno de la política aplicada de intereses particulares. Estos resultados suelen desembocar en un Estado que, más allá de los principios constitucionales que lo orientan, hace campaña por una ideología determinada con valores particulares convenientes a la corporación política que lo integra, independientemente de si resulta conveniente o no para los ciudadanos

²⁶ Debe quedar de manifiesto que la crítica al fundamento de Dios o la religión no se efectúa desde una posición positivista. El Positivismo propone una ciencia pura expurgada de toda mácula metafísica, y no mezcla en ella juicios morales. Por el contrario, el Objetivismo menciona a la metafísica como una rama fundante de la Filosofía, y favorece el análisis que la toma como punto de partida, así como los que integran la moral y el Derecho. Por lo tanto, el rechazo a incluir a Dios en textos políticos no necesariamente implica el rechazo a todo lo que implica la metafísica.

La negativa a fundar un sistema jurídico en Dios tampoco implica negar el derecho de alguien a creer en Dios o profesar una religión; derecho que es propio de cada individuo libre y cuya escogencia de valores a seguir encuadra en el ámbito de su esfera privada.

obligados a su pago. Ello es el marco propicio para que -enmascaradas en asuntos de Estado de trascendencia nacional, o en cualquier excusa inventada para que la Administración ejerza sus puestos poderes discrecionales- se tomen decisiones arbitrarias.²⁷

Luego del Constitucionalismo liberal emparentado con el Estado de Derecho, viene el crecimiento estatal auspiciado por la herencia de la Revolución Francesa y el modelo del Estado Social de Derecho. En este punto aplican tanto las observaciones de Bidart Campos como las de Cassagne, sobre la Revolución y el aspecto intervencionista del Estado Social respectivamente, citadas en el capítulo inicial de la tesis.

El poder limitado sigue los lineamientos de la Revolución Gloriosa y la Revolución Americana, ambas dedicadas a “marcarle la cancha” al gobernante; por el contrario, el poder desatado y amplificado es legado jacobino. El crecimiento de las competencias del Estado, frente al cual no puede rivalizar ni siquiera el Estado Absoluto de siglos anteriores, tiene que ver con el perfilamiento de la autoridad de acuerdo a la noción revolucionaria francesa del poder.

En el siglo XX, Estados admiradores de la fase estatista de la Revolución Francesa y en cuyo seno anidó la noción de soberanía de Rousseau, se dedicaron a aumentar sus competencias legales y su intervención en la vida civil y económica de la población, siempre en nombre del orden público y el bienestar general. Los fines públicos autónomos del Estado tomaron preponderancia en la escena política, y a ellos debieron subordinarse los fines particulares de los ciudadanos, que no podían contradecirlos ni desafiarlos.

²⁷ Hay otro caso respecto de la identidad que asume el Estado, y es el de su identificación histórica y cultural. Esto es, una identidad secular, más allá de la influencia religiosa.

Este supuesto, que no incluye necesariamente o no se equipara con el sostenimiento de un culto religioso, tiene que ver con la simbología nacional, la reivindicación de los próceres y padres fundadores, la conservación del legado histórico en instituciones y lugares de público acceso, y la conmemoración en el calendario oficial de fechas patrias, entre otras manifestaciones. Así, se observa que Estados Unidos, Argentina y demás países preservan el recuerdo de su gesta independentista en celebraciones anuales, e incluyen retratos de patriotas en los billetes de circulación legal.

Otro ejemplo es el de Israel, un Estado *culturalmente* judío -lo que se refleja en su himno nacional, bandera y días hábiles de trabajo- que a la vez reconoce derechos y procedencias de minorías que viven en su jurisdicción (por caso, árabes que gozan de igualdad ante la ley; carteles en la vía pública que están escritos tanto en hebreo como en árabe; y financiamiento estatal a la educación destinado tanto a escuelas judías como árabes). La religión judía organizada políticamente tiene influencia o dominio en asuntos como la institución del matrimonio -desde la perspectiva aquí defendida, de manera indebida-, pero no domina todo el aparato estatal.

Casos como este último pueden ser motivo de un análisis distinto al efectuado sobre el Estado y la religión, en la medida en que la identificación histórica y cultural del Estado se sustente en la preservación de sus raíces y el recuerdo de quienes lograron su independencia, y no tenga la intención de ideologizar coercitivamente a la población para volcarla a intereses políticos estatistas, corporativos, sectarios o partidarios.

En los casos extremos como la Cuba comunista, la Administración Pública directamente arrasó con las esferas individuales y privadas. El sentido de la vida social se redujo a lazos de solidaridad autoproclamados por el poder, lo que implicó la identificación total de los particulares con los objetivos del Estado, y su contribución a la actividad pública perfilada como sustentadora de todos. De tal modo, el principio de un *Estado al servicio de la población* quedó subvertido, y se pasó al principio de la *población al servicio del Estado*.

A su vez, en el mismo siglo y en otros lares, se produjo la consolidación del Estado Social de Derecho. En su teoría, este no se proponía abiertamente como una dictadura comunista, fomentando la socialización total de la vida ciudadana y sus bienes materiales; existía una diferencia gradual respecto de los casos extremos en el nivel de colectivización. Pero sí compartía la premisa básica de todo colectivismo -ético, ideológico y/o político-: la *subordinación de lo individual a lo grupal*, lo que en clave estatista significa la subordinación de los particulares al representante de la voluntad general -el Estado-.

Presentado como un mejoramiento necesario, el Estado Social de Derecho rivalizó con su antecesor Estado de Derecho en principio y rol. El Estado de Derecho protegía la libertad de los particulares individualmente considerados; el Estado Social de Derecho fomentaba la igualdad del cuerpo poblacional. El Estado de Derecho mantenía un rol *pasivo-reactivo*: la sociedad civil interactuaba libremente, y la autoridad intervenía allí donde era requerida para reestablecer el orden público. El Estado Social de Derecho proponía un rol *activo permanente*: incidía en las interacciones sociales bajo el criterio de la solidaridad, fuera redistribuyendo, fuera ayudando a la parte percibida como la más débil; y el restablecimiento del orden público se hacía en conjunto con la programación de un alegado progreso social general.

El proyecto del Estado Social de Derecho, por su enfoque y aplicación, se logró en detrimento de los derechos individuales, los cuales perdieron valía propia y pasaron a ser entendidos desde el prisma estatal del igualitarismo social y la redistribución de la riqueza por medio de la política activa. Cada intervención estatal ganó más terreno para la burocracia y provocó la gradual pérdida de libertad de la sociedad civil.

En ese itinerario, donde antes se regulaba la salubridad pública, se sumó alimentación, insumos básicos, precios, términos de intercambio, cadena de producción, y un largo etcétera. Donde antes se regulaba la seguridad pública, se sumó entretenimiento, negociaciones salariales, disposición de los lugares de recreación, y otro largo etcétera. Donde antes se regulaba la

moralidad pública, se sumó censura discursiva, militancia obligatoria para un determinado partido político, afiliación inexcusable al sindicato, y nuevamente el largo etcétera.

El estatismo de la Revolución Francesa conduce a la represión de manifestaciones inocentes, persecución de la disidencia, y adoctrinamiento en las escuelas y universidades. La edificación de un Estado Social de Derecho pierde la razón de ser del Estado, que es la protección de los derechos individuales, y lo transforma en su principal y sistemático violador. El estatismo, tanto en el siglo XVIII como en el siglo XX, ata la vida de los particulares al deseo de la clase política, y carga los fracasos y desatinos de la última sobre los hombros de los primeros.

De la razón de los individuos para sostener un Estado se pasa a la razón de Estado para sostener y manejar individuos. Someter mediante impuestos progresivos; quitar incesantemente mayores tajadas de propiedad privada; expropiar invocando la utilidad nacional y escondiendo intereses personales y sectarios incompatibles con la función pública; perseguir mediante el aparato fiscal; disciplinar discursos; ideologizar la educación; son todas manifestaciones de un Estado que se ve cada vez más poderoso frente a ciudadanos cada vez más desiguales.

Desde la perspectiva aquí defendida, ambas posturas -la revolucionaria francesa y la del Estado Social de Derecho- deben ser abandonadas; y ha de buscarse la recuperación de lo mejor del Constitucionalismo liberal originario y el Estado de Derecho, sumando la aplicación del Objetivismo. Valga decir, *dejar el estatismo* y volver al *poder limitado* y *los derechos individuales*. Frenar el estatismo es indispensable para la conservación de los derechos a la vida, libertad y propiedad. En un país que se jacte de la buena vida y libertad de sus ciudadanos, no puede haber lugar para un Estado dominador y opresor de la iniciativa particular, que proyecte objetivos divorciados de la protección de los derechos individuales.

La consolidación de tal modelo de Estado también exige rechazar lo que incluso algunos partidarios de poderes desconcentrados, equilibrados y limitados aceptan como jurídicamente válido: que el hombre tiene dimensiones sacrificables -lo que tiene y lo que hace- y no sacrificables -lo que es-; y que el interés individual -de menor o igual rango ético- incompatible con la solidaridad y el aumento del bienestar comunitario debe sacrificarse en favor de fines públicos. Estos enfoques, como el desarrollado por De la Morena y De la Morena, no tienen afinidad con la concepción expuesta. Ningún individuo es sacrificable en ninguna de sus facetas -ni lo que es como persona, ni la productividad generada por su trabajo, ni sus acciones practicadas en ejercicio de la libertad- para satisfacer supuestos mecanismos solidarios impuestos por otros.

Tampoco el individuo debe ser objeto de sacrificio para que se cumplan alegados fines comunitarios, que priorizan ciertos intereses sobre otros al parecer de menor valía, en base a decisiones ajenas al perjudicado. Quienes determinan arbitrariamente la menor valía de algunos intereses no tienen derecho a someter mediante su criterio a los portadores que viven en paz y no perjudican derechos de terceros.

En este sentido, debe tenerse una extrema precaución con las definiciones del fin público; concepto elástico que sirve a estatistas, autoritarios y funcionarios sin vocación por la justicia, para direccionarlo hacia cualquier agenda que los beneficie en niveles de poder y los satisfaga ideológicamente, sin que reparen en los derechos que atropellan en la ruta. El fin público, el orden público, y expresiones afines, deben significar la defensa de los derechos particulares y la garantía de condiciones aptas para su ejercicio (mediante reglas reconocedoras de la libertad y la propiedad, vías para petitionar a las autoridades y obtener resoluciones fundadas, y mecanismos para la pacífica resolución de conflictos).

Finalmente, ya en el siglo XXI, la crítica debe posar sus ojos sobre el Posmodernismo, que domina gran parte de los centros de producción intelectual, sean estos políticos, educativos o culturales, públicos o privados. Sus premisas son las más aceptadas, y tiñen con su color las ideas circundantes, las opiniones más escuchadas, y las instituciones sociales.

El Posmodernismo concibe la existencia como un escenario de permanente conflicto entre facciones, donde chocan reivindicaciones identitarias, raciales, históricas y territoriales. Frente a ello, toma partido por los percibidos como segregados, discriminados, excluidos y subyugados. Y a partir de su elección, programa y ejecuta políticas tendientes a favorecer colectivamente su bando.

De la agenda política posmoderna surgen proyectos jurídicos que trasladan los conflictos al primer plano del mundo legal. Frente a la percibida lucha entre hombres y mujeres donde el primero es el machista dominador y la segunda la víctima dominada, surgen códigos penales y políticas públicas con *perspectiva de género*. Frente a la percibida lucha entre el heterosexual y el homosexual, transgénero o no binario, donde el primero es opresor y el segundo es oprimido, surge la asunción del Estado de la agenda del *lobby LGBTQ+*. Frente a la percibida lucha entre el empresario capitalista y el trabajador, donde el primero es explotador y el segundo explotado, surge *legislación laboral* de tinte socialista. Frente a la percibida lucha entre el hombre blanco y el hombre negro, donde el primero es discriminador racista y el segundo discriminado, surgen medidas de *discriminación positiva* e inclusión de *cupos raciales*. Frente a la

percibida lucha entre los países desarrollados y los países del tercer mundo subdesarrollados, donde los primeros son imperialistas y los segundos expoliados, surge el *proteccionismo* de la industria nacional y la traba aduanera. Frente a la percibida lucha entre el descendiente de los conquistadores europeos y el descendiente de los nativos, donde el primero es usurpador y el segundo legítimo heredero de tierra ancestral, surgen las políticas de los *pueblos originarios* con reclamos territoriales y permisión de aplicar reglas propias contrarias a la Constitución - incluso bajo su jurisdicción-.²⁸

A riesgo de parecer contradictorio -lo cual poco le importa debido a su propia naturaleza epistemológica-, el Posmodernismo -que luce seguro en sus diagnósticos de conflicto y sus soluciones colectivistas- paralelamente asevera que no puede conocerse la realidad y que la objetividad es imposible. Su propuesta agrupa al escepticismo respecto de la mente humana, el relativismo moral en rechazo de absolutos, y el subjetivismo que repudia principios racionales. Todo lo cual, trasladado al ambiente jurídico, desemboca en la imposibilidad de una Constitución racionalmente validada por los hechos y la experiencia histórica, y de leyes que satisfactoriamente den cobertura y solución objetiva a situaciones de la vida social. En una guerra de subjetividades, intereses de clase y poderes políticos, lo falsamente pretendido como objetivo cede a la imposición ideológica.

²⁸ Criticar la agenda política posmoderna no conlleva la negación de problemas históricamente acreditados. Han existido y existen en el mundo sistemas políticos y códigos morales racistas, machistas, homofóbicos y explotadores. Lo que se denuncia del Posmodernismo son los enfoques parciales, tendenciosos, ideologizados y falaces. Enfoques que mantiene con especial saña contra la civilización occidental y el Capitalismo.

En países donde actualmente no puede hablarse de sistema machista, los posmodernos hacen creer que efectivamente rige uno, y fabrican enfrentamientos entre hombres y mujeres para llevar el conflicto a los primeros planos. Algunas feministas posmodernas llegan a afirmar que existe una mancha intrínseca en los hombres, por la que inevitablemente violentarán a las mujeres, por lo que se hace necesario desfavorecerlos legalmente. En paralelo, bajo el prisma del multiculturalismo o el relativismo cultural, se niegan a criticar Estados musulmanes donde rigen palpables discriminaciones contra la mujer.

En países que han solucionado el racismo sistémico, y que además luchan contra manifestaciones sectarias sobrevivientes (que son mayoritariamente repudiadas), los posmodernos quieren elevar la excepción al lugar de la regla. Hablan de privilegios de blancos y cultura opresora hacia negros, mientras cierran los ojos a manifestaciones racistas contra blancos por parte de grupos autoproclamados representantes de negros como *Black Lives Matter* (BLM).

En Estados donde hay igualdad de derechos para los ciudadanos independientemente de su orientación sexual, e incluso políticas activas en pro de miembros de la comunidad LGBTQ+, los posmodernos reclaman por privilegios y constantes subsidios para estos últimos a la par que martillan consciencias sobre deudas y culpas históricas de las personas heterosexuales. En sintonía con antedichas posturas, no repudian las dictaduras islamistas o de izquierda donde hay o hubo militancia oficialista en contra de la diversidad sexual.

Finalmente, en Estados que se han abierto al comercio y cuyos habitantes pueden practicar el Capitalismo, los posmodernos denuncian explotación laboral por parte de avaros empresarios sobre una clase trabajadora pauperizada. Luego, cierran los ojos a estadísticas indicativas de mayor crecimiento económico y disminución de pobreza en esos países donde la economía resulta favorable a la iniciativa privada; y alaban regímenes comunistas y socialistas donde hay una efectiva explotación del Estado sobre ciudadanos desposeídos, hundidos en la pobreza, y condenados a vivir sin movilidad social.

Llevados el conflicto y el subjetivismo al Derecho Administrativo, las implicancias son una Administración parcial que ve con buenos ojos a grupos protegidos y con recelo a quienes pertenecen al grupo equivocado; órganos no obedientes a criterios de objetividad; y propensión a las arbitrariedades en todas y cualquiera de las acciones. Ese tipo de Administración es tendenciosa e imprevisible, pero no porque sea una mala Administración -según la norma-, sino porque la objetividad no tiene cabida en el mundo (por ende, tampoco en el mundillo jurídico) y porque la naturaleza de la ley es así -un rejunte de imposiciones de los dominantes sobre los dominados, que el Posmodernismo llama a corregir y dar vuelta-.²⁹

La concepción defendida en este capítulo, para no quedarse atrás en su desarrollo ni al margen de los debates de su época, y poder generar una oportunidad de impacto académico, debe dar respuesta a los dos supuestos posmodernos de conflicto social permanente e imposibilidad de la objetividad.

Para el punto de conflicto social, el Objetivismo provee un principio distinto como respuesta: *no existen conflictos de intereses entre hombres racionales*. Al contrario del Posmodernismo, que imagina enfrentamientos naturales, guerras perpetuas y diferencias irreconciliables entre clases, géneros y razas, Ayn Rand propone cuatro consideraciones a tener en cuenta para dilucidar y tratar los intereses en cuestión: la realidad, el contexto, la responsabilidad y el esfuerzo.

Respecto de la *realidad*, la autora escribe: “Al elegir sus metas (los valores específicos que busca obtener y/o mantener), lo que guía a un hombre racional son sus pensamientos (a través del proceso de raciocinio), y no sus sentimientos o deseos” (Rand, 2006). El individuo emplea un proceso de razonamiento para identificar lo que necesita en relación a los hechos de la realidad, y solamente dentro de ese contexto de conocimiento valida un deseo y actúa para alcanzar aquello que pretende. Quedan excluidos los caprichos y deseos contradictorios que -al no estar orientados hacia la realidad bajo un criterio racional, y resumirse en meras subjetividades sin sustento- colisionan entre sí, y también contra los deseos de los demás individuos.

El *contexto* resulta indicativo, en lo personal, del marco donde el individuo racional mantiene sus convicciones, relacionándolas con el resto de su conocimiento a fines de evitar

²⁹ Si la ley es siempre mero reflejo de los intereses subjetivos del grupo enquistado en el poder que se impone a los relegados, de llevarse el razonamiento a la consistencia extrema ha de decirse que la ley del Estado, de tinte posmodernista, que viene a solucionar desigualdades y reivindicar oprimidos, no puede ser objetiva, sino simplemente otra versión de subjetivismo normativo. No hay un paso de la subjetividad a la objetividad, sino de unos intereses legalmente reflejados a otros intereses legalmente reflejados, de un grupo de poder a otro que se vuelve poderoso.

contradicciones. Y en lo concerniente a la vida en sociedad, lo contextual refiere al proceso por el cual un individuo interactúa con otros individuos. En una sociedad de hombres racionales, el modo de vincularse es voluntario, a través del comercio:

En este sentido, un hombre racional jamás desea algo, o persigue una meta, que no pueda alcanzar a través de su propio esfuerzo. Intercambia un valor por otro. Nunca busca ni desea lo que *no ha ganado*. Si trata de lograr un objetivo que requiere la cooperación de muchas personas, jamás contará con otra cosa que no sea su capacidad para persuadirlas y lograr su acuerdo voluntario. (Rand, 2006)

La *responsabilidad* implica que cada individuo debe hacerse cargo de sostener su propia vida y buscar la realización de sus valores, y en relación a la interacción en sociedad, que debe juzgar el mundo social y desarrollar las virtudes necesarias para actuar en él. Las personas racionales no permanecen de manera acrítica a merced de intereses ajenos, ni delegan el ejercicio del pensamiento a otros. No se acoplan a un contexto social diseñado y preestablecido por terceros, aceptando dogmas sin digestión y desligándose de actuaciones para cambiar lo que se considera incorrecto. Las personas racionales tampoco buscan vivir parasitariamente del trabajo ajeno, como si existiera en cabeza de los vecinos el deber existencial de mantenerlas. Al adoptarse la actitud de dejadez y desentendimiento de lo requerido para el propio sustento, se adquiere en paralelo conformismo y dependencia en los demás, sin voluntad de detenerse a pensar en la carga que otros deberán asumir en tal situación. En palabras de Rand: “Al abandonar la responsabilidad sobre los propios intereses y la propia vida, se abandona la responsabilidad de tener que considerar los intereses y las vidas de otros, de aquellos otros que, en cierta forma, proveerán la satisfacción de nuestros propios deseos” (Rand, 2006).

