

La interdicción de arbitrariedad como principio general del derecho público

The interdiction of arbitrariness as a general principle of public law

Juan CARLOS CASSAGNE*

RESUMEN: El presente trabajo de investigación se inscribe en la dogmática del proceso de constitucionalización del derecho administrativo vinculado a la primacía de los principios generales del derecho, tendencia incompatible con el activismo judicial que despliegan algunos de los cultores del llamado neoconstitucionalismo, cuyos excesos han sido objeto de autorizadas críticas doctrinarias, tendencia que no ha desarrollado una teoría interpretativa o argumental del Derecho lógica y jurídicamente aceptable. El presente trabajo analiza la interdicción de arbitrariedad como principio general del derecho público argentino y comparado.

PALABRAS CLAVE: interdicción de arbitrariedad; constitucionalización; derecho administrativo; neoconstitucionalismo; teoría interpretativa.

ABSTRACT: This essay is part of the dogmatics of the consti-

* Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Ciencias Políticas de Madrid. Profesor Emérito de la UCA y Titular Consulto de la UBA. Contacto: <jcc@cassagne.com.ar>. Fecha de recepción: 26/07/2021. Fecha de aprobación: 30/05/2022.

tutionalization process of administrative law linked to the primacy of the general principles of law, a trend incompatible with the judicial activism displayed by some of the followers of the so-called neo-constitutionalism, whose excesses have been the object of authoritative doctrinal criticism, a tendency that has not developed an interpretative or argumentative theory of Law that is legally acceptable. This paper analyzes the interdiction of arbitrariness as a general principle of Argentine and comparative public law.

KEYWORDS: prohibition of arbitrariness; constitutionalization; administrative law; neoconstitutionalism; interpretive theory.

I. LIMINAR

En el presente trabajo nos proponemos analizar la interdicción de arbitrariedad como principio general del derecho público argentino y comparado.

Al realizar este análisis, principalmente dogmático, tomamos como base una de las corrientes filosóficas del iusnaturalismo moderno, denominada Nueva Escuela de Derecho Natural (NEDN), encabezada por John Finnis, articulada sobre el reconocimiento del carácter eminentemente práctico del derecho (principios de la razón práctica) en un contexto positivo, donde se impone el respeto de los bienes y necesidades humanas básicas, con fundamento en la justicia y en la dimensión moral del derecho¹.

Desde esa óptica, este ensayo se inscribe en la dogmática del proceso de constitucionalización del derecho administrativo vinculado a la primacía de los principios generales del derecho, tendencia incompatible con el activismo judicial que despliegan algunos de los cultores del llamado neoconstitucionalismo, cuyos excesos han sido objeto de autorizadas críticas doctrinarias², tendencia que, sin embargo, no hallegado a cuajar en una teoría interpretativa o argumental del Derecho lógica y jurídicamente aceptable, según lo han puesto de relieve Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado, entre otros³.

¹ Véase: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2018, pp. 35 y ss.

² VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 277 y ss.

³ Desde luego que no todos los que se autocalifican como neo-constitucionalistas son pasibles de la crítica sino solo los que despojan al derecho positivo vigente de toda virtualidad y obediencia etc., y predicán la existencia de una supuesta teoría no articulada en esquema lógico formal alguno, potenciando al extremo la labor creativa de los jueces. En cambio, el denominado

Esa falencia, producto quizás de las ideas que ha sembrado el positivismo legalista durante el siglo XX, no ha ocurrido, sin embargo, en todos los países, en los que, ya fuere por obra de la jurisprudencia de los jueces y de los órganos encargados de ejercer el control de legalidad sobre los actos estatales (vgr. el Consejo de Estado de Francia) y la constitucionalidad de las leyes o bien, por influencia de la doctrina sobre la jurisprudencia, se ha reconocido a los principios generales, desde hace muchos años, una franca superioridad sobre las normas positivas.

La problemática que se plantea requiere algunas puntualizaciones previas, en lo que concierne al lenguaje jurídico y al contenido de los conceptos que utilizamos cuando nos referimos a la estructura del ordenamiento.

II. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO

El ordenamiento jurídico se compone de normas y principios⁴. Suele decirse que las normas representan la faz positiva del ordenamiento, a cuya cabeza se encuentra la Constitución como norma suprema y obligatoria (art. 31 CN). En realidad, para captar el sentido de dicha expresión hay que definir primero qué es una

principalismo, como fenómeno del cambio del sistema de las fuentes, no es pasible de esa crítica, aunque hayan adoptado el concepto de algunos prestigiosos publicistas latinoamericanos como DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, en *Neo-constitucionalismo y Derecho Administrativo*, Montevideo, La Ley, 202, pp. 30 y ss.

⁴ Para un sector de la doctrina española el ordenamiento se integra también con elementos no normativos de naturaleza sociológica (comportamientos, convicciones sociales, etc.), véase: Rebollo Puig, Manuel, “*Los principios generales del derecho. Atraviesamiento atribulado sobre su concepto, función e inducción*”, ED, suplemento de Derecho Administrativo, diario del 10/06/2015, Buenos Aires.

norma y qué constituye un principio jurídico⁵. La tarea si bien puede aparecer dotada de cierta complejidad ante las múltiples concepciones y definiciones existentes⁶, resulta relativamente sencilla si nos atenemos a los conceptos básicos que proporcionan la lógica y la filosofía del derecho.

De ahí en más, cabe advertir que la positividad no es patrimonio exclusivo de la norma legal habida cuenta que es posible de crearla por vía consuetudinaria o jurisprudencial y algo similar acontece con los principios que pueden hallarse o no incorporados al ordenamiento legal positivo.

Hay también una jerarquía entre las normas. La norma constitucional prevalece sobre la que tiene su fuente en la ley y lo mismo acontece con respecto a las normas de los tratados que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), que son obligatorias y vinculantes, al igual que los principios que prescriben.⁷

⁵ Al referirnos a los principios jurídicos entendemos por tales los principios generales de todo el derecho y los de las distintas ramas, particularmente los pertenecientes al derecho administrativo. La circunstancia de que el art. 1° del CCCN no incluya a los principios generales entre las fuentes del derecho y que su art. 2° les asigne una función interpretativa no obsta a que constituyan, en el plano de la justicia material, una real fuente del derecho alojada en la base del ordenamiento, prevaleciendo sobre las normas aun cuando no tuvieran recepción positiva en la Constitución. Uno de los ejemplos paradigmáticos de este aserto es el principio de la confianza legítima que utiliza la jurisprudencia, incluso la de la Corte Suprema, sin que haya tenido recepción positiva ni en la Constitución a las leyes.

⁶ Véase VALIM, Rafael, *O princípio de segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, San Pablo, Malheiros Editores, 2010, pp. 35 y ss.

⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, "Los nuevos paradigmas del derecho público" en WUNDER HACHEM, Daniel (coord.), *Direito administrativo e suas transformações atuais - Homenagem ao D598 professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, Anais do Seminário da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Emerson Gabardo, Eneida Desiree Salgado - Curitiba, Íthala, 2016, p. 165.

A) LAS NORMAS

Toda norma se caracteriza por contener una estructura tripartita, a saber: a) la descripción del supuesto de hecho, b) el mandato vinculante y c) la consecuencia jurídica. Esta es, digamos, la concepción clásica sobre la norma que, desde luego, admite una serie de matizaciones, según el tipo de norma y las características peculiares de cada disciplina. Por ejemplo, el mandato, en el derecho penal suele hallarse implícito⁸ y, a su vez, en el derecho administrativo, los mandatos pueden contener conceptos jurídicos indeterminados (vgr. el interés público)⁹ que deben determinarse en cada caso por los gobernantes o jueces con arreglo a las exigencias de la razonabilidad práctica.

También, sobre todo en el derecho administrativo, es posible atribuir a la Administración, salvo en materia de sanciones de naturaleza penal (o de actos de gravamen, en general), el poder de utilizar la facultad discrecional con respecto a los tres elementos que componen la estructura de la norma, lo que no siempre se ha percibido hasta ahora con claridad. Por cierto, que la atribución legal o reglamentaria de la discrecionalidad de la Administración se encuentra sometida siempre a un control judicial pleno y

⁸ El artículo 79 del Código Penal prescribe que “se aplicara