El *esfuerzo* puntualiza que el individuo responsable de sí mismo debe actuar por sí mismo para sustentarse. La riqueza no le viene dada de manera automática en la naturaleza, sino que requiere un proceso de acción para ser generada. Y ese abastecimiento realizado en interés propio, en la medida que no interfiere con derechos de terceros, implica una productividad legítima, y no la adquisición de algo al precio de someter a otros:

[El hombre racional] Sabe que todos los beneficios deben producirse, que la ganancia de un hombre no significa la pérdida para algún otro, que el logro de cada ser humano no se consigue a costa de aquellos que no lo obtuvieron.

En consecuencia, jamás imagina que posee algún tipo de derecho unilateral e inmerecido sobre hombre alguno, y nunca dejará sus intereses a merced de nadie o de ningún factor concreto. (Rand, 2006)

Teniendo presentes las cuatro consideraciones señaladas, se logra la convivencia pacífica entre individuos racionales. Quienes saben que sus valores e intereses deben orientarse a la realidad y no reducirse a caprichos; son responsables por su propia vida y lo que esta requiere para mantenerse; entienden que la relación moral con otros es mediante la voluntad y la persuasión en vez de la imposición y la fuerza bruta; y conducen sus esfuerzos al logro de objetivos sin pretensiones de parasitar el trabajo ajeno; son capaces de interactuar de modo civilizado y constituir una sociedad libre.

Ahora bien, para el Objetivismo la racionalidad no implica infalibilidad ni omnisciencia. De allí que el hecho de tratarse de una sociedad de seres racionales no quiere decir que nunca vaya a aparecer una situación de *aparente* conflicto. Pueden existir, y de hecho existen, desacuerdos honestos entre hombres honestos.

Porque hay criterios dispares, interpretaciones diversas, razonamientos no coincidentes, y errores intelectuales honestos, los conflictos aparentes se suscitan aun cuando las partes basan (o quieren basar) sus intereses en la realidad. Cuando se presenta tal situación, cada parte debe chequear sus premisas, reevaluar si hay algún error honesto escondido o elemento irracional que tiñe su reclamo, y de encontrarse, aceptar la equivocación y corregir la posición. Al eliminar un reclamo indebido, o al menos la parte injustificada del mismo, la eventual disputa encuentra solución mediante el mutuo entendimiento; lo cual se torna imposible cuando, en vez de individuos racionales, los disputantes -o uno de ellos- se mece en irracionalidades, antojos y deseos sin sustento. Llegado el caso donde -a pesar de practicar la racionalidad y moverse con honestidad- los individuos no concuerdan en su visión del asunto, se recurre a las instituciones mediante las cuales se dirimen conflictos de manera civilizada y no cavernaria.

Esta perspectiva no conflictiva en lo personal y social puede trasladarse al plano estatal, donde también se hace notoria la distancia respecto del Posmodernismo. El planeamiento del Estado diferirá sustancialmente si quienes se encargan de ejecutar sus funciones piensan que existe un conflicto social permanente y metafísicamente irresoluble, o si piensan que individuos racionales no tienen que necesariamente conflictuar entre sí. Es diferente imaginar una autoridad pastoral para poner orden a una manada que de ser desatendida se pelea y desbanda, a

concebir un agente al servicio de personas responsables, maduras y capaces de valerse por sí mismas.

Si bien el Posmodernismo no cuenta con una Biblia donde se consagre hasta el fin de los tiempos un modelo estatal determinado, sus intelectuales suelen ser colectivistas socialistas o socialdemócratas, en mayor o menor medida alineados a la izquierda según los términos de la clasificación política. Esto se traduce en un Estado económicamente interventor y discursivamente regulador.³⁰ Concretamente en el aspecto conflictivo, como se dijo *ut supra*, a partir de la visión divisoria de lucha entre clases y grupos sociales, el Estado implementa políticas atinentes a favorecer y reivindicar los percibidos como oprimidos, lo que conlleva perjuicios para los presuntos opresores.

En cambio, el Objetivismo y las corrientes liberales que no ven conflicto natural entre individuos sino la posibilidad de armonizar intereses y convivir pacíficamente, son partidarios del Gobierno limitado a funciones específicas de protección y administración de justicia, sin dirigismo económico, tuteladas exageradas ni invasiones a la privacidad individual. El Estado reconoce derechos preexistentes y la libertad de actuación, e interviene para reestablecer el orden jurídico donde se han provocado ilicitudes, pero no se mete en la generación de conflictos artificiales, ni quiebra la igualdad ante la ley expropiando o censurando a un grupo de ciudadanos para beneficiar económica o propagandísticamente a otro grupo. Individuos racionales que integran la sociedad civil son capaces de vivir según sus criterios, valores y virtudes sin el paternalismo estatal que dirija su presente y planifique su futuro; e individuos racionales que integran el aparato estatal se dedican según su mejor entendimiento a la ejecución de sus delineadas funciones administrativas, militares, policiales y judiciales en cumplimiento de leyes objetivas.

En conexión con esto último, la concepción defendida se afinca sin tapujos en la objetividad para explicar la realidad y justificar sus principios. La mente es una herramienta idónea para comprender el mundo; la ética reconoce derechos individuales absolutos que no dependen del estado de ánimo de autoridad política alguna; y la acción humana exitosa se guía por

³⁰ La paradoja -o contradicción- que reside en el seno de teorías posmodernas es que, por un lado, son críticas del poder represivo del Estado cuando es ejercido contra delincuentes a los cuales perciben como “víctimas de la sociedad” -lo que los lleva a proponer desde el minimalismo hasta el abolicionismo penal-, y por otro, son aduladoras del Estado grande y poderoso que coactivamente dirige las finanzas del país sometiéndolo a patrimonios y reprimiendo con látigo en mano a evasores de sus políticas intervencionistas. A este poder interventor en la economía, se le suma el cada vez mayor nivel de intervención en la libertad de expresión y publicación, a través de la moderación política de discursos bajo cánones progresistas; institutos dedicados a censurar y exigir retractaciones públicas; regulaciones a medios de comunicación; y amonestaciones a incumplidores de la “corrección política”. Por lo tanto, el que comete un crimen puede ser favorecido, y el que no lo hace puede ser atacado.

principios racionales basados en los hechos de la realidad. Se consagran el absolutismo de la realidad, la moral objetiva como el código de conducta a seguir, y la razón como facultad que descubre lo segundo estudiando lo primero. Trasladado al ambiente jurídico, el posicionamiento resulta conducente a una Constitución como Ley Suprema racionalmente ideada y estructurada en base a principios validados en hechos constatables; y leyes subordinadas que no signifiquen privilegios ni castigos por pertenencia a un género, clase económica o grupo con color de piel determinados, sino una normación abstracta e impersonal destinada a la realización de la justicia. En un escenario cognoscible, donde personas racionales actúan libremente en el mercado, intercambiando bienes y servicios a voluntad, el Estado mide su rol en relación al reconocimiento y protección de derechos individuales, garantizando contratos y empleando la fuerza únicamente contra quienes la inician en violación de los derechos y el marco institucional que jurídicamente los plasma.

Llevadas la racionalidad y la objetividad al terreno del Derecho Administrativo, la implicancia es una Administración imparcial que no discrimina por criterios colectivistas sino que asume el compromiso de cumplir sus tareas en beneficio y consideración de los derechos de todos los administrados; órganos que procuran la objetividad en el desenvolvimiento de dichas tareas, alejados de eventuales antojos personales de funcionarios y operadores que firman con el sello estatal; y propensión a cumplir funciones inmersas en el principio de juridicidad, sean regladas o discrecionales. Este tipo de Administración busca ser un faro de seguridad jurídica que brinda claridad a las reglas de juego; y si llegado el caso comete errores -ya que como creación humana no será perfecta sino *perfectible*-, al menos contará con herramientas para corregir aquellos aspectos que correspondan a su competencia, y para todo supuesto donde se requiera un tercero juzgador estará sometida por una implacable juridicidad a dar cuenta de sus actos.

II.2.- Edificación del Derecho Administrativo

Sentadas las bases filosóficas y constitucionales que aportan la visión ética y política fundamental y de supremacía legal respectivamente, toca concentrarse en el Derecho Administrativo que a partir de allí se construye y la Administración diseñada según esos principios generales.

Se seguirá el siguiente orden expositivo en el tratamiento del tema: prioridad de lo reglado; limitación de la discrecionalidad; conexión a través de la reglamentación de lo

discrecional; abolición de la arbitrariedad; y enfoque negativo desde la óptica de los derechos de los administrados.

II.2.A) Prioridad de lo reglado

La Administración Pública que no gusta de ser controlada en el ejercicio de sus funciones y puja por aumentar los márgenes de actuación, procura que haya vaguedad en reglamentos y normativas -así puede desenvolverse con mayor cintura según sus criterios e interpretaciones, y no con tanto apego a la letra escrita-; no dejar demasiada constancia de sus actos -lo que disminuye la posibilidad de encontrar prueba para fundamentar eventuales reclamos en su contra-; y la amplificación de la gama de conductas discrecionales a adoptar -así no juega la pre-determinación conductual, y más decisiones pueden tomarse a conveniencia o “sobre la marcha” por los operadores actuantes-.

Por el contrario, la Administración Pública comprometida con la correcta institucionalidad, entiende que lo óptimo es la claridad lingüística y legal en vez de la ambigüedad; el asentamiento de los actos por vía idónea es fundamental para la rendición de cuentas; la división, equilibrio y control entre poderes estatales y órganos actuantes demanda ciertas predeterminaciones legales de conductas, provenientes de una fuente institucional a ser aplicadas sobre las competencias de otras instituciones; y aspectos reglados contribuyentes al afianzamiento de los actos administrativos y la previsibilidad del ordenamiento jurídico.

Si el sistema pretende que la Administración rinda honores al principio de juridicidad y no escape al deber de rendir cuentas, debe asentar en su lista de prioridades el aspecto reglado en el ejercicio de facultades administrativas. Es la forma de definir anticipadamente conductas necesarias que deben adoptarse en supuestos determinados, hacer constar la fundamentación de los actos de manera precisa, y lograr un efectivo sometimiento del propio Estado a la normativa vigente.

Esta idea no equivale a bloquear el ejercicio discrecional de facultades allí donde son aplicables, ni consiste en atar de pies y manos a los órganos jurídicos de modo que no puedan cumplir satisfactoriamente con las competencias que son llamados a ejercer. Sí implica priorizar la *certeza* en el accionar administrativo, y que la discrecionalidad no se transforme en la excusa perfecta para promover solapada e inadvertidamente iniciativas arbitrarias, que por más refugio que busquen -y ocasionalmente encuentren- en la norma, no pueden explicarse desde criterios de oportunidad, mérito y conveniencia viciados por los antojos de quien empuja las actuaciones.

Lo reglado tiende a la explicitud, y la explicitud en los elementos del acto administrativo permite identificar origen, fundamento y consecuencias. Un acto administrativo que responde a aspectos reglados, y se apoya en la explicitud de sus elementos configurativos, facilita en modo directo el saber respecto de quién se dicta, sobre qué hechos recae, autoridad competente de la cual emana, requisitos formales de cumplimiento, antecedentes basales de hecho y derecho, motivación sustentadora y finalidad buscada.

II.2.B) Limitación de la discrecionalidad

Domingo Sesín, en consonancia con la letra de nuevas Constituciones y la tendencia doctrinaria vigente, entiende que la Administración sometida a la juridicidad conlleva el reconocimiento de los principios generales del Derecho como fuente de la actividad administrativa, además de la ley. Por derivación del principio general, la discrecionalidad “queda atrapada dentro de la juridicidad de donde proviene en forma expresa o implícita” (Sesín, 2012).

El autor sostiene que no obstante las apreciaciones subjetivas, y la variabilidad y el ámbito de libertad decisoria que envuelven las actuaciones discrecionales y políticas, toda conducta administrativa debe acoplarse a la juridicidad:

Considero que la discrecionalidad es “una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente a quien ejerce la función administrativa, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho”.

La apreciación subjetiva que incumbe a la Administración realizar ponderando el interés público, la libertad de elección y la sujeción al orden jurídico, constituyen los tres presupuestos esenciales que inexorablemente debe tener toda actividad discrecional.

La apreciación subjetiva puede consistir, alternativa o conjuntamente, en una ponderación de intereses, valoración de mérito, oportunidad, conveniencia, utilidad, celeridad, etc. No constituyen presupuestos fijos o inamovibles sino elementos contingentes y variables.

Si en la concepción actual las modernas Constituciones subordinan la actuación de la Administración al orden jurídico, ello significa, en su proyección práctica, que tanto lo discrecional como lo político forman parte del orden jurídico de donde provienen en forma expresa o implícita. Es decir, que aun cuando en esencia

trasuntan un ámbito de libertad, no se desarrollan fuera del derecho, tampoco devienen sólo de la norma legal, sino que actúan en los estamentos administrativos más diversos y en mayor o menor porcentaje en toda la pirámide normativa. (Sesín, 2012)

Así que, por un lado, se marcan con cal los márgenes de la cancha donde entra a jugar la discrecionalidad, y esto es siempre dentro del Derecho íntegramente considerado.

Por otro lado, es dable efectuar una apreciación. Si bien no debe confundirse la clasificación de *lo reglado* y *lo discrecional* con la categorización de *lo escrito* y *lo no escrito*, puesto que los actos discrecionales también se asientan en papel, lo cierto es que los aspectos reglados tienden a explicitar los elementos del acto administrativo e invocar el cumplimiento de la normativa con mayor solvencia, ya que las maniobras habilitadas por los aspectos discrecionales en ocasiones se prestan -aun tratándose siempre de opciones válidas- para el ensayo de justificaciones donde no se tiene en cuenta el debido respeto por los derechos del administrado, sino indebidas conveniencias circunstanciales del personal administrativo, parte de lo cual queda “en el aire”, porque lo que no resulta conveniente es asentar todo lo que se tuvo en cuenta para tomar ciertas decisiones. Vale aclarar, la discrecionalidad propiamente considerada no habilita conductas antijurídicas ya que por su propia naturaleza jurídica solamente puede dar a elegir alternativas válidas; pero su (mala) utilización en la práctica por parte de operadores no apegados a la juridicidad, abre las puertas a las conductas no deseadas por el Derecho en su integridad, que son las arbitrariedades e ilegalidades.

Entonces, lo conveniente para una concepción de Administración responsable con poderes limitados es que el margen de actuación discrecional se mantenga estrecho para supuestos donde resulta necesaria una decisión no predeterminada, y dada la imposibilidad de prever normativamente de antemano y en forma expresa todos los casos que pueden aparecer en la práctica, que la actuación administrativa en tales circunstancias se encuentre a tono con los principios generales del Derecho.

Dichos reclamos se yerguen como justos en búsqueda de una actuación administrativa idealmente previsible, contenciosamente revisable, prácticamente criteriosa y jurídicamente ajustada.

II.2.C) Conexión a través de la reglamentación de lo discrecional

Acorde a la teoría de los actos híbridos, los actos administrativos tienen elementos reglados y elementos discrecionales, por lo tanto, más que efectuar una división tajante de formas puras que nunca se tocan, corresponde enfocarse en qué características tiene cada uno de esos elementos, y así evaluar la respectiva cumplimentación. Si es un elemento reglado, el foco se situará sobre lo que la norma encarga observar obligatoriamente. Si es un elemento discrecional, sobre los márgenes a ser respetados en la toma de decisiones.

Aun cuando la Administración elige discrecionalmente los caminos válidos que se abren ante sí, encuentra normativa ineludible; los caminos no van por el aire sin sujeción alguna, sino que están pavimentados y delimitados por reglas jurídicas. En tales supuestos, la decisión del órgano se pone de manifiesto en el acto administrativo, y a la par -a fines de su validez-, este cumple con requisitos reglados obligatorios donde la decisión queda contenida. Así, la Administración elige la opción en mejor estima, y el acto emanado en consecuencia sella su poder generador de efectos jurídicos haciendo constar normativamente motivación y justificación.

Cítese el ejemplo de los contratos públicos. La ley 1150 de contratación pública aprobada por el Congreso de la República de Colombia en 2007, establece en su primer artículo que la “escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa”, consagrando como regla la licitación y a modo de excepción el resto de las opciones (Senado de la República de Colombia, Senado de la República, 2021). De tal modo, se ejercerá la discrecionalidad administrativa a la hora de celebrar contratos públicos y elegir la modalidad para escoger contratista, pero en concordancia con los límites reglados dentro de los cuales se practica lo discrecional. En una situación normal, se procede de acuerdo a la regla, y si la entidad estatal lo determina, “la oferta en un proceso de la licitación pública podrá ser presentada total o parcialmente de manera dinámica mediante subasta inversa (...)”. La selección abreviada resultará procedente cuando “por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual”. El concurso de méritos “corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación”. Finalmente, la contratación directa podrá tener lugar solamente en casos de “urgencia manifiesta”, “contratación de empréstitos”, “Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo

tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos”, y demás supuestos señalados en la normativa (Senado de la República de Colombia, Senado de la República, 2021).

Concerniente a la licitación pública, Ana María Castro Lozano (2015) recalca algunos de los formalismos que sujetan procedimentalmente la decisión de la Administración colombiana en un proceso de contratación:

... (i) el contenido de los estudios y documentos previos; (ii) el aviso de convocatoria para participar en el proceso contractual; (iii) el cuerpo informativo de los pliegos de condiciones; (iv) el protocolo del acto administrativo de apertura del proceso de selección; (v) las reglas de determinación de la oferta más favorable según el proceso de contratación y (vi) los factores de desempate que permita la escogencia final del contratista en caso de presentarse un empate entre las ofertas.

Más allá del ilustrativo caso colombiano, se afirma que en general, para la normativa administrativa, la selección de una empresa contratista no es un acto aislado y desprovisto de formalidad; se sigue un procedimiento de convocatoria, presentación de propuestas, y apertura de pliegos, entre otros pasos formales. Ya con todos los proyectos sobre la mesa, se elige *voluntariamente* pero no *arbitrariamente*: aplica la verificación de criterios normados que tienen en cuenta idoneidad, presupuesto, y tiempo estimado de ejecución.

Otro caso de conjugación entre lo discrecional y lo reglado es el concurso para ocupar un puesto público universitario, donde se presentan profesores para obtener la titularidad de la cátedra. Las autoridades elegidas como jurado del concurso elegirán según su evaluación racional y leal entendimiento al que consideran el mejor candidato. Y si bien la elección es discrecional, no lo es el criterio a utilizar para efectuarla, es decir, el *parámetro* con el que se mide y juzga a los participantes, que ya se encuentra predeterminado en la norma, y tiene que ver con trayectoria, antecedentes y *currículum*: cantidad e importancia de publicaciones académicas, aportes científicos originales, transferencia de conocimiento, proyectos de investigación, puestos docentes ocupados hasta entonces, y demás categorías afines.

Resulta gráfica la convocatoria a Concurso de Méritos y Oposición efectuada por la Universidad Metropolitana de Ecuador Sede Quito, para nuevos puestos del personal académico. Para ser Profesor Categoría Principal, se requiere “tener grado académico de doctorado” y “al menos cuatro años de experiencia como personal académico en instituciones de educación

superior, o en instituciones de investigación de prestigio”, entre otras exigencias (Universidad Metropolitana Sede Quito, 2011). Hay margen para la discrecionalidad (incluso “el prestigio” de una institución abre el juego a la apreciación del evaluador), a la vez que la decisión se toma en un contexto reglado de requisitos ineludibles.

Se alcanza a aprehender la conexión de lo reglado con lo discrecional -como la reglamentación de adopción de decisiones-, y la vinculación directa que esto tiene con la estructuración de un Estado de Derecho y los principios que lo circundan.

Con un sistema en marcha -es decir, con un Estado ya configurado y un sistema jurídico funcionando- pensar la discrecionalidad sin un marco reglado es una *contradicción en términos*, ya que la discrecionalidad es la elección entre opciones válidas y permitidas, y esa validez y habilitación de opciones son brindadas por lo reglado, que también asigna y reconoce competencia al órgano encargado de elegir. La elección por fuera de lo reglado, o en ausencia de lo reglado y sin referencia a por lo menos un principio de constitución reglada, ya tiene un nombre y no es discrecionalidad, sino arbitrariedad.

Se puede pensar, a modo de ejercicio intelectual, en una Administración con competencias completamente regladas: que se apunte a la previsión total de la vida jurídica, se logre o no se logre, y que todo mecanismo procedimental, poder de acción y recursos para cada caso se hallen predeterminados en normas. Quizá tal Administración fracase por depender completamente del hacedor de normas, carecer de posibilidades de llevar adelante proyectos con criterio propio, y no poder dar respuesta a nuevos fenómenos de impacto jurídico suscitados en los ámbitos de su competencia.

Lo que de seguro no puede exitosa y acabadamente pensarse, es en una Administración de pura y exclusiva discrecionalidad; porque ello implicaría la toma de decisiones discrecionales, en un margen de opciones disponibles discrecionales, bajo criterios discrecionales, por órganos de competencia discrecional, cuya norma de atribución de competencia es discrecional, consagrada en un orden jurídico discrecionalmente constituido, perteneciente a un Estado que discrecionalmente adopta sus formas, poderes y procedimientos; lo cual en su conjunto es imposible y contradictorio, ya que lo discrecional precisa de puntos reglados fijos que sienten criterios, establezcan requisitos, y den validez a las opciones. Aun si fuera una decisión discrecional justificar o no el acto jurídico, se necesitaría la regla que establezca que *eso* es discrecional, y si esa propia regla fuera discrecional, es porque habría otra anterior o un principio superior que de manera reglada habría establecido que así sean las cosas.

El Estado de Derecho precisa de principios objetivos que justifican su formación y limitan su poder, a lo que se suman reglas claras y firmes que someten el accionar administrativo al Derecho y reconocen derechos de los administrados. Dicha estabilidad normativa procede de elementos reglados que se proyectan en el tiempo, mantienen su vigencia y permiten la continuidad de la vida jurídica.

Así, en un ejemplo constitucional, el principio de división de poderes se consagra -expresa o implícitamente- en una Carta Magna, y a partir de él se dictan reglas que contemplan las funciones propias, límites y controles de los Órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Este esquema resulta perdurable, no se modifica discrecionalmente cada mes o cada año, y contribuye a que el Estado de Derecho conserve su esencia jurídica. En cada Órgano, el Presidente, el Congreso y la Corte Suprema de Justicia adoptan decisiones discrecionales, pero son respetuosas del principio que atraviesa todo su funcionamiento.

En un caso de tenor administrativo, supóngase que la Administración desea conservar la exigencia del Estado de Derecho de justificar expresamente sus actos, y que -en seguimiento del modelo del Estado Social de Derecho- decide a través de un Ministerio de Planificación emprender un programa de construcción de viviendas, justificado en el acto administrativo por el objeto de paliar una crisis habitacional surgida a partir de un terremoto con consecuencias destructivas. No dejarán de contarse elementos discrecionales en la aplicación del programa (barrio escogido para construir las casas, cantidad de habitaciones previstas para cada una, presupuesto aprobado en contexto de emergencia para destinar al financiamiento). Pero todo responderá a puntos reglados de función estatal en asistencia tras una catástrofe, competencia del Ministerio involucrado, y ejecución del programa ideado. Frente a todo lo actuado deberá existir justificación, y por todo lo actuado deberá efectuarse rendición de cuentas.

Vista ya la relación entre lo reglado y discrecional con el sistema cuando este se encuentra en marcha, debe analizarse cómo se da la relación en el momento originario del Estado y del orden jurídico dictado en su jurisdicción.

El punto inicial del Estado se ha descrito a lo largo de siglos, en teorías generalmente aceptadas desde la Modernidad, como contrato social, pacto originario, formación de sociedad civil dejando atrás el estado de naturaleza, soberanía popular ejercida mediante representantes. A su vez en este trabajo, en el apartado donde se abordó la asignación de competencias, se estableció que durante la determinación de los ámbitos donde se atribuirán competencias a órganos estatales hay un elemento discrecional.

Entonces, si se ha dicho que con el sistema en marcha la discrecionalidad depende de los márgenes que le fija lo reglado, pero que, en un estadio previo, consistente en el momento originario del Estado, existe un ejercicio discrecional en la asignación de competencias, ¿cómo se resuelve la situación aparentemente paradójica de una discrecionalidad anterior al desarrollo del orden jurídico estatal que aporta los márgenes jurídicos de actuación? ¿Sería en tales casos una discrecionalidad en sentido jurídico, o una mera discrecionalidad en sentido genérico?³¹

Dos respuestas pueden ensayarse para intentar evacuar las dudas generadas. La primera con el foco puesto en el *Derecho positivo*, y la segunda agregando *contenido metafísico-ético*, pero en todo caso, siempre en función de la perspectiva aquí defendida respecto de los derechos individuales, el surgimiento de los derechos de un grupo, y las funciones del Estado a partir de ello.

Circumscripta la visión al Derecho positivo generado, si al momento de crearse el Estado y repartir las competencias se toman decisiones sin ningún elemento reglado que acompañe, esto es, se elige dónde recae la jurisdicción estatal y de qué se va a encargar cada órgano, y recién a partir de allí se construye un ordenamiento que fije límites jurídicos, debería hablarse de una *discrecionalidad en sentido genérico*, que indica la libre toma de decisiones sin depender de normas. En este caso, se eligen ámbitos que quedarán bajo custodia del Estado sin que todavía existan las normas del sistema jurídico que el Estado centralizará. En cambio, la manera de explicar que exista *discrecionalidad en sentido jurídico*, es decir, elección entre alternativas legalmente válidas, es que al momento de elegir y asignar competencias *ya exista legalidad* o, como se prefiere hoy en día, *juridicidad*. Esto implica que la propia constitución del Estado y la atribución de competencias sobre los ámbitos en los que recaerá su tutela ya trae aparejado el inicio de un orden jurídico con elementos reglados, donde el mismísimo acto inicial estatal ya es un acto jurídico, y el acto inicial de la Administración ya es un acto administrativo.

Extendida la visión a los campos filosóficos de la metafísica y la ética, los cuales son claramente incluidos y abrazados en la perspectiva sostenida, ha de puntualizarse que -más allá de lo estipulado en la visión circumscripta, y de lo que diga el Derecho positivo- el elemento reglado está presente durante la decisión discrecional de nacimiento del Estado y asignación de competencias, pero en un sentido previo y superior al proveído por la norma humana. Lo

³¹ Téngase en mente que para tales reflexiones se evita caer en supuestos imaginarios sin relevancia fáctica, como así también practicar un racionalismo de abstracciones flotantes que parte de supuestos arbitrarios y se aleja en sus deducciones de los hechos de la realidad. La intención es mostrar la conexión entre lo reglado y lo discrecional, en diferentes momentos, sustentada por la perspectiva adoptada y en apoyo de la hipótesis sostenida en este trabajo.

reglado se entiende desde lo metafísico-ético, esté o no esté plasmado en lo jurídico positivo. Es decir, se trate del primer o del segundo supuesto de la visión precedente, exista o no exista orden jurídico paralelo al momento originario estatal y competencial, lo reglado es aportado por la naturaleza de la realidad y del ser humano, y el código ético objetivo que se descubre a partir de ello. La realidad está regida por la *ley de identidad*, según la cual A es A, las entidades son idénticas a sí mismas, el hombre es el hombre. La naturaleza misma del hombre indica condiciones de existencia a ser cumplidas para su supervivencia, y mediante el uso de su facultad racional, este conoce sus propias características humanas, el mundo en el que vive, y los valores que ha de obtener y/o conservar para desarrollarse. Los principios metafísicos que componen la realidad, y los principios éticos objetivos que captan la naturaleza humana y permiten la elaboración de los derechos individuales en un contexto social, son lo reglado (reglas de la realidad y de la naturaleza humana) que aporta los márgenes de validez filosófica, metafísica y ética a ser respetados para tomar legítimamente la decisión de elaborar un ente ideal, cuyo objetivo será la protección de los derechos necesarios para garantizarle a los individuos la posibilidad de su supervivencia y desarrollo. Lo reglado tiene un *significado filosófico* que establece los puntos de compatibilidad a ser observados por su sentido jurídico. Se conjugan las reglas metafísicas de la realidad -que son absolutas, independientes de los individuos- y las reglas éticas -que son elaboraciones humanas objetivas en base a las reglas metafísicas-, para concebir lo *filosóficamente reglado* que luego deberá ser reflejado en lo *jurídicamente reglado*.

Hechas las pertinentes reflexiones, también queda constatada la vinculación existente entre lo reglado y lo discrecional, tanto en un sentido estrictamente jurídico como en uno profundamente filosófico, en el momento originario del Estado, el orden jurídico positivo y la asignación de competencias a los órganos actuantes.

II.2.D) Abolición de la arbitrariedad

Se acude a Rogelio Vincenti (2016) para refrescar que el principio de legalidad (ampliado al de juridicidad) “que rige el obrar administrativo exige la plena sumisión al ordenamiento jurídico y determina que éste asigne potestades a la Administración de modos diferentes”, ya sea de manera reglada o discrecional, a lo que se suma el reconocimiento expreso que hacen los tribunales de la existencia de “actos mixtos, con elementos reglados y aspectos de carácter discrecional”.

Con la vista puesta en la protección de los administrados, el autor asevera que “lo relevante en esta materia es tener claro que la actividad administrativa está sujeta al ordenamiento jurídico y que existen criterios o técnicas que permiten al particular acudir ante los jueces en procura de amparo judicial cuando considere que los actos que dictan los órganos administrativos vulneran sus derechos” (Vincenti, 2016). A su vez, la propia Administración tiene mecanismos para corregirse y volver sobre sus pasos en caso de actuaciones no ajustadas a lo que el Derecho y el recto criterio demandan, antes de que la situación conduzca a un pleito ante un juez.

El sistema respetuoso de los derechos, donde el Estado se ajusta al orden jurídico y los particulares pueden legalmente reclamar por eventuales perjuicios sufridos, es aquél donde hay una efectiva aplicación, sin baches, del principio de juridicidad; elementos reglados que contribuyen a la claridad, transparencia, limitación de poder y constancia de la acción administrativa; y una circunscripta discrecionalidad que permite a la Administración cumplir sus objetivos sin que se desborde abusivamente el ejercicio de sus potestades.

Que la discrecionalidad no sea refugio de la arbitrariedad conlleva no dejar hechos librados al azar ni abrirle las puertas al abuso del poder administrativo. Ha de pensarse que la discrecionalidad llevada al paroxismo es algo propio de autocracias y Administraciones de nula limitación y escasos mecanismos de control, deseosas de amplios márgenes para ejercer subjetivamente criterios y potestades, lo que paralelamente provoca el retroceso de la objetividad.

Administración que en ejercicio de funciones considera y cuida los derechos de los administrados, sigue lo reglado y no precisa de permanente discrecionalidad en detrimento de aquello. En cambio, Administración cuya finalidad no es la realización de los derechos de los administrados ni un interés general atinente a ellos –que sería la suma de los intereses individuales de los administrados-, sino por el contrario alcanzar fines políticos propios del Estado divorciados de la consideración de los individuos, es renuente a la sujeción a lo reglado y le satisface el ensanchamiento del abanico de posibilidades para practicar la discrecionalidad.

Limitar -no eliminar- la discrecionalidad administrativa, tanto en oportunidad de ejercicio como en aspectos cubiertos, hecho que va de la mano con garantizar la debida presencia de elementos reglados, es propio de un Estado de Derecho. Ello permite, por un lado, la reducción de situaciones que se abren al margen decisor del órgano administrativo y que por *mala praxis* se prestan al ejercicio abusivo (por caso, reparto de fondos públicos, contratación de proveedores, nombramiento de personal, adjudicaciones directas). Por otro lado, demanda estipulación

clara sobre los puntos reglados de la norma, y que estos sirvan para un efectivo encuadre del espacio donde se permite la apreciación y elección (por ejemplo, la realización de una adjudicación, pero no sin explicación ni formalidad, sino a través de un concurso con bases regladas, públicas y conocidas; como así también el supuesto donde se toma una medida de impacto que requiere fundarse en conocimiento especializado, pero no en base a la mera voluntad burocrática, sino en consideración obligatoria de dictamen técnico elaborado por un experto).

La teoría, la experiencia y la lógica enseñan que la libertad es beneficiada cuando se norma la Administración, no cuando se reducen los derechos de los administrados. La normativa debe ser congruente con delimitación de funciones, no con la idea de soltarle la rienda al poder. Para no ser arbitrario, ese poder debe estar reglado; y cuando aparezca una situación de apreciación y elección, debe ser ejercido discrecionalmente dentro de márgenes legales. Y la consideración tanto de los derechos positivos de los particulares como de las funciones constitucionalmente habilitadas de la Administración, a efectos de objetividad y aprobación moral, debe hacerse respecto de los derechos inalienables y anteriores al orden jurídico con los que cuentan los individuos.

II.2.E) Regulación preeminente de tipo indirecto desde la óptica de los derechos de los administrados

La posición que se defiende a lo largo de todo el capítulo sitúa primero al individuo y luego al Estado; primero los seres humanos de existencia natural y luego el ente abstracto por ellos creado; primero las voluntades particulares que le dan forma y luego su despliegue en consecuencia; primero los derechos inalienables a protegerse y luego la correspondiente asignación de competencias para lograr el cometido.

En el Derecho Administrativo, dicho orden jerárquico en su carácter ético-jurídico quiere decir que primero deben contemplarse los derechos de los administrados; y recién luego, a partir de ese punto inicial, concebir las facultades de la Administración, la cual -al ejercerlas- no podrá obviar ni atentar contra sus raíces éticas y constitucionales. La Administración *no crea* los derechos; *reconoce* su existencia previa y a ellos amolda su actuación. Así también se prevé normativamente, toda vez que la Constitución donde se consagran los derechos individuales se erige como la Ley Suprema a la que todo reglamento administrativo se subordina indefectiblemente.

Por lo tanto, la perspectiva de marras propone la *preeminencia de la regulación indirecta* en la consideración de las competencias administrativas y en la vinculación que la Administración tiene con los administrados. El ordenamiento jurídico reconoce, protege y garantiza los derechos individuales previos a cualquier poder estatal, y la Administración -como parte del Estado- dicta normas y ejecuta actos competenciales sin perderlos de vista jamás. Los derechos se plasman como defensas que el agente administrativo no puede molestar o impedir en ejercicio de sus funciones.

Priorizar los derechos individuales y no las facultades de la Administración conduce a la tendencia de elaborar cualquier reglamentación administrativa y propuesta de política pública partiendo desde la base de que hay un conjunto de derechos particulares no sujetos a disposición, violación o tergiversación por parte del ente público -que es un *servidor* del administrado y no un *jefe autoritario*-.

Ello se da, por ejemplo, cuando en ejercicio del derecho constitucional de libre contratación que titularizan los particulares, un emprendedor inmobiliario paga a un arquitecto y su cuadrilla el diseño y construcción de un complejo de viviendas. El respeto de tal derecho se yergue en prioridad para la aspiración reglamentaria de la Administración. Esta prevé, ajustada al orden jurídico, ciertas medidas y precauciones en el cuidado de los espacios y bienes públicos que rodean y estarán en contacto con el barrio -veredas a las cuales darán los portones de ingreso; calles que pasan por dentro si se trata de un barrio abierto; árboles cuya poda está a cargo de una dirección municipal-. Pero más allá de eso, no sobrepasa garantías ni protecciones al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Imagínese el caso contrario desprendido de la posición contraria. El Estado tiene prioridad sobre el individuo. Las competencias estatales se planifican primero, y luego se prevén derechos en los reducidos márgenes de libertad individual que restan. Los fines públicos están a la cabeza de toda consideración, y los fines particulares no pueden contradecirlos ni conseguirse por fuera de su orientación política. El Derecho Administrativo le otorga *preeminencia a la regulación directa*, la cual -avalada por una configuración estatal autoritaria, invasiva y con nulo contrapeso- conduce a la tendencia de una Administración privilegiada y de escasas limitaciones frente a defensas y reclamos de los administrados.

Si se retoma el ejemplo anterior bajo esta nueva óptica, salen a relucir considerables diferencias: lo que la Administración no puede hacer con pretensiones de validez en el primer enfoque -situarse por encima de los particulares y dictar normas de cumplimiento preferencial

que ahogan sus derechos-, en este segundo enfoque no solamente puede hacerlo, sino que las potestades individuales quedan supeditadas a lo que decida hacer. Más que ejercer un derecho constitucional, los contratantes tendrán que tramitar un permiso estatal para llevar a cabo el proyecto inmobiliario. Una vez conseguido, luego de pasar por innumerables trabas burocráticas económicamente costosas y financieramente desalentadoras, deberán estar atentos a regulaciones administrativas cuyo cumplimiento es obligatorio para el diseño y construcción de viviendas. Sólo se permitirán unidades de tres habitaciones para evitar la superpoblación barrial. Se permitirá pintar los frentes de un único color, a elegir por un comité de especialistas en estética, porque se quiere hacer de la zona un punto de atracción turística, y la uniformidad cromática luce auspiciosa según un dictamen de expertos artísticos. Las conexiones a internet de las viviendas estarán a cargo exclusivamente de una empresa estatal constituida con el objeto de llevar a cada nueva vivienda las posibilidades tecnológicas del siglo XXI, en seguimiento del programa público “Internet para todos”.

Se entiende que *el Estado de Derecho no significa el Derecho del Estado* a toda costa y con preeminencia frente a cualquier reclamo o defensa particular. Las normas reflejan la Filosofía adoptada para concebir al Estado y su Administración. Y esta Filosofía debe ser favorable a los individuos para que el Derecho sea favorable a los administrados. Los derechos individuales son realmente respetados cuando en el orden jerárquico se los trata con la prioridad que les es debida; y no son reducidos a meros permisos de actuación, que el administrado solicita haciendo fila durante horas hasta llegar a la ventanilla de la mesa de entradas de un Ministerio (para que una vez allí le ordenen que vuelva nuevamente al día siguiente). La primera es una Filosofía *liberal*, la segunda una Filosofía *estatista*.

En este punto se teje la vinculación entre las reglamentaciones y regulaciones con la misión de lograr eficiencia administrativa.³² Una Administración eficiente es aquella que en

³² Hay un debate en el seno del Liberalismo acerca de la conveniencia o no de promover la eficiencia de la gestión estatal. Algunos autores opinan que es lo correcto para que el Estado cumpla adecuadamente su función; otros sostienen que, tratándose el Estado de un violador de derechos y expansor de su poder que no se limita a sí mismo, favorecer su eficiencia es perjudicar los derechos individuales, ya que el éxito en la gestión estatal significa la desgracia de los particulares que ven cómo la función pública se impone y sus defensas se pauperizan.

Aquí se considera que tal debate tiene asidero en el plano de la Filosofía Política y la Filosofía Jurídica, cuando se considera la eficiencia en relación a los modelos de Estado y lo que cada uno propone como funciones y competencias del mismo. Sin embargo, desarrollar tal tratamiento no es la intención en estas líneas, donde se considera a la eficiencia desde el punto de vista administrativo y dando por asumido el esquema del Estado de Derecho con poder limitado (de allí que se trate en el presente capítulo, relativo a la perspectiva defendida).

Por ende, sin restarle importancia a las posiciones del debate mencionado, se entiende que es de otro orden, y que el empleo de la eficiencia administrativa aquí aludido refiere a un *criterio técnico*, ya asentados los fundamentos filosóficos y éticos del modelo de Estado limitado dentro del cual se analiza.

ejercicio de sus funciones logra de manera óptima, con celeridad, movilización adecuada de recursos y prevención contra derroches, la realización plena de los derechos de los administrados. No se dedica a poner trabas absurdas y demorar procedimientos mediante burocracia, ni a archivar o “patear para adelante” reclamos dignos de atención contra un obrar discutible. No cae en ritualismo innecesario ni reglamentación de pasos interminables para la obtención de respuestas. El administrador es consciente de la función pública que cumple, del respeto que el derecho de los administrados merece, y que el sistema necesita aceitarse en grado sumo para ser de utilidad; en caso contrario la Administración se convierte en un lastre bloqueador de iniciativas -incluso uno ignorante de las consecuencias negativas que generan la propia inutilidad, negligencia o pereza-. La Administración está para cumplir, y para cumplir en el modo que el respeto por el administrado exige, y en los plazos que la razonabilidad indica.

Por ejemplo, si la Administración va a encargarse de emitir las licencias que autorizan a conducir automóviles (lo cual es discutible desde el enfoque del poder limitado, pero asúmase ilustrativamente que el Estado ha decidido que es de su competencia), es comprensible que para el ejercicio del derecho a circular se reglamente una edad prudencial a partir de la cual puede obtenerse el carnet, de acuerdo a estudios científicos que demuestren etapas de madurez cognitiva durante el crecimiento de las personas. Lo que no aparece como razonable ni eficiente es que la autoridad decida que, además de aprobar un examen teórico con preguntas sobre reglas de tránsito y uno práctico donde se evalúe manejo y estacionamiento, el candidato deba realizar un curso ideológico sobre determinadas políticas públicas que el partido gobernante está llevando a cabo. No es razonable puesto que nada tiene que ver lo que el administrado pretende obtener con lo que el Estado demanda de su formación, y menos tratándose de adoctrinamiento. Y no es eficiente ya que, para hacer cumplir la exigencia, el Estado derrocha recursos que ya tiene a los fines de preparar los programas y comités evaluadores de la formación ideológica, en vez de utilizarlos para finalidades necesarias y prioritarias que son dejadas de lado. O bien, el Estado decide acrecentar sus recursos -para lo cual aumenta la recaudación por la que sostiene el gasto público- y contrata o nombra en planta permanente a presuntos avezados en el tema, los cuales a su vez exigirán que se les proporcione material bibliográfico, una oficina de trabajo y un cuerpo de asesores.

La Administración, para la mejor protección de los derechos individuales, debe actuar acorde a la regulación indirecta y en función de competencias limitadas que los ponen en el centro de atención. Y en consideración a la eficiencia en su gestión, debe entender que mientras

menos abarque cuestiones que no le corresponderían de acuerdo a ese poder limitado, y más concentre esfuerzos en darle viabilidad a aquello que sí merece su preocupación, de mejor manera podrá destinar sus recursos humanos y materiales para lograr resultados a tiempo, a conciencia y a Derecho.

III.1.- Administración para administrados

El *leitmotiv* que sintetiza la propuesta desarrollada es *Administración para administrados*. Si algo justifica la creación de una Administración Pública y su dotación de poderes para alcanzar metas, es el servicio a los administrados. Todos esos puntos giran en torno a los derechos de los administrados: *creación* mediante la cual se los reconoce, *poderes* mediante los cuales se los protege, *metas* mediante las cuales se los garantiza.

La Administración, en tanto parte integrante del Estado que funciona como servidor de los individuos, no existe para sí misma -es un *medio para un fin*-, no detenta poderes ilimitados -surgen para cuestiones *específicas* o *especificables* dentro un marco competencial-, y no fija metas enajenadas de su verdadero propósito -sus fines públicos no pueden fijarse en *contradicción* o *desinterés* del propósito de resguardo a los particulares.

Las competencias de tal Administración, de acuerdo a la tradicional clasificación, pueden ser regladas y discrecionales, y con atendible criterio la doctrina identifica que en la práctica los actos de los órganos administrativos son mixtos, con elementos reglados y discrecionales. Amén de las características descritas, toda la vida jurídica de la Administración se rige por el principio de juridicidad que le impide atentar contra el mismo ordenamiento que ella realiza y ejecuta.

En la asignación de tales competencias, hay un elemento discrecional, de apreciación electiva. Ello no quiere decir que la Administración pueda abrazar cualquier causa y distribuir cualquier competencia para cubrirla. Por el reconocimiento de los derechos inalienables anteriores de los individuos, y el propósito de servir a tales derechos ya juridificados, la Administración se encuentra restringida en la gama de asuntos que puede válidamente abordar -para no resultar invasiva ni abusiva-; y en las competencias que puede asignar -las cuales tendrán que buscar solamente la consolidación de los derechos y garantías particulares, y el sostenimiento del orden público que cohesiona a la sociedad civil-.

Ahora bien, una Administración así de responsable y prolija no brota de los árboles ni nace sin previo aviso. Depende de los soportes que le brindan cuestiones filosóficas y

constitucionales que deben ser previamente discutidas y resueltas. La Filosofía es la que aporta la concepción ética individualista y las premisas políticas para defender los derechos individuales y limitar el poder estatal. El Constitucionalismo aporta la maquetación del Estado de Derecho vía instrumento fundamental que regirá desde el escalón más alto a todo el resto del ordenamiento jurídico dictado en su consecuencia. Satisfechos estos presupuestos y orientados por el camino correcto, la Administración planteada se construye jurídicamente en coherencia.

La Administración para administrados es válida porque nace desde los derechos de los individuos, y a ellos se debe en su actuación. Es limitada porque la Ley Suprema delinea su entorno competencial; los principios que la sujetan al control de juridicidad; y el sistema de pesos y contrapesos que se activa para evitar la concentración de poder y degeneración en tiranía. Es eficiente porque aprovecha los recursos en la medida necesaria y de manera disciplinada, para el cumplimiento de las tareas que le son propias, sin malgastar en proyectos que se salen de su órbita.

La tríada de Bidart Campos puede, de esta forma y desde esta perspectiva, sentirse satisfecha con una Administración adecuada a un Estado de Derecho. Desde el enfoque valorativo, se busca el fin de justicia, reconociendo a cada administrado su derecho; desde el enfoque real, se garantiza la razonabilidad y proporcionalidad en el ejercicio de competencias administrativas, respetando la limitación del poder y buscando la eficiencia de gestión; y desde el enfoque normativo, se contribuye a un sistema jurídico objetivamente principiado mediante reglas que asumen e integran los enfoques, y tienden a preservar la convivencia pacífica.

Con esto se termina de redondear la perspectiva propuesta, y habida cuenta de todos los temas anteriormente tratados y relacionados, se abre la puerta final conducente a la conclusión del presente trabajo.

Capítulo 10. Conclusión de la tesis

I.1.- Presentación

En este último capítulo se sintetizará lo previamente estudiado, se valorará a la luz de la posición asumida, y se efectuarán reflexiones finales para terminar de integrar los temas y constatar lo enunciado en la hipótesis movilizadora de la tesis.

Habida cuenta de que ya se ha dicho mucho en el capítulo anterior en relación a los esfuerzos integradores -aunque sin olvidar que se hace necesario retomar ciertos puntos para el cierre de la exposición-, la intención no será caer en reiteraciones innecesarias, pero sí esbozar una visión coherente que incluya y redondee los tópicos.

Para ello, se planteará el contenido como una línea evolutiva continua desde el pasado hasta el presente, desde los antecedentes hasta las teorías formadas, a modo de recolección de enseñanzas. La división temática, por lo tanto, será meramente expositiva, y ayudará a ubicar contextualmente cada punto abordado, sin que implique serruchar la pretendida continuidad y la integración de perspectivas.

En respeto del orden seguido a lo largo del trabajo, se tomará en primer lugar la parte histórica, luego las corrientes jurídicas, y finalmente la especificidad dentro del Derecho Administrativo.

II.1.- Enseñanzas de la historia

El ser humano ha sido humano en tiempos antiguos y es humano en los días del presente. Ha vivido en épocas distintas, ha formado parte de variadas civilizaciones, y ha evolucionado o involucionado en sus proyectos en disímiles geografías. Pero todo ello pertenece a la historia de la humanidad.

Lo que diferencia las situaciones atravesadas por diferentes individuos, la calidad de vida llevada por unos y otros, la dignidad reconocida o la esclavitud sufrida, es el pensamiento acogido en cada contexto. Como descubrimiento primero, posteriormente como influencia, eventualmente como posición dominante, el pensamiento ha marcado la diferencia. El pensamiento ha permitido pasar de grupos cazadores y recolectores a sociedades industriales, de palomas mensajeras a la comunicación tecnológica global, de pergaminos a documentos digitales, de barriletes elevados diez metros sobre el suelo a satélites en el espacio. Desprovisto de Ciencia y en tempranos estadios desde su aparición, el ser humano ha luchado contra el hambre y el frío. Equipado con máquinas y datos apilados luego de originales experimentos, ha sido capaz de producir en serie alimento y abrigo. Mediante el uso de la razón enfocado en el respeto mutuo, la institucionalidad, el comercio y la productividad, con el sistema capitalista logró un progreso sin precedentes. Evadiendo hechos de la realidad y practicando la irracionalidad, perfeccionó sistemas totalitarios bajo el principio de la violencia como método dominial y relacional.

En este sentido, concerniente a la ponderación de la razón y la civilización, la Grecia Antigua dejó su huella indeleble en el libro de contribuciones culturales. Allí se reconoció la autodeterminación del individuo, su distintiva facultad de la razón, el uso de su libertad para elegir según su propio criterio racional, la institucionalización de la vida pública y la participación ciudadana a través de la discusión y el voto. El rastreo histórico-evolutivo de los derechos individuales, la división entre la faz pública y privada, el Estado institucionalizado frente al despotismo, y la integración cultural comunitaria, hace bien en detenerse en Grecia, paso obligatorio en la comprensión del acervo intelectual de Occidente.

En referencia específica al Derecho, su más grande expresión en cuanto a calidad e influencia se avistó en Roma. El Derecho Romano marcó el tenor jurídico de Occidente; y sus normas, instituciones y comentarios fueron objeto de cuidadoso estudio por parte de juristas y políticos de distintos lares. Derecho Privado, Religioso, Administrativo; todas las ramas existentes en la época y aquellas por aparecer encontraron asiento normativo en escritos romanos. Los jurisconsultos fueron autoridades de obligatorio repaso; y la pericia de las reglas establecidas resultó tan evidente, que hasta pueblos invasores del Imperio comenzaron a regir parte de su vida por el Derecho del vencido (cuando podrían haberlo borrado e imponer el propio).

Como muestra de que hombres y mujeres no están predestinados al incesante progreso en todas las áreas (sociales, económicas, políticas) sino que avances y retrocesos están atados a la utilización de la razón y a las ideas que decidan abrazar en cada tiempo y lugar, el mundo

occidental cambió de era; y de la cultura griega -formada por elementos racionales, individualistas y científicos- se pasó al Medievalismo -formado por elementos místicos, anti-individualistas y oscurantistas-. Por supuesto, no todo lo que pasó en Grecia fue bueno ni todo lo que pasó en la Edad Media fue malo, pero las características generales de lo acontecido confirman las tendencias hacia uno y otro lado, y justifican el criterio filosófico divisorio de los períodos -más allá del orden cronológico-.

El Medievalismo rubricó el poder religioso y el poder político sobre la vida del individuo: la internalización religiosa y la sumisión a sus dictados era el único camino posible para que, después de este mundo gris y pecaminoso, se ganara el mundo venidero de verdadera felicidad; y la obediencia a la autoridad política era en última instancia una obediencia a Dios como fuente de autoridad. El sistema social, ideado y dominado por ambos poderes, situaba en lugares privilegiados a nobleza y clero como representantes de la política y la religión respectivamente. No se favoreció el control popular del Gobierno ni la maximización de libertad individual; más bien se adoptó una orientación teocrática y un código moral de desprecio al materialismo terrenal y sumisión al liderazgo espiritual.

Pero la oscuridad medieval terminó, y luego de lo que algunos historiadores del pensamiento señalan como la causa que desencadenó su final -la reinscripción de las obras de Aristóteles a favor de la razón y la ciencia, olvidadas o relegadas durante siglos-, apareció la luz, que trajo consigo el despertar del individuo, la racionalidad y el conocimiento orientado hacia el mundo, y no en vano el nuevo período fue llamado Iluminismo. Características también reflejadas en el otro nombre con el cual se lo conoce: la Ilustración. Este espíritu de confianza en la razón, curiosidad inagotable, búsqueda del progreso económico y ponderación del logro individual, fue el que moldeó los avances y saltos cualitativos de la Modernidad.

En dicha etapa se implementaron los principios de los derechos individuales y el Gobierno limitado, los cuales marcaron un antes y un después en la vida jurídica de las naciones que los acogieron. El individuo dejó de ser un mero súbdito del poder, y fue reconocido como titular de derechos inalienables, lo que le brindaba un nuevo status de libertad e igualdad ante la ley. En conjunto, los individuos titularizaban la soberanía popular mediante la cual constituían, elegían y cambiaban Gobiernos, los cuales también quedaban sometidos a la propia ley vigente. Estados Unidos se convirtió en el cabal ejemplo de un país nacido al calor de la visión iluminista.

La contracara vino en los inicios de la Contemporaneidad, con un experimento que en cierto momento pudo triunfar en beneficio de la libertad, pero que por fuerza de las ideas más ancladas y por acción de los representantes más fanatizados, terminó desbarrancando en beneficio de la violencia política.

La Revolución Francesa en manos jacobinas significó la sujeción de la vida individual a los dictados de la autoridad pública, y el acecho y persecución a los considerados enemigos internos que ponían en riesgo los logros del credo revolucionario. Así, de un grito que comenzó pidiendo libertad y giró hacia la aclamación del encarcelamiento, se construyó un aparato estatal represivo y censor que sirvió de antecedente a lo que luego serían los aceitados y planificados Totalitarismos del siglo XX.

Ya en las últimas décadas hasta la actualidad, la Filosofía, la Política y el Derecho debaten los puntos que figuran en la agenda de la Posmodernidad. Como movimiento, el Posmodernismo no ha estado tan enfocado en construir algo como sí en destruir lo ya existente, y más concretamente el proyecto de la Modernidad, cual rémoras de épocas de indeseable invocación signadas por la desigualdad política, la explotación económica, el colonialismo cultural y el machismo sexual.

Críticos de la razón, escépticos respecto de la cognoscibilidad de la naturaleza, campeones de la desintegración epistemológica y el subjetivismo moral, los autores posmodernos exhiben -incluso aplauden- contradicciones lógicas, y en rechazo de la objetividad plantean un conflicto de relatos que crean la realidad y sientan las bases para dispositivos de dominación. En esa línea, sostienen teorías que descreen del conocimiento verdadero; pero suelen ser colectivistas a favor de la planificación estatal en base a información económica. Utilizan a conveniencia las instituciones del Estado de Derecho para difundir su palabra; pero aplauden las censuras y silenciamientos que realizan los Gobiernos de izquierda más retrógrados del siglo. Van a favor de los delincuentes ordinarios por ser víctimas relegadas del sistema, y en contra de la represión del Estado burgués a sus delitos; y a la vez rechazan empresas e individuos que triunfan en el libre mercado, y piden represión estatal contra su enriquecimiento grotesco y no solidario. Si antes se proponía el autoritarismo de manera directa y sin tapujos, con el Posmodernismo se ha aprendido a proponerlo también de manera subrepticia y solapada, bajo la excusa de la Democracia, el igualitarismo y la solidaridad. Ello constituye la prueba de lo que se puede lograr sin explicitud y con manipulación retórica convertida en acción política, si no hay anticuerpos en sociedades que necesitan razón y lógica.

Las tendencias históricas siguen las tendencias del pensamiento. Ello es porque la historia no tiene un motor propio como si fuera una entidad de voluntad independiente; los acontecimientos son protagonizados por individuos y siguen la dirección que éstos le prescriben. Y a su vez, los individuos se mueven de acuerdo a las ideas aceptadas, sean propias o ajenas. Si triunfa el pensamiento liberal, la historia se moverá a una fase de civilizaciones pacíficas, sociedades de abierta discusión, libre progreso económico. Si triunfa el pensamiento autoritario, la historia la contarán los intelectuales a sueldo del régimen en los términos de la doctrina oficial, y de vez en cuando algún rebelde encerrado en las mazmorras del castillo o escondido en el sótano del vecino. Para que la historia registre hechos de libertad y crecimiento humano, la orientación debe venir del lado de la Filosofía defensora del individualismo.

Tal Filosofía es la que desde estas líneas se propone reivindicar y promover, en tiempos donde cierto *establishment* intelectual considera que “Liberalismo” e “individualismo” son malas palabras. Aquí se afirma que, sin el conocimiento en ellas atesorado, resulta imposible imaginar, menos aún pensar, en sociedades de personas política y económicamente libres.

II.2.- Enseñanzas de la teoría jurídica

Desde diversas doctrinas, las teorías jurídicas han intentado explicar el origen de los derechos como potestades individuales de las personas y del Derecho como ordenamiento contemplador de dichas potestades en tanto aquellas personas viven en sociedad y se relacionan entre sí; lo que también ha llevado a explicar la formación de dicha sociedad política y del Estado como cuerpo soberano regulador bajo cuya jurisdicción se realizan las interacciones, *ergo* ha sido preciso delinear sus competencias.

El Derecho Natural, asociado a un credo religioso o a una mirada netamente naturalista secular, entiende que al menos hay una parte inteligible de la realidad que tiene que ver con la naturaleza del mundo y del ser humano, cuyo estudio arroja como resultado la corroboración de la existencia de una ley natural o derechos naturales previos y superiores a la ley positiva. La ley natural es *descubierta* por el intelecto humano, la ley positiva es *creada* por el intelecto humano, y a los fines de validez la segunda debe seguir lo indicado por la primera. Similar camino se recorre respecto de los derechos naturales: son descubiertos por la actividad intelectual humana, y reconocidos en leyes positivas dictadas en consecuencia.

El Positivismo Jurídico rechaza considerar científico a cualquier intento metafísico o teológico de concebir un orden superior -inscripto en la naturaleza o situado en una dimensión

divina- con repercusiones legales; y dedica todos sus esfuerzos al estudio científico de las reglas jurídicas positivas, ya que ellas son el Derecho. Si bien algunos autores reconocen que las normas tienen cierto contenido moral relacionado a los valores de la sociedad en la que surgen, lo que constituye Derecho es la norma, y si ese contenido está dentro de la norma, lo relevante reside en que es Derecho, independientemente de su origen moral.

El Contractualismo explica el pasaje del estado de naturaleza a la comunidad políticamente organizada, mediante la celebración de un pacto social por el cual los individuos se organizan con fines de protección a través de la cesión o transferencia de su derecho a defenderse a una autoridad central que impartirá las reglas pertinentes. Sea un Gobierno limitado, un *Leviatán* desatado, o un Soberano representativo, es la voluntad popular la que lo origina y en mayor o menor medida se somete a sus dictados.

El Objetivismo sostiene que los derechos individuales son principios de libertad en un contexto social. Su identificación procede de la ley de identidad regidora de la realidad, e indicadora de que los individuos tienen una naturaleza específica exigente de observar ciertos requerimientos de existencia para la vida y el desarrollo. Rechaza tanto las posiciones religiosas como naturalistas acerca de un Derecho intrínseco -en otro plano divino o en la realidad natural- que sea independiente de la naturaleza humana y los valores humanos. Rechaza que cualquier norma sea Derecho válido por el simple hecho de ser norma positiva legalmente reconocida, sin alusión alguna a la ley moral. Y rechaza al Estado cuyas funciones no se encuentren definidas por principios objetivos y su poder no se encuentre estrictamente limitado por el principio de los derechos individuales, los cuales son su objeto de protección y cuyo cuidado justifica su existencia.

Desde la perspectiva asumida en esta tesis, se respeta a los académicos que de buena voluntad y con seriedad profesional contribuyen al avance de la Ciencia jurídica; pero al sostenerse aquí una Filosofía determinada en favor de la libertad individual, se toman teorías o puntos dentro de ellas, y se rechaza el resto.

Se valora el aporte realizado desde hace siglos por el Iusnaturalismo, que reconoció las capacidades humanas y buscó su protección frente a leyes de Soberanos arbitrarios que identificaron el poder público con su propia voluntad personal. Considerar que un hombre tiene derechos naturales a ser tomados en cuenta por cualquier legislación es un enaltecimiento de su figura respecto de concepciones que lo ven como material descartable por indigno o

pecaminoso, o como sujeto desprovisto de cualquier defensa frente al poder de Monarcas y jefes privilegiados.

Se valora también el aporte contractualista de John Locke, beneficioso para la consideración del ser humano y su libertad. El autor brinda una visión del estado de naturaleza donde el individuo no es un violento compulsivo que se convierte en enemigo acérrimo de todos sus semejantes; es un ser racional que puede entenderse y relacionarse de buena manera con otros, y para una mejor organización de la defensa y el juicio a las conductas indeseables, decide agruparse en la sociedad civil. En ella, el poder organizado debe respetar los derechos que los individuos ya traen del estado de naturaleza, lo que deja en claro que el Gobierno no nace para imponer un dominio atroz sobre súbditos desprotegidos, sino para cuidar a través de leyes conocidas su vida, salud y bienes. En ese sentido, el Contractualismo es un guiño a la soberanía popular y la limitación estatal por ella determinada, en contra del Absolutismo interesado en el poder por el poder mismo.

Dicho lo anterior, la explicación más convincente respecto de los derechos individuales es la del Objetivismo, que utiliza la metafísica, la ética y la política como ramas de la Filosofía, de acuerdo a principios objetivos, y sin remisiones a hechos incomprobables o dimensiones inalcanzables al intelecto humano. Para Ayn Rand, los hechos son los hechos, mediante la razón se descubren y se comprenden, y de ellos se parte para elaborar conocimiento. Y estos hechos susceptibles de ser conocidos incluyen tanto las acciones humanas percibidas por los sentidos y luego conceptualizadas, como las leyes metafísicas que atraviesan la realidad y los valores morales objetivos que el individuo ha de sostener para vivir como tal.

Se deja de lado por obvias razones la teoría iuspositivista que identifica a todo el mundo jurídico con las normas positivas, aun en consideración de la norma fundamental de Kelsen, y del contenido mínimo moral o de Derecho Natural que otros positivistas como Hart pueden alegar. Hay más en el Derecho que reglas escritas; la moral no es importante respecto del Derecho solamente cuando está incluida en el contenido de una norma, ni pasa a ser Derecho mientras deja de ser moral. La moral es guía ineludible del Derecho, y este sirve si se afianza en los soportes que lo justifican en tanto ordenamiento -sus presupuestos morales indispensables-: los derechos individuales de personas reales que en su ejercicio fabrican normas para su reglamentación y protección.³³

³³ Desde la teoría jurídica liberal también es dable argumentar contra la concepción positivista de que el único Derecho válido es el que proviene del Estado y que en él se encuentra centralizado como normativa de autoridad; ya que las voluntades privadas de los individuos son capaces de generar normas válidas para reglamentar

II.3.- Enseñanzas del Derecho Administrativo

El Derecho Administrativo tiene autonomía pedagógica y en el estado de situación presente es correcto que así sea, puesto que sus materias y particularidades merecen análisis específicos y pormenorizados. Ahora bien, en consonancia con lo expuesto, su contenido -al igual que el de otras ramas del Derecho- no es primario, sino que deriva del más general y abarcador Derecho Constitucional. Por ende, para captar todo lo que debe ser captado respecto del funcionamiento de la Administración Pública, resulta apropiado estudiar los aspectos administrativos en diálogo y consulta con los aspectos constitucionales que definen el esquema de poder y distribución orgánica del Estado.

Si la Constitución menciona en su preámbulo los valores a los que aspira en el proyecto jurídico de país, puede averiguarse su orientación filosófica. Si incluye en su cuerpo o instrumentos complementarios de rango constitucional una enumeración -no necesariamente taxativa- de derechos de los cuales gozarán los habitantes de la Nación bajo su imperio, se entiende su posicionamiento respecto de la libertad individual. Si plasma en su articulado el principio de división de poderes y establece el sistema de *checks and balances*, queda claro su interés de evitar la concentración de funciones y el obrar descontrolado de los órganos competentes. Respecto de lo que no mencione el documento, la lectura de lo explícito permite rastrear, conjeturar y elaborar acerca de lo implícito.

El Estado de Derecho, la República Constitucional, son modelos liberales surgidos de esa visión enfocada en Estados garantes y no sojuzgadores de los derechos del pueblo, y poderes limitados para cumplir su propósito y no atentatorios cual tiranía contra su objeto de protección.

Realizada la inducción sobre los hechos a tenerse en cuenta para la elaboración de principios abstractos que conciben y reglamentan el Estado de Derecho, pueden deducirse características pertinentes a una Administración Pública coherente con el modelo planteado. Y allí el Derecho Administrativo tiene mucho para aportar, pues a su juego lo llaman y para ello prepara sus respuestas.

En el presente caso, se ha expuesto la clasificación de competencias administrativas, y en diálogo con las bases filosóficas y constitucionales, se la ha analizado desde una perspectiva fundada en los principios de Estado de Derecho y reconocimiento de derechos individuales, que

sus negocios y resolver sus disputas, sin necesidad de recurrir a un Soberano monopolizador que imponga su mirada a través de leyes obligatorias y tribunales de última instancia propios.

en la faz administrativa se traduce como Administración válida, eficiente y limitada, al servicio de los derechos de los administrados -en definitiva, una Administración para administrados-. Así, las competencias se estudian tanto en relación a lo estrictamente administrativo y técnico, como en relación al cumplimiento de su propósito de acuerdo a la visión filosófica madre.

Respecto de lo primero, la competencia reglada provee la conducta predeterminada. La competencia discrecional la realización de la norma mediante una elección jurídicamente permitida. La verificación de ambos elementos, reglado y discrecional, en un mismo acto administrativo, brinda el pantallazo de que -en la esfera práctica- el órgano administrativo sigue un lineamiento preestablecido, a la par que realiza un esfuerzo creativo en la ejecución funcional para completar criteriosamente la finalidad normativamente exigible. Sea cual sea la competencia bajo la lupa, se verifiquen tales o cuales elementos, rige siempre, en toda la órbita administrativa, el principio de juridicidad que obliga a la Administración a situar, fundamentar y justificar su actuación en el Derecho. Nulas son las ilegalidades, como así también las arbitrariedades, al no encontrar amparo en normativa vigente ni en principio alguno que contornee la actividad estatal.

Respecto de lo segundo, no se trata simplemente de chequear si las competencias se ejecutan en respeto de lo reglado y discrecional, sino de evaluar si se proyectan sobre ámbitos de la realidad atinentes a sus objetivos. El propósito filosófico es el reconocimiento y protección de los derechos a la vida, la libertad y la propiedad. No cuentan los fines políticos divorciados de tal propósito, que buscan justificar al poder por el poder mismo y marcar una agenda propia sin más consideración que la voluntad burocrática.

La Administración debe orientar sus quehaceres con la brújula filosófico-jurídica en la mano, sin desviarse hacia lugares fuera de su incumbencia. Esto es, mantener el orden público, garantizar el normal desempeño de las interacciones libres de particulares en el mercado, y en la medida que le corresponda resolver conflictos que declaren el derecho o interés legítimo del administrado en un asunto traído a su conocimiento. No es mantenerse impertérrita mientras los derechos son violentados por terceros, o transformarse ella misma en la conculcadora de dichos derechos. La buena Administración, por enumerar funciones, provee buena iluminación en las calles, organiza operativos de seguridad para frustrar planes de maleantes, y propone la eliminación de reglamentos que dificultan las transacciones mercantiles. La mala Administración, en cambio, descuida la limpieza de las plazas públicas y el cronograma de recolección de

basura, desconoce factores claves para exitosos procedimientos policiales, y dicta regulaciones que estorban la circulación de capitales.

III.1.- Comprobación de la hipótesis

Efectuado el repaso de cada temática abordada, y formuladas las respectivas conclusiones de acuerdo a la información conseguida y las inferencias realizadas, es momento de pronunciarse sobre la *comprobación de la hipótesis* que encabeza este trabajo, con el objeto de dejar constancia sobre su *verificación o rechazo*. Y luego, en base al resultado, realizar una propuesta que brinde utilidad científica al conocimiento obtenido.

III.1.A) Verificación o rechazo

La investigación se ha orientado mediante la afirmación preliminar de que *la asignación de competencias administrativas tiene un componente discrecional*, esto es, un componente de elección entre opciones legales igualmente válidas por parte del órgano jurídico encargado de la distribución competencial. Es entonces sobre dicha afirmación que corresponde explayarse a continuación.

En búsqueda de la cabal comprensión del fenómeno, se situó bajo la lupa a la discrecionalidad en relación a dos momentos cronológicos: el momento de la *asignación* y el momento del *ejercicio* de competencias, desde el entendimiento que en ambos está presente el elemento discrecional. Al poder abordarse con mayor claridad inicial el segundo momento, relativo al ejercicio competencial, se lo escogió -sin perjuicio del orden cronológico- para ser desarrollado en primer lugar -en pro del orden expositivo-. Luego se abordó el momento de la asignación de competencias.

Respecto del ejercicio de la competencia discrecional, se constató que la Administración titulariza ciertas facultades que puede o no ejercer, y si lo hace, puede hacerlo de uno u otro modo. En esos supuestos, la conducta a seguir de la Administración depende de sus elecciones. Ahora bien, tanto para resolver cuestiones administrativas de contenido técnico como cuestiones de orden político que obedecen a los programas de gobierno, el uso de las facultades del órgano administrativo en su elección -aun con cierto grado de libertad- siempre va acompañado por el principio de juridicidad, y nunca puede contradecir los límites jurídico-legales que este le representa.

Acerca de la asignación de competencias, se trabajó sobre dos supuestos, atinentes al momento de formación del Estado, y una vez que el Estado ya está en funcionamiento.

Respecto de la formación del Estado, se sostuvo que este es una creación humana, nacida por la acción de voluntades humanas, sea una comunidad entera, una mayoría de personas o incluso un grupo minoritario. Allí surgió el concepto de *meta-competencia*, para identificar la competencia de quien asigna competencias. El que asigna competencias es el Estado, y su competencia para asignarlas viene de las voluntades humanas que lo crearon. El Estado no es una *realidad natural*, es una *fabricación artificial* que sirve para hacer lo que quienes lo diseñan quieren que haga. De tal modo, los iniciadores del Estado eligen los aspectos de la realidad que caen bajo las regulaciones y reglamentaciones conformantes del sistema legal operante en su jurisdicción. Para hacerlo en forma objetiva -teniendo en consideración principios metafísicos y éticos-; discrecional -sopesando los aspectos a cubrir de acuerdo a una Filosofía que señala límites y supuestos de cobertura en relación a la realidad y la naturaleza humana-; y no arbitraria -lo que sería recostarse en imposiciones caprichosas de voluntad sin márgenes-; los constituyentes del Estado analizan los derechos individuales y la configuración de un poder jurídico-político restringido, y elaboran a partir de dichas premisas un sistema de reconocimiento y protección en pro de las personas.

Una vez constituido el Estado y comenzado su funcionamiento, se analizaron los ámbitos donde se expresa su competencia. Y el resultado fue comprobar que el Estado asigna competencias con un margen de discrecionalidad: teniendo presentes aquellas parcelas de la realidad de las cuales decidió ocuparse para aplicar sus potestades regulatorias y reglamentarias, crea y elige órganos a los cuales les asigna funciones para que cumplan objetivos. Tal actividad se realiza en base a dos elementos: su *selección criteriosa* según lo que ve como conveniente, necesario, idóneo; y los *límites legales* que le impone el ordenamiento jurídico, la Constitución en la cual se funda, las leyes y normativa que acompañan. Una prueba de tal discrecionalidad y de la variabilidad existente en cuanto a consideraciones, diagnósticos y proposición de soluciones para atender situaciones de las que el Estado ha decidido encargarse, se encuentra en los diferentes modelos que atestiguan la historia jurídica, como por ejemplo el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho (uno con competencias más escuetas, el otro con competencias amplificadas; uno con un rol pasivo en la economía, otro con una intervención activa).

En el terreno concreto del Derecho Administrativo, se observó que lo mismo que sucede a nivel general en el Estado, sucede a nivel específico en la Administración. Discrecionalmente,

esta asigna competencias a entes jurídicos para que lleven adelante programas de gobierno, procedimientos, investigaciones, propuestas técnicas; y según una planificación esquemática junto al Poder Ejecutivo, puede contar con diferentes Ministerios y Direcciones con mayores o menores funciones en pos de sus objetivos y proyecciones. En un escenario meramente ilustrativo, una Administración muy interesada en la recaudación y el dirigismo económico aceptará el funcionamiento de una Dirección General de Rentas y un Ministerio de Economía respectivamente; una Administración no interesada en la provisión estatal directa de casas no tendrá necesidad de un Ministerio de Vivienda, pero si quiere entregar créditos para que particulares construyan evaluará la pertinencia de un Ministerio de Desarrollo Territorial y Hábitat; y si está preocupada por evitar la contaminación, de manera discrecional elegirá si va a contar o no con un Ministerio de Medio Ambiente o si va a asignar un presupuesto a algún ente estatal ya existente para que cumpla las mismas funciones.

Vista la meta-competencia y la asignación de competencias, se conectó la asignación con el ejercicio de competencias en el análisis de los elementos del acto ejecutado. En consonancia con la doctrina en boga, se destacó el *carácter híbrido* de los actos que son en parte reglados y en parte discrecionales, ya que cuentan con ambos elementos que, en vez de anularse entre sí, complementan el círculo operacional entre previsión normativa y acción administrativa.

En relación a la asignación, se trataron supuestos donde de acuerdo a la Filosofía imperante en el modelo de Estado escogido, se eligen los ámbitos de interés y se realiza la consecuente atribución de facultades. En el caso del Estado de Derecho proponente de un Gobierno limitado en seguimiento de una Filosofía liberal, interesa que la Administración tenga competencias para mantener el orden público y canalizar reclamos de los administrados por decisiones perjudiciales; y hay resistencia a que tenga facultades para manipular el tipo de cambio monetario y prohibir importaciones de productos manufacturados. A la hora de ejecutar sus decisiones, el Estado tendrá que observar elementos reglados que demarcarán los límites de su accionar (como reconocer los derechos de quienes quieren circular por la calle en paz, y quienes deben ser oídos en sus presentaciones ante la autoridad), y dentro de esos límites podrá elegir la mejor manera de llevar adelante su actuación (como la implementación de protocolos policiales para desarticular cortes de tránsito, y contestar reclamos al tercer día si el plazo para hacerlo es de una semana).

En torno al ejercicio de competencias, se contemplaron casos donde el plexo normativo no prevé todas las situaciones que el órgano administrativo se encuentra en la práctica diaria y debe evaluar para actuar adecuadamente; aquellos donde la normativa deja reglada la conducta, pero indeterminada la selección de medios que corresponde al criterio del actuante; y cuando para cumplimentar con lo exigido de manera eficaz se requiere una operación intelectual decisoria que determina la adopción de vías o elementos de actuación. Así, se encuentran ejemplos donde regladamente la Administración tiene que brindar protección a funcionarios y discrecionalmente elige contar con cierta cantidad de patrulleros y efectivos policiales; le corresponde regladamente habilitar o prohibir las clases presenciales en los establecimientos educativos y discrecionalmente determinará lo que corresponda de acuerdo a las circunstancias -por ejemplo lluvias torrenciales-; o bien un reglamento está previsto para un normal funcionamiento pero una situación de emergencia imprevisible -como lo es el peligro sísmico- obliga al operador jurídico a tomar decisiones discrecionales dentro de lo que la juridicidad le permite, tales como idear un operativo de evacuación de zonas riesgosas.

Por todo lo antedicho, se considera que la comprobación arroja un *resultado positivo*, y *la hipótesis se verifica*. Entonces corresponde afirmar: *hay discrecionalidad en la asignación de competencias*. Desde una visión general y en consideración de los ordenamientos y casos analizados (no se pretende por supuesto englobar toda manifestación jurídica alrededor del planeta), se sostiene que el Derecho en la actualidad funciona de esta manera.

III.1.B) Propuesta en relación al resultado

A partir de la verificación de la hipótesis, y en consideración de la perspectiva adoptada en la tesis para efectuar aportes al Derecho Administrativo, lo que se propone en relación a la discrecionalidad en la asignación y ejercicio de competencias es una evaluación de la Administración, no solamente jurídica, sino también desde las bases filosóficas sobre las que se construye la teoría jurídica, para constatar si se está frente a un Estado de Derecho, un modelo ajeno o directamente opuesto al Estado de Derecho, o bien un Estado de Derecho en puja con incompatibilidades y/o contradicciones que buscan inclinar la balanza hacia un modelo distinto.

Más allá de la consideración de los *límites legales* consagrados en las normas específicas y el Derecho en su conjunto, que enmarcan la discrecionalidad presente en la asignación y ejercicio de competencias, corresponde evaluar la pertinencia y el desempeño estatal-administrativo con arreglo a los *límites filosóficos* que provee el principio de los derechos individuales.

El reconocimiento del principio de los derechos individuales en un sistema jurídico, con su correlato que es el Gobierno limitado, implica que la Administración Pública no puede violar derechos inalienables mediante sus normas y acciones, ni puede sacrificar a los administrados en beneficio de fines públicos políticos; y a su vez, la Administración solamente puede ejecutar funciones en protección y respeto de tales derechos, lo que debe cumplir sin ejercer competencias innecesarias dentro del ámbito de correspondencia, ni asumir o asignar competencias sobre parcelas de la realidad no vinculadas a tal propósito supremo.

De esa manera, se evalúa la inviolabilidad de los derechos de los administrados que conservan su esfera de privacidad e individualidad; más el impedimento, por un lado, de que la Administración asuma mayores atribuciones de las que le corresponde dentro del esquema ya asumido, y por otro, que brusca o solapadamente se apodere de mayores espacios con su peso regulatorio otrora librados a la autodeterminación individual.

En este esquema, el análisis de la discrecionalidad no empieza simplemente desde la elección entre opciones legalmente válidas dentro de un esquema reglado -es decir, desde el *ejercicio* de competencias-; sino desde la elección de aquellos aspectos sobre los cuales el Estado se atribuye poder de actuación -es decir, desde la *asignación* de competencias-. Los límites para lo primero los provee la juridicidad; los límites para lo segundo los provee el principio de derechos individuales.

Por lo tanto, la discrecionalidad es analizada como tal o cual decisión entre tales o cuales alternativas, o bien como un comportamiento creativo dentro del marco jurídico para dar respuesta a tal o cual situación, que se ejecuta por tal o cual dependencia; pero esa variabilidad es guiada por un estándar fijo y se dirige a un punto fijo: principio de juridicidad, respeto de los derechos de los administrados. Y las competencias donde se ejerce dicha discrecionalidad, son a su vez asignadas por una decisión con contenido discrecional, que puede distribuir las en tal o cual órgano, y es tomada por tal o cual responsable o representante, pero siempre orientada por un estándar fijo y dirigida a un punto fijo: el principio filosófico de los derechos individuales, y su efectivo reconocimiento en el orden jurídico.

Así como hay una doble verificación de cumplimiento discrecional en el análisis, que tiene que ver con lo filosófico (que el Estado asigne competencias y actúe en los aspectos que tiene que actuar según su esquema de poder limitado) y con lo jurídico (que dentro de los ámbitos asumidos, la discrecionalidad se ejercite dentro de la juridicidad), existen dos posibilidades de violación conductual en la discrecionalidad: violación en lo filosófico (que el Estado

asigne competencias indebidas sobre aspectos indebidos) y violación en lo jurídico (que el Estado no cumpla con la juridicidad).

En el supuesto de que la discrecionalidad se ejerza dentro sus limitaciones filosóficas y jurídicas, se estará frente a una actuación adecuada tanto al principio imperante como al ordenamiento donde rige. Para el caso en que se produzca una actuación infractora de los estándares adoptados, debe chequearse a qué nivel se ha producido y en base a ello proponerse una corrección.

Cada nivel tiene que ver precisamente con los ámbitos de referencia sobre los que recae el análisis. El *nivel primario o fundamental* es el *filosófico* porque aporta los *principios* básicos, el *nivel secundario o derivado* es el *jurídico* porque aporta la *normativa* nacida al amparo de los principios y desarrollada coherentemente.

A continuación, se plantearán en modo abstracto los casos que pueden presentarse durante la utilización del análisis, y luego se los graficará con ejemplos concretos. Una vez que se cuente con los casos y los correspondientes ejemplos, se podrá ubicar cada supuesto en alguna de las tres categorías mencionadas *ut supra* que refieren a los resultados en la constatación de la Administración: Estado de Derecho, modelo distinto, o modelo con elementos en puja.

En el primer caso, no se presenta ninguna infracción a nivel filosófico ni a nivel jurídico, por ende, el análisis no invalida norma, acto, procedimiento o institución que sirva al propósito fundamental de la Administración.

En el segundo caso, si la infracción se presenta solamente en el nivel secundario, el análisis invalida con criterio jurídico, en base al Derecho en su conjunto, cualquier norma, acto, procedimiento o institución que no sirva al propósito fundamental de la Administración.

En el tercer caso, si la infracción se presenta solamente en el nivel primario, el análisis invalida con criterio filosófico, en base al principio de los derechos individuales, cualquier norma, acto, procedimiento o institución que no sirva al propósito fundamental de la Administración.

En el cuarto caso, si la infracción se presenta tanto a nivel primario como secundario, el análisis invalida con criterio filosófico y jurídico, en base al principio de los derechos individuales y al Derecho en su conjunto, cualquier norma, acto, procedimiento o institución que no sirva al propósito fundamental de la Administración.

Ejemplo del primer caso es una Administración regida por el principio de derechos individuales que los reconoce y permite su realización: ejerce funciones de policía para mantener

las calles sin cortes realizados por grupos piqueteros; permite a los particulares hacer su descargo cuando se les reputa una infracción administrativa, y en los reglamentos no se atribuye plazos privilegiados frente a aquellos para responder; no estorba el ejercicio del derecho de propiedad con regulaciones insensatas en las veredas céntricas que impiden a bares atender clientela al aire libre.

Ejemplo del segundo caso es una Administración concebida originalmente a partir de una idea fundamental para que sus competencias protejan los derechos individuales, pero que en el ejercicio de tales competencias se ha alejado de lo jurídicamente permitido: en ejercicio de su función de policía para controlar las calles, sin reputarse emergencia o peligro nacional alguno, impone un toque de queda por el cual no se puede transitar por los espacios públicos después de las siete de la tarde; respeta el derecho de los particulares a presentar peticiones a las autoridades, pero atenta contra las reglas porque no cumple con los plazos de contestación y lo hace cuando se le antoja; reconoce el derecho de propiedad que tienen los dueños de bares, pero de manera arbitraria otorga permisos para colocar mesas en las veredas a cambio de favores políticos.

Ejemplo del tercer caso es una Administración concebida a partir de un principio distinto, contrario, opuesto al principio de derechos individuales, que ocupa su lugar o rivaliza con él en la concepción, y dentro de tal esquema su actuación se ajusta al Derecho a partir de él creado: la policía administrativa recorta legalmente la libre iniciativa arrogándose la prerrogativa de exigir licencias para cualquier actividad privada que quiera llevarse adelante, aún en hogares e instituciones no pertenecientes al Estado; se elige cuáles planteos particulares serán atendidos y cuáles serán rechazados *in limine* a partir de un juicio evaluativo del funcionario actuante, y la propia normativa le permite prejuzgar acerca del contenido del reclamo y desecharlo por razones políticas; se reconoce nominalmente el derecho de propiedad, pero fácticamente se instruye a la agencia recaudadora de impuestos a ejecutar prácticas tributarias asfixiantes que resultan confiscatorias.

Ejemplo del cuarto caso es una Administración concebida a partir de un principio distinto, contrario, opuesto al principio de derechos individuales, que ocupa su lugar o rivaliza con él en la concepción, y que encima, dentro de tal esquema, no respeta la juridicidad y actúa arbitrariamente por fuera de los límites normativos: se establece injustificadamente un toque de queda a las siete de la tarde y la autoridad decide también injustificadamente hacerlo cumplir desde las seis de la tarde; la normativa procedimental permite rechazar recursos particulares por

motivos políticos expresando cuáles son, y la autoridad rechaza el recurso bajo tal indicación pero sin explicar en qué consisten los motivos; se invoca una ley que establece que las propiedades dentro de la jurisdicción nacional cumplen una función social y que permite expropiar siempre que se declare la utilidad pública y previamente se indemnice, y se procede a expropiar bienes de los legítimos dueños sin declarar la utilidad pública ni cumplir con la indemnización previa.

Expuestos los ejemplos, antes de proceder a situarlos en las categorías, conviene tomar en cuenta una observación. Cuando estudia la realidad, el investigador encuentra *hechos permanentes*, que constituyen una constante, así como *hechos transitorios*, que pueden aparecer esporádicamente. Si lo que se analiza es considerado permanente, puede situar el caso con certeza y proyección en el tiempo dentro de una categoría. En cambio, si lo que analiza es considerado transitorio, en relación al modelo estatal y su ejercicio competencial deberá contemplar una ubicación en la categoría no tajante, sino presta a ser reconsiderada en lo sucesivo en vista de circunstancias cambiantes y procesos relativamente dinámicos. Para lo que servirá la ubicación categorial en este último supuesto es para calificar el caso concreto, no así la totalidad del objeto de estudio considerado en toda su extensión y continuidad.

Verbigracia, si el Estado es un violador sistemático de derechos individuales, sus instituciones habituales son tiránicas, y no existe representatividad de una fuerza política que eventualmente sirva de oposición, resulta claro que el modelo analizado no pertenece a la categoría del Estado de Derecho, y sí puede situarse con certeza en la categoría de modelo contrario. A su vez, si una Administración tiene un comportamiento en líneas generales correcto, y una de sus dependencias empieza a actuar desacertadamente y en lo sucesivo reitera su conducta, pero la autoridad encargada de controlar y evaluar escucha la voz de alarma y pone en marcha los procedimientos necesarios para sancionar y corregir lo inadecuado, difícilmente pueda considerarse que se está frente a un supuesto permanente y categóricamente tirano, y definitivamente ajeno a los requerimientos del Estado de Derecho.

Ahora sí, efectuada la pertinente aclaración, se procede a la ubicación de los ejemplos en las categorías, para lo cual se considerarán, a los fines de certeza expositiva, como supuestos del tipo permanente.

El primer caso entra en la categoría del Estado de Derecho. La institucionalidad está filosóficamente orientada al reconocimiento y protección de los derechos, y el ejercicio de competencias discrecionales se ejecuta en cumplimiento del principio de juridicidad.

El segundo caso entra en la categoría de elementos en pugna. Hay una acertada orientación filosófica inicial en torno a los ámbitos sobre los cuales recae la asignación de competencias, pero en su ejercicio se producen ilegalidades, arbitrariedades y abusos que conspiran contra los fundamentos estatales. Hay un conflicto entre teoría y práctica que debe resolverse mediante la exigencia de apego al Derecho.

El tercer caso puede interpretarse de dos maneras según la información que se recoja. Si en lo filosófico rige un principio opuesto a los derechos individuales, la categoría adecuada es el modelo contrario al Estado de Derecho; si hay una colisión de principios, de manera que cada uno tiene su espacio y se bate a duelo con el contrario para prevalecer, la categoría correspondiente es la de modelos en pugna. En ambos casos, la discrecionalidad jurídica se respeta; por lo tanto, el conflicto no es primariamente de apego a la ley sino de orientación filosófica y los ámbitos donde se han asignado competencias, y allí debe buscarse la solución, intentado la prevalencia del principio de derechos individuales, si el interés es inclinar la balanza para el lado del Estado de Derecho.

El cuarto caso pertenece a la categoría del modelo distinto o contrario al Estado de Derecho. Las premisas filosóficas son opuestas a los derechos individuales, por ello la Administración no hallará reparos en asignar competencias que estorben o bloqueen esferas privadas de libertad e iniciativa individual de los particulares. Y el propio ordenamiento jurídico, de por sí invasivo, no sirve de contención para las arbitrariedades y abusos que se encuentran a la orden del día, desbordándose los márgenes de la discrecionalidad. A la vista queda que el conflicto es doble, filosófico y jurídico; por lo tanto, requiere doble atención. Lo fundamental es resolver el principio filosófico, que se oriente a los derechos individuales; y lo secundario es arreglar el sistema jurídico concebido en consecuencia, y el apego de la Administración a la nueva juridicidad. Mal podría pretenderse enfocar la tarea fundamentalmente en el ordenamiento jurídico en desmedro de la Filosofía imperante; así lo único que se conseguiría se resumiría en encuadrar el obrar discrecional administrativo dentro de los márgenes de una norma que seguiría siendo perjudicial para el administrado. Sería como decirle a la Administración que no se escape de un ordenamiento reputado como injusto, y que siga la normativa vista como injusta, sin pensar en cambiar la injusticia que atraviesa al Derecho de cabo a rabo.

Restan por hacerse dos puntualizaciones respecto de la propuesta esbozada, que han de tenerse presente al momento de ser examinada.

Lo primero es que, si bien se ha planteado un *método analítico* proyectado sobre la discrecionalidad filosófica y jurídica a tenerse en cuenta para verificar el buen andar de una Administración Pública, puede pensarse la utilización de tal método de manera general o con mayor amplitud para abarcar el resto de la actividad estatal. Aquí se lo ha empleado en relación a la discrecionalidad porque es el tema escogido para la tesis, y porque en el contexto de su escritura surgió su formulación inicial; pero conservando los elementos de análisis filosóficos y jurídicos de los casos, y las categorías donde se sitúan los supuestos, el método podría cambiar su objeto de análisis -la discrecionalidad administrativa- por otro concreto -a modo de ejemplo, la disciplina fiscal-, o incluso a nivel fundamental -la realización del valor justicia-, y funcionar de ese modo.

Lo segundo es que, en rigor, se trata de un *esbozo* de método analítico, surgido como ya se adelantó durante la realización de la tesis, la cual tiene como propósito principal comprobar la hipótesis relativa a los elementos discrecionales presentes en la asignación de competencias administrativas. De allí debe concluirse que lo apuntado en relación al método dista de ser una exposición sistemática tras un largo tratamiento intelectual dedicado a pulir su desarrollo, y que su presencia en este trabajo es un adicional a la verificación de la hipótesis que lo motivó. El tratamiento más detenido y detallado merece ser expuesto, pero este no es el marco para hacerlo porque el foco principal es otro. Aun así, las circunstancias descritas no le quitan seriedad al método, ya que su presentación se hace a consciencia y ejerciendo la racionalidad; pero sí lo hacen susceptible de modificaciones en el futuro ante posibles falencias o necesidades de retoque, las cuales no sería de extrañar si apareciesen. *Ergo*, el método así expuesto debe ser considerado como una versión preliminar susceptible de posteriores desarrollos.

Realizadas la verificación de la hipótesis y la propuesta a partir del resultado, a esta altura corresponde pasar sin más al comentario que cierra el presente trabajo.

IV.1.- Palabras finales

Esta tesis se elabora con el objetivo académico de aprobar la *Maestría en Derecho Administrativo de la Economía* de la Universidad Católica de Cuyo sede San Juan, y obtener el correspondiente título de posgrado. Y su propósito científico fundamental es comprobar una hipótesis atinente al ejercicio de *competencias administrativas discrecionales*. Resulta evidente, entonces, que se trata de un trabajo intelectual prioritariamente de Derecho Administrativo.

Pero como su índice y contenido pueden dar cuenta, el desarrollo temático ha estado lejos de comenzar y agotarse en la rama administrativa del Derecho, sino que ha requerido un fluido diálogo con el Derecho Constitucional, la Filosofía del Derecho y la Historia del pensamiento jurídico. Ello ha permitido respaldar posiciones en los orígenes y evoluciones institucionales para una mejor comprensión del contexto presente.

De ahí que, según la estructura argumentativa adoptada, antes de hablar específicamente de discrecionalidad administrativa, debe hablarse de las competencias administrativas en general. Y antes de hablar jurídicamente de ellas, debe hablarse en términos filosóficos del origen del poder del Estado que las ponen en marcha, y de los derechos individuales que a su vez dan forma al nacimiento y limitación del Estado. De tal manera, se previenen cabos sueltos y se solidifican las bases argumentativas.

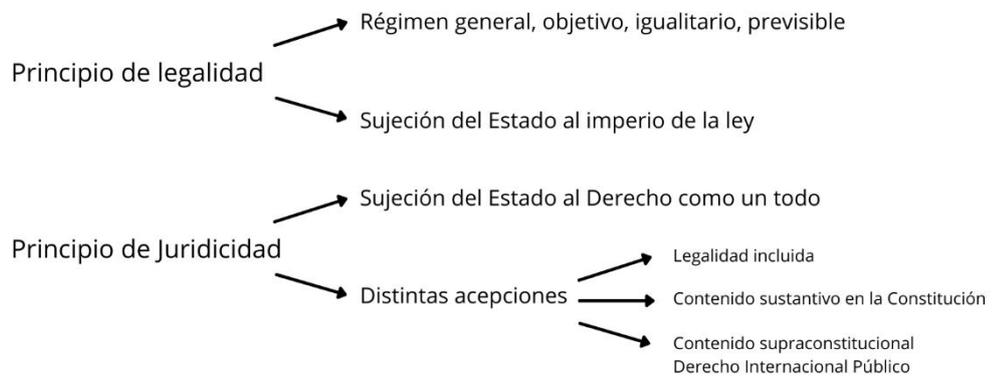
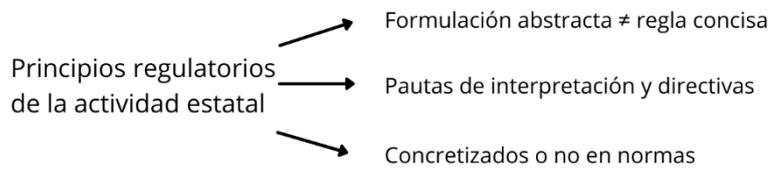
Ahora bien, por todo lo proyectado, el trabajo debe entenderse de acuerdo a tres factores que no pueden dejarse de lado: ambición expositiva, limitación en la extensión, y relación al tema principal. Primero, el contenido es muy abarcador, y como de cada tema pueden hacerse tesis particulares para llegar a fondo, necesariamente los considerados accesorios, complementarios o de soporte, aquí se tratan de modo resumido y rescatando solamente lo esencial. Segundo, si como versa el dicho popular, efectivamente “el tiempo es tirano”, el espacio también puede serlo, y la intención de evitar una prolongación indebida de contenidos para un trabajo de tesis de posgrado universitario -aunque ameritase mayor extensión en un contexto diferente de desarrollo autónomo- juega su parte en cuanto a la extensión. Tercero, de los temas estudiados, sería académicamente impropio y metodológicamente inadecuado cubrir todos y cada uno de sus aspectos, por ello solamente se tienen en cuenta aquellos que se vinculan con el tema principal y hacen a su comprensión.

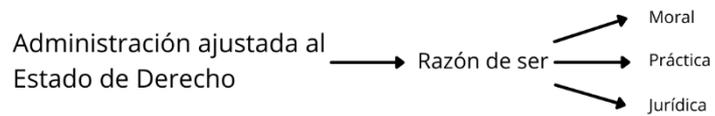
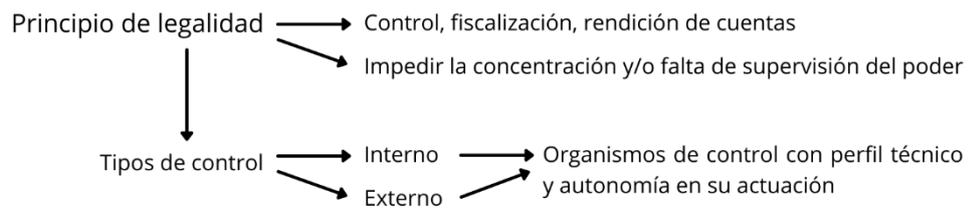
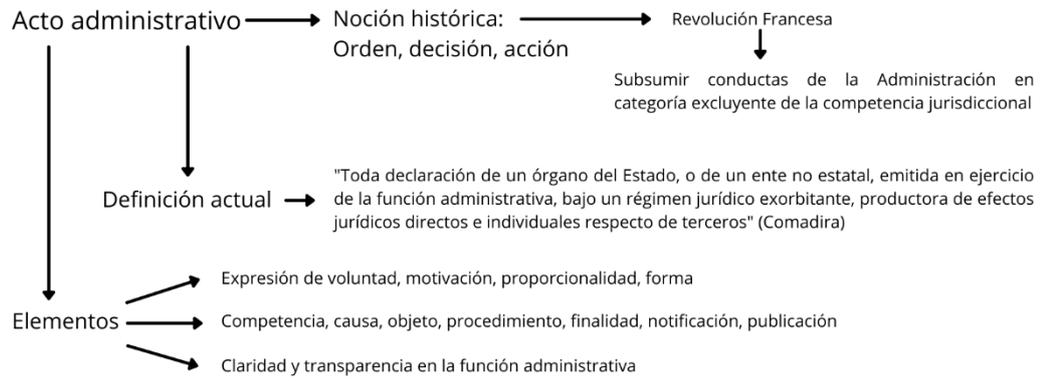
Efectuadas las salvedades estructurales y metodológicas, resta pronunciarse una última vez sobre el fondo de la cuestión. Se considera verificada la hipótesis que pone en marcha la tesis: *existe discrecionalidad en la asignación de competencias administrativas*. Tener presente ese conocimiento ayuda a un mejor entendimiento del funcionamiento del Estado en general y la Administración Pública en particular; y puede constituirse, de ser aprovechado, en una base analítica teórica que inspire a lograr mejores resultados en el desempeño práctico, proyectándose en cuestiones como ejercicio de facultades, limitación del poder, actividad reglamentaria, reconocimiento de derechos de los administrados, y puntos afines.

Por último, se expone el deseo final respecto de la utilidad de la tesis. De más está decir que el tema abordado no se agota en los conceptos aquí analizados, por lo que, si bien este es un punto final para el presente trabajo, puede ser un punto inicial o de continuación de futuras investigaciones que lleven más allá los abordajes y sigan expandiendo las fronteras del conocimiento humano. En todo caso, se espera que la tesis sirva como aporte para la concepción de un Derecho Administrativo enraizado en bases filosóficas objetivas, y fuertemente enfocado en aquellos a quienes dice y debe servir.

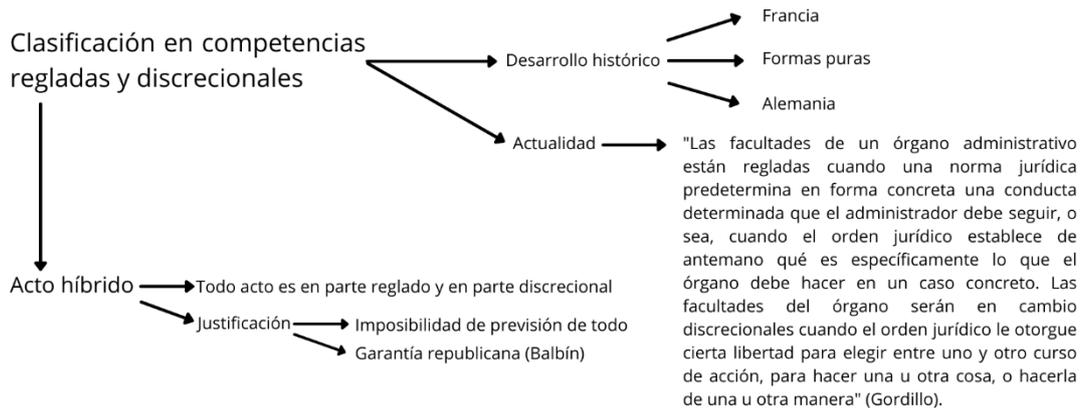
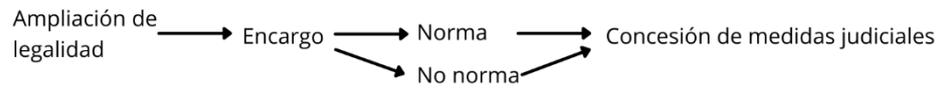
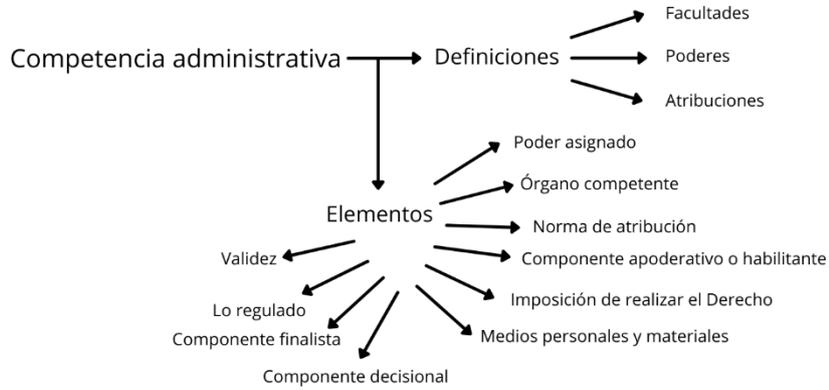
MAPAS CONCEPTUALES

Poder de actuación del Estado





Competencias regladas y discrecionales de la Administración Pública



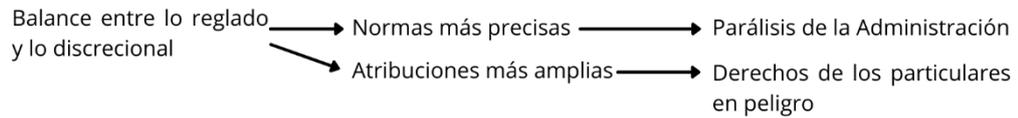
Distinción de la discrecionalidad con la arbitrariedad

Ejemplos

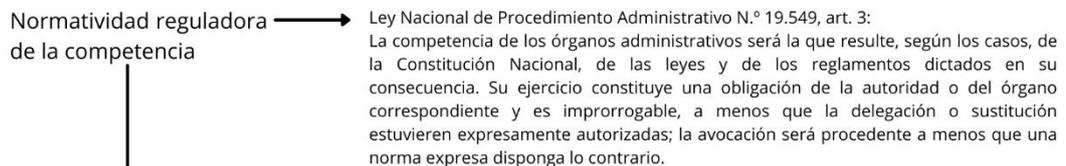
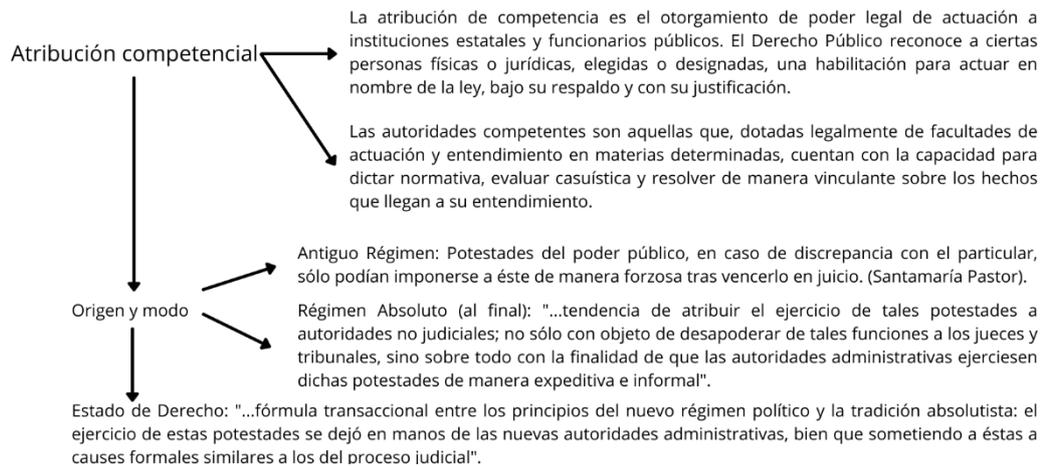
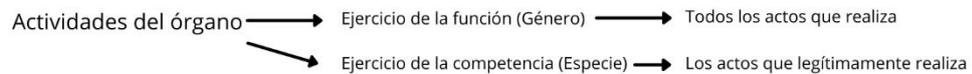
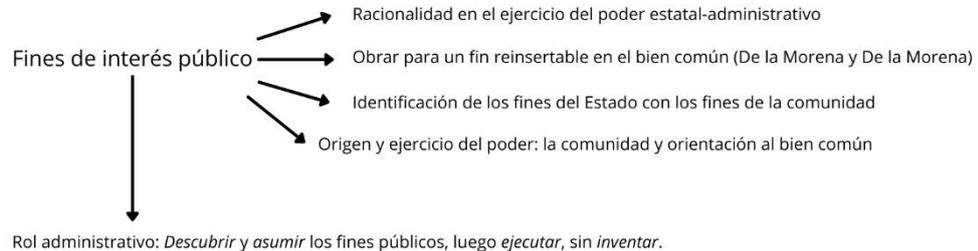
El obrar arbitrario es aquel donde el órgano administrativo actúa según su criterio, pero de manera antojadiza en vez de razonable, sin respetar el marco establecido para la toma de decisiones, extralimitándose del grado de autonomía reconocido para optar entre alternativas, o llevando a cabo conductas por fuera de las reconocidas como válidas por la norma reguladora -lo cual es un supuesto que equivale a la ilegalidad o antijuridicidad-.

Ejemplo de discrecionalidad enmarcada por legalidad, retomando el Código Sanitario de Chile, se halla en su artículo 32, donde se lee: "El Presidente de la República, a propuesta del Director de Salud, podrá declarar obligatoria la vacunación de la población contra las enfermedades transmisibles para los cuales existan procedimientos eficaces de inmunización". Hay una doble mención de discrecionalidad: primero, el Director de Salud está facultado para proponer, no imponer; segundo, tras su propuesta, el Presidente de la República puede, no debe, declarar obligatoria la vacunación. La identificación de palabras clave, en este caso, da cuenta de que se puede actuar de una u otra forma sin quedar al margen de la ley.

Ejemplo de arbitrariedad, por otro lado, sería que el Presidente no tomase en cuenta el presupuesto exigible para disponer una vacunación masiva, que es la existencia de procedimientos eficaces de inmunización, y dispusiese la inoculación obligatoria de dosis no testeadas v/o científicamente desaconsejadas.

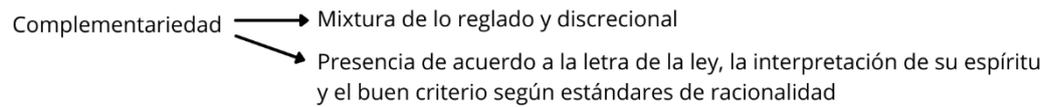
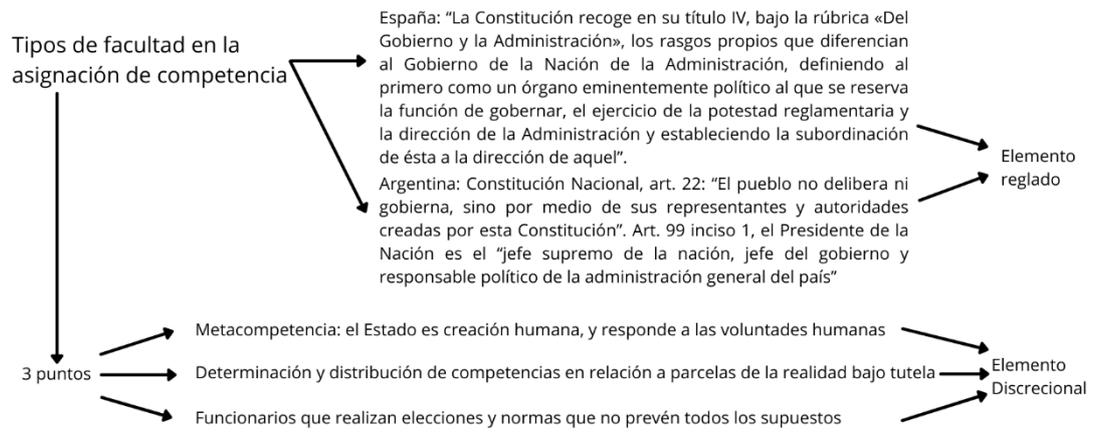


Asignación de competencias

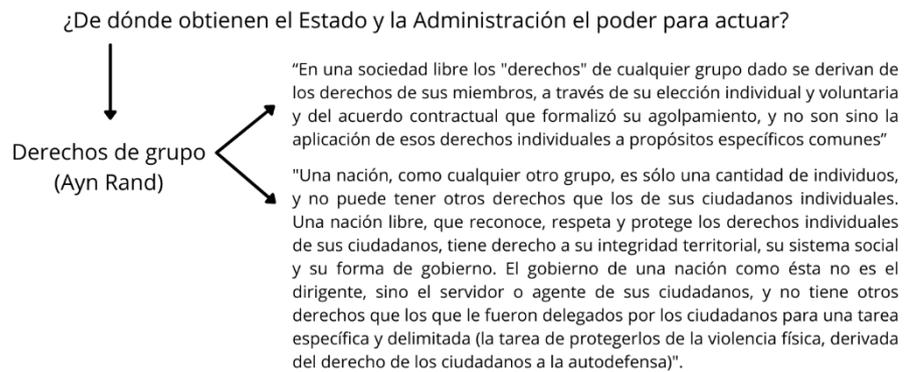
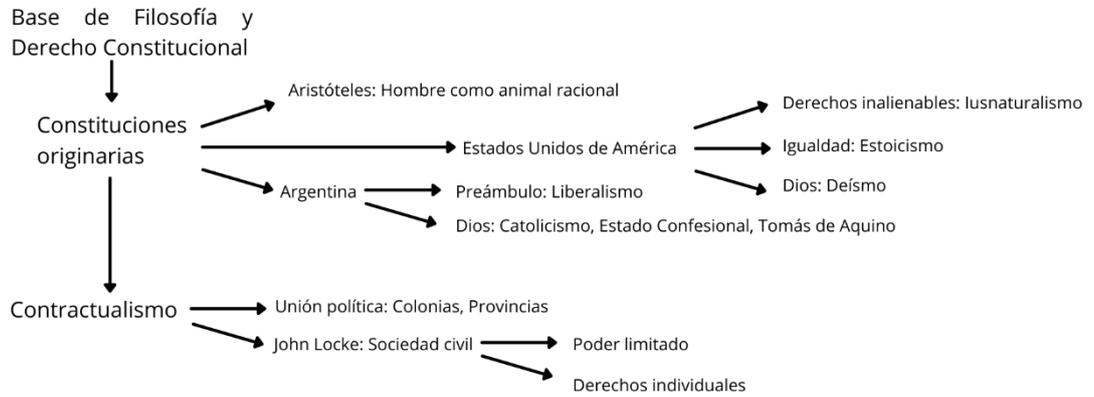


Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común a las Administraciones Públicas de España, art. 1, punto 2:

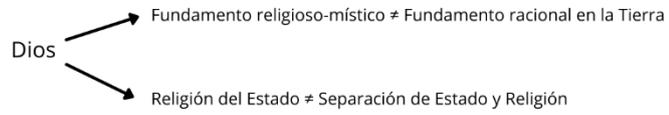
Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar.



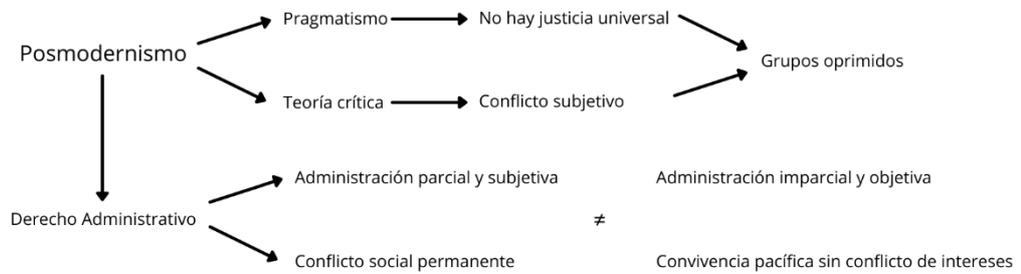
Concepción de un sistema jurídico para una Administración Pública válida, eficiente y jurídicamente limitada



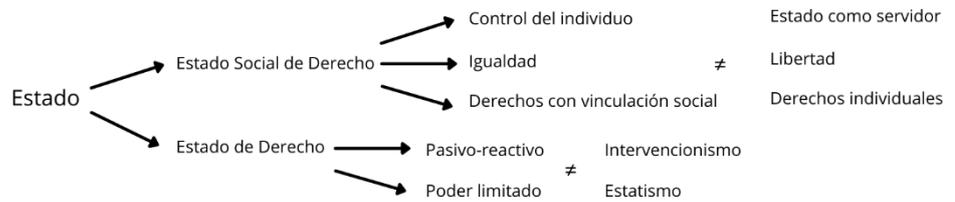
Crítica desde la concepción

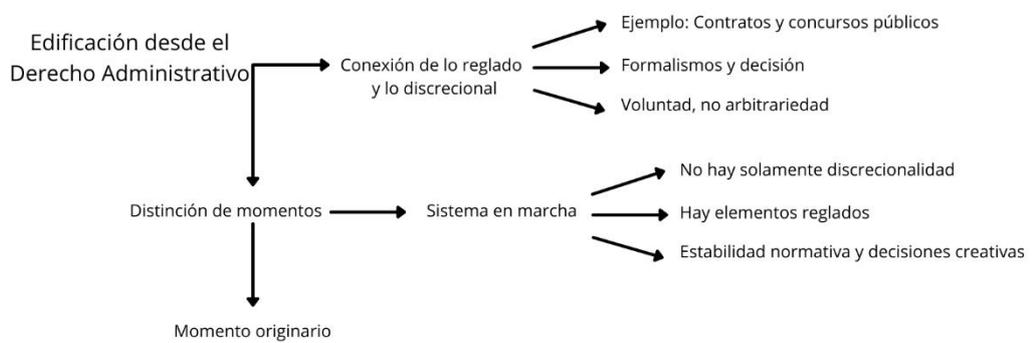
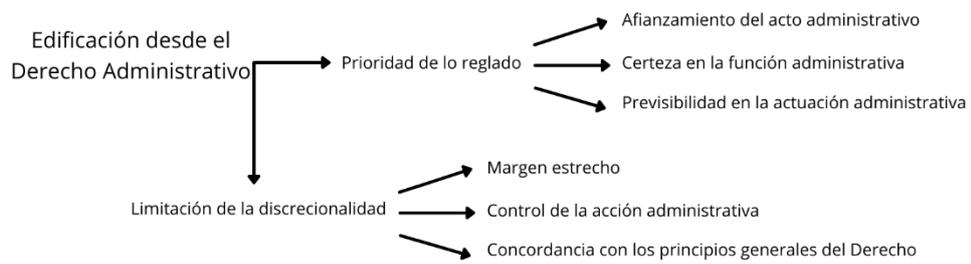


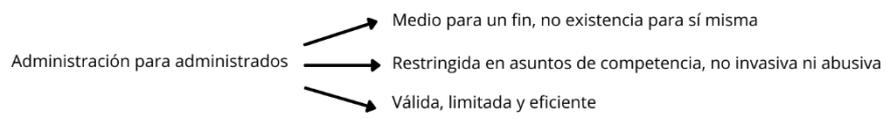
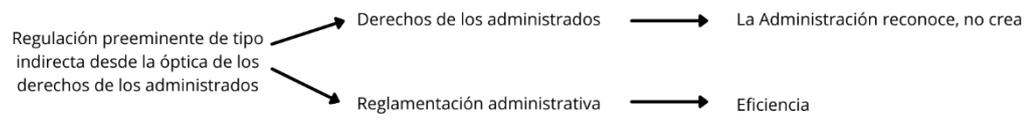
Crítica desde la concepción



Crítica desde la concepción







Conclusión de la tesis



Bibliografía

- Aguilar Blanc, C. (2012). El Terror de Estado francés: una perspectiva jurídica. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 7, 207-243. Obtenido de http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/7858/el_terror_de_Estado.pdf?sequence=2
- Alberdi, J. B. (1980). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra.
- Aquino, S. T. (1993). *Suma de Teología* (Vols. II - Parte I-II). Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos. Obtenido de <https://www.dominicos.org/media/uploads/recursos/libros/suma/2.pdf>
- Aristóteles. (1988). *Política*. Madrid: Editorial Gredos.
- Arvizu Galván, I., Bello Gallardo, N., & Vázquez Avedillo, J. F. (2017). Principio de Legalidad vs. Principio de Juridicidad: Evolución Constitucional en México. (U. Veracruzana, Ed.) *Letras Jurídicas*, 15-29.
- Balbín, C. F. (2007). *Curso de derecho administrativo* (Vol. Tomo I). Buenos Aires: La Ley.
- Bastiat, F. (2004). La ley. En *Obras escogidas*. Madrid: Unión Editorial.
- Besio Moreno, J. (2019). Apuntes sobre los orígenes del acto administrativo. *Ab-Revista de Abogacía*, III(5). Obtenido de <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/ab/article/download/536/487/>
- Bidart Campos, G. J. (1961). *Grupos de Presión y Factores de Poder*. Buenos Aires: Editorial A. Peña Lillo.
- Bielsa, R. (1961). *Metodología Jurídica*. Santa fe: Librería y Editorial Castellví S.A.
- Bill of Rights. Ley que declara los derechos y libertades de los ingleses y establece el orden de sucesión de la Corona (Inglaterra, 1689)*. (2010). Obtenido de [dipublico.org: https://www.dipublico.org/3664/bill-of-rights-ley-que-declara-los-derechos-y-libertades-de-los-ingleses-y-establece-el-orden-de-sucesion-de-la-corona-inglaterra-1689/](https://www.dipublico.org/3664/bill-of-rights-ley-que-declara-los-derechos-y-libertades-de-los-ingleses-y-establece-el-orden-de-sucesion-de-la-corona-inglaterra-1689/)

- Binswanger, H. (Ed.). (1988). *The Ayn Rand Lexicon. Objectivism from A to Z*. New York: Penguin Putnam Inc.
- Boeri, M. D. (2014). Lo justo lo es por naturaleza, no por convención. Los argumentos estoicos en contra de la esclavitud y la doctrina de la "oikeiosis". *Circe, de clásicos y modernos*, 18(1), 19-37.
- Botero-Bernal, A. (2015). El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. En J. L. Fabra Zamora, & Á. Núñez Vaquero (Edits.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. 1, págs. 63-170). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/6.pdf>
- Botí Hernández, J. J. (2017). La creación de Solón: la transformación de la figura del ateniense a lo largo de los siglos V-IV a.C. *Antigüedad in progress... Actas del I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo (CIJIMA I)* (págs. 111-133). Murcia: Centro de Estudios del Próximo Oriente y la Antigüedad Tardía, Universidad de Murcia. Obtenido de <https://www.um.es/cepoat/publicaciones/wp-content/uploads/2017/05/CIJIMA-I.pdf>
- Boyle, I. (2017). Análisis de la discrecionalidad administrativa. *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*(19). Obtenido de https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=1e44f5995b47efd5affaff4688e39724&hash_t=3a228b58389035fd8d2068ebb77bb8f1
- Carranza Torres, L. R. (2018). *Las leyes de sangre de Dracón*. Obtenido de Comercio y Justicia: <https://comercioyjusticia.info/opinion/las-leyes-de-sangre-de-dracon/>
- Carrillo De la Rosa, Y., & Carrillo, A. (2011). La validez jurídica en el iusnaturalismo y el positivismo. *Saber, Ciencia y Libertad*, 89-103.
- Carta Magna (Inglaterra, 1215)*. (2011). Obtenido de dipublico.org: <https://www.dipublico.org/3652/carta-magna-inglaterra-1215/>
- Cassagne, J. C. (1990). La transformación del Estado. *Revista de Derecho Público*(47-48), 65-77.

- Cassagne, J. C. (2008). La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial. *La Ley*.
- Cassagne, J. C. (s.f.). La discrecionalidad administrativa. *Foro Jurídico*(9), 82-91.
- Castro Lozano, A. C. (2015). *La Discrecionalidad Administrativa en la Estructuración de los Pliegos de Condiciones en la Licitación Pública. Tesis presentada a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nuestra Señora del Rosario para obtener el título de Magister en Derecho Adm.* Bogotá: Universidad Nuestra Señora del Rosario. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/13141/TESIS%20DISCRECIONALIDAD%20ADMINISTRATIVA%20PUBLICAR.pdf?sequence=1>
- Cicerón. (2015). *Sobre la República*. Madrid: Editorial Gredos.
- Comte, A. (2004). *Curso de filosofía positiva*. Buenos Aires: Ediciones Libertador.
- Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. (2021). *Ley 1150 de 2007*. Obtenido de Secretaría General del Senado: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Cuadros, O. Á. (2009). El acto administrativo como acto jurídico. En *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Rap.
- Cuellar Silva, J., & Luis, R. N. (2016). *La teoría del acto administrativo, validez, eficacia y elementos desde la normatividad y jurisprudencia en Colombia*. Informe final presentado como requisito para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás, Facultad de Derecho, Villavicencio. Obtenido de <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/12631/2016javiercuellar.pdf?se>
- De Falco, V. (2019). *Acción administrativa y procedimientos en el Derecho Comparado*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- De la Morena y De la Morena, L. (1978). Los fines de interés público como "causa" y como "límite" de la competencia y como "medio" y "medida" de control jurídicos. *Revista de administración pública*(85), 151-222.

- Declaración de Independencia.* (2016). Obtenido de National Archives: <https://www.archives.gov/espanol/la-declaracion-de-independencia.html>
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.* (2019). Obtenido de Conseil Constitutionnel: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-02/20190225_derechosdelhombre_1789_0.pdf
- Enciclopedia Jurídica. (2020). Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/principio-de-legalidad/principio-de-legalidad.htm>
- Enteiche, N. (2020). *¿Qué es el Principio de Juridicidad?* (U. d. Desarrollo, Productor) Obtenido de <https://prensa.udd.cl/medios-y-prensa/que-es-el-principio-de-juridicidad/>
- Estévez Araujo, J. A. (1990). La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración. *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 107-130. Obtenido de https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1990-10010700130_ANUARIO_DE_FILOSOF%3%8DA_DEL_DERECHO_La_crisis_d_el_principio_de_legalidad:_la_imagen_jur%3%ADdico-formal_y_la_realidad_material_del_funcionamiento_de_la_Administ
- García-Pelayo, M. (1962). La idea medieval del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, 9-65. Obtenido de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/23/rucv_1962_23_9-65.pdf
- Gómez, A. (2007). El Postmodernismo, La Era del Desencanto. En U. d. Chile (Ed.). Obtenido de https://www.uchile.cl/documentos/conferencia-completa-de-albino-gomez_46884_0_0627.pdf.
- Gordillo, A. (2014). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (Vols. Tomo 9, Primeros manuales). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2015). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (Vols. Tomo 11, Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

- Gordillo, A. (2017). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (Vols. Tomo 1, Parte general). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Greer, D. M. (2013). *Incidence of the Terror during the French Revolution. A Statistical Interpretation*. USA: Harvard University Press.
- Grudemi. (2019). *Revolución Gloriosa*. Obtenido de Enciclopedia de Historia: <https://enciclopediadehistoria.com/revolucion-gloriosa/>
- Guamán Chacha, K. A., Hernández Ramos, E. L., & Lloay Sánchez, S. I. (2020). El positivismo y el positivismo jurídico. *Universidad y Sociedad*, 12(4), 265-269. Obtenido de <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202020000400265&lng=es&nrm=iso>
- Guerrero Yoacham, C. (1979). Las Causas de la Revolución Norteamericana y de la Declaración de Independencia. En W. Sánchez G., & C. Guerrero Y. (Edits.), *La Revolución Norteamericana, auge y perspectivas* (págs. 63-83). Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2003). *The Federalist. With Letters of "Brutus"*. (T. Ball, Ed.) Cambridge: Cambridge University Press.
- Hart, H. L. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Harvey, D. (1998). *La condición de la posmodernidad. Investigación sobre los orígenes del cambio cultural*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.
- Hayek, F. A. (2017). *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- Hicks, S. R. (2011). *Explaining Postmodernism. Skepticism and Socialism from Rousseau to Foucault. Expanded Edition*. Ockham's Razor Publishing.
- Hobbes, T. (2005). *Leviatán*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Islas Colín, A. (2009). Importancia del Derecho Romano en la época actual. *Revista Amicus Curiae*, 1(4). Obtenido de http://www.derecho.duad.unam.mx/amicus-curiae/descargas/09_03_09/derecho-romano.pdf
- Jefatura Del Estado . (2015). *Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. - Boletín Oficial del Estado de 02-10-2015*. Obtenido de

- Iberley: https://www.iberley.es/legislacion/ley-39-2015-1-oct-procedimiento-administrativo-comun-administraciones-publicas-23461061?utm_term=&utm_campaign=Iberley+din%C3%A1mica&utm_source=adwords&utm_medium=ppc&hsa_acc=5957353488&hsa_cam=9308467168&hsa_grp=9700608
- Jefferson, T. (1784). A Bill for Establishing Religious Freedom. En Virginia, & G. Assembly (Ed.), *Report of the Committee of Revisors appointed by the General Assembly of Virginia in 1776* (págs. 58-59). Richmond: Dixon & Holt. Obtenido de <https://hdl.handle.net/2027/mdp.35112203943909>
- Jiménez Cano, R. M. (2013). Una defensa del positivismo jurídico (excluyente). *Isonomía*(39), 83-126. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000200004&lng=es&nrm=iso
- Kelsen, H. (1961). La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 9-45. Obtenido de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/la-doctrina-del-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico.pdf
- Kelsen, H. (1994). Positivismo jurídico y Doctrina del Derecho Natural. *IUS ET VERITAS*, 5(8), 9-12. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15414>
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kirsch, J.P. (1912). Unam Sanctam. En *Catholic Encyclopedia*. New York: Robert Appleton Company. Obtenido de <https://www.newadvent.org/cathen/15126a.htm>
- La Constitución de los Estados Unidos de América 1787*. (2019). Obtenido de National Archives: <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>
- Locke, J. (1963). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires: Aguilar.
- López Olvera, M. A. (2016). Los principios del procedimiento administrativo. En M. A. López Olvera, & D. Cienfuegos Salgado (Edits.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo* (Vol. I, págs. 173-197). México: UNAM,

- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/12.pdf>
- Maitrot, J.-C. (2021). *Pouvoir discrétionnaire*. Obtenido de Encyclopædia Universalis: <https://www.universalis.fr/encyclopedie/pouvoir-discretionnaire/>
- Maraniello, P. (2015). *La carta magna*. Obtenido de Patricio Maraniello: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/carta-magna-inglesa.pdf>
- Maraniello, P. A. (2016). El legado de la Carta Magna Inglesa. A 800 años de su creación. *Revista Argentina de Justicia Constitucional*. Obtenido de <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=4a4e19ffad89a923dca314d2d436ccf9>
- Marshall Barberán, P. (2010). El Estado de Derecho como principio y su consagración en la Constitución política. *Revista de Derecho*, 17(2), 185-204. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000200008>
- Martínez, J. C. (2016). *El origen de la democracia ateniense*. Obtenido de Historiae: <https://historiaeweb.com/2017/11/12/origen-democracia-ateniense/>
- Megías Quirós, J. J. (2016). El derecho y los derechos en la antigua Grecia. *Dikaiosyne*(31), 61-80. Obtenido de <http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/42874/articulo3.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Megías Quirós, J. J. (2017). Derecho y derechos en la antigüedad romana. *Dikaiosyne*(32), 47-70. Obtenido de <http://cetus.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/44131/art3.pdf;jsessionid=C7878EA411C8D154F4CDE2FD815333A4?sequence=1>
- Menéndez Varela, J. L. (2001). La figura de Dracón en el debate sobre el origen del estado ateniense. *Polis. Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica*(13), 7-32.
- Merkel, A. (1935). *Teoría general del Derecho Administrativo*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. (2021). *Constitución de la Nación Argentina*. Obtenido de InfoLEG: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. (2021). *Ley Nacional de Procedimiento Administrativo N° 19.549*. Obtenido de InfoLEG: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/22363/texact.htm>
- Ministerio de Salud Pública. (2021). *Código Sanitario de Chile*. Obtenido de Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <http://bcn.cl/2f8kr>
- Monti, L. M. (2005). La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa. En Universidad Austral, *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público* (págs. 113-125). Ediciones Rap.
- Mora-Sifuentes, F. M. (2020). Hart y el problema del positivismo jurídico. Una reconstrucción en tres actos. *Universitas*(31), 2-32. doi:<https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5135>
- Morineau Iduarte, M. (2006). *Diccionario de Derecho romano*. México: Oxford University Press.
- Organización de las Naciones Unidas. (2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General*. Obtenido de <https://undocs.org/es/S/2004/616>
- Ortíz Díaz, J. (1957). El precedente administrativo. *Revista de administración pública*(24), 75-116.
- Ossorio, M. (2000). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Palanca, J. (2012). *La sociedad estamental*. Obtenido de La Crisis de la Historia. Revista Digital de Historia: <https://www.lacrisisdelahistoria.com/la-sociedad-estamental/>
- Peikoff, L. (1972). History of Philophy. *Ayn Rand Institute Campus*. Estados Unidos. Obtenido de <https://courses.aynrand.org/campus-courses/history-of-philosophy/>
- Peikoff, L. (1982). *The Ominous Parallels: The End of Freedom in America*. New York: Meridian.

- Peikoff, L. (2012). *The DIM Hypothesis: why the lights of the West are going out*. New York: New American Library.
- Pierry Arrau, P. (1984). El control de la discrecionalidad administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*(8), 161-183. doi:10.4151/ISSN.07186851-Vol.0-Num.8-Fulltext.121
- Rand, A. (1963). *For the New Intellectual*. New York: New American Library.
- Rand, A. (1979). *Introduction to Objectivist Epistemology*. New York: New American Library.
- Rand, A. (1990). *The Ayn Rand Letter*. Second Renaissance Pr.
- Rand, A. (2006). *La virtud del egoísmo*. Buenos Aires: Grito Sagrado.
- Rand, A. (2008). *Capitalismo: el ideal desconocido*. Buenos Aires: Grito Sagrado.
- Real Academia Española. (2020). *Arbitrariedad administrativa*. Obtenido de Diccionario panhispánico del español jurídico: <https://dpej.rae.es/lema/arbitrariedad-administrativa>
- Real Academia Española. (2020). *Competencia administrativa*. Obtenido de Diccionario panhispánico del español jurídico: dpej.rae.es/lema/competencia-administrativa
- Real Academia Española. (2020). *Principio de juridicidad en la Administración*. Obtenido de Diccionario panhispánico del español jurídico: <https://dpej.rae.es/lema/principio-de-juridicidad-de-la-administraci%C3%B3n>
- Retamal, F. (2004). El ejercicio del poder en la Iglesia. *Teología y Vida*, XLV(2-3), 318-352. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0049-34492004000200008>
- Reyes Riveros, J. (1998). El principio de juridicidad y la modernidad. *Revista Chilena de Derecho*(Especial), 85-102.
- Ríos Álvarez, L. (1982). El Estado de Derecho. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 6, 73-85. Obtenido de <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/download/79/71>
- Rothbard, M. N. (1995). *La ética de la libertad*. Madrid: Unión Editorial.
- Rousseau, J. J. (1961). *El contrato social, o principios de derecho político*. Buenos Aires: Los libros del mirasol.

- Rousseau, J.-J. (1923). *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Madrid: Calpe. Obtenido de <https://www.marxists.org/espanol/rousseau/disc.pdf>
- Ruíz Díaz Labrano, R. (2008). El Estado de Derecho. Algunos elementos y condicionamientos para su efectiva vigencia. En M. E. Guimarães Teixeira Rocha, & Z. M. Callado Fadul Petersen (Edits.), *Coletânea de Estudos Jurídicos* (págs. 783-793). Brasilia: Poder Judiciário Superior Tribunal Militar. Obtenido de https://www.tprmercosur.org/es/docum/biblio/Ruiz_Diaz_Labrano_El_Estado_de_Derecho.pdf
- Rus Rufino, S. (2014). Análisis y teoría política en las reformas sociales de Solón de Atenas. *Foro Interno*, 14, 65-92. doi:https://doi.org/10.5209/rev_FOIN.2014.v14.46804
- Saberia. (2021). *¿Cuáles eran los estamentos de la Edad Media?* Obtenido de Saberìa: <http://www.saberia.com/cuales-eran-los-estamentos-de-la-edad-media/>
- San Agustín. (2019). *Obras Completas de San Agustín. La Ciudad de Dios (2.º)* (Vol. XVII). (Federación Agustiniana Española, Ed.) Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Santamaría Pastor, J. A. (2009). *Principios de Derecho Administrativo General* (Vol. II). Madrid: Iustel.
- Sartori, G. (2009). *La democracia en treinta lecciones*. México: Taurus.
- Sesín, D. J. (2012). El juez sólo controla - no sustituye ni administra - Confines del derecho y la política. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 12(47), 51-84. doi:<http://dx.doi.org/10.21056/aec.v12i47.189>
- Trevelyan , G. M. (1981). *La Revolución Inglesa: 1688-1689*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Universidad Metropolitana Sede Quito. (2021). *CONVOCATORIA: Universidad Metropolitana Sede Quito – Guayaquil – Concurso Público de Méritos y Oposición*. Obtenido de Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación: https://www.educacionsuperior.gob.ec/wp-content/uploads/2021/04/convocatoria_-Quito-Guayaquil.pdf

- Valencia Tello, D. C., & Karam de Chueiri, V. (2016). Accountability, rendición de cuentas y controles a la administración. ¿Cómo funcionan en Argentina según el ordenamiento jurídico vigente? *Opinión Jurídica*, 15(29), 165-185.
- Vázquez, Á., Acevedo, J. A., Manassero, M. A., & Acevedo, P. (2001). Cuatro paradigmas básicos sobre la naturaleza de la ciencia. *Argumentos de Razón Técnica*(4), 135-176. Obtenido de <http://hdl.handle.net/11441/21704>
- Vignolo Cueva, O. (2011). La cláusula del Estado de Derecho, el principio de legalidad y la Administración Pública. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLIV(131), 783-813. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4696/6047>
- Vincenti, R. W. (2016). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. El caso de los elementos reglados del acto. En E. M. Alonso Regueira (Ed.), *El control de la Actividad Estatal* (Vols. I. Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial, págs. 313-331). Buenos Aires: Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-vincenti-reglados.pdf>
- Wood, G. S. (2002). *The American Revolution: a history*. New York: Modern Library.

Sobre el autor

Ezequiel José Eiben Martín nació en San Juan, Argentina, en 1987.

Es Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba, y Magíster en Derecho Administrativo de la Economía por la Universidad Católica de Cuyo sede San Juan.

Ocupa un cargo de Prosecretario en el Poder Judicial de la Provincia de San Juan, y actualmente se desempeña como Ayudante Fiscal en la Unidad Fiscal de Flagrancia, Ministerio Público Fiscal.

A su vez, es escritor premiado, conferencista, y Fundador de la plataforma educativa digital Academia Eiben (academiaeiben.com).

Creó y coordinó la Diplomatura “Formación para la gestión empresarial y entrepreneurship” del Instituto de Investigaciones Administrativas y Contables, Universidad Nacional de San Juan.

Completó los cursos “Majon Le Madrijim” de la Agencia Judía en Israel, “Mirkam” de Beit Hamejanej Haiehudí (BAMA) en Argentina, “International Leadership of the Americas” de The Fund For American Studies (TFAS) en Chile, y “Local politics and citizens participation” de Fundación Friedrich Naumann en Alemania. También se certificó en Marketing Digital por Neetwork Digital Business School; y en Coaching por The Society of Neuro Linguistic Programming, y por Fundación Instituto Latinoamericano de Desarrollo Social y Salud de la Provincia de Tucumán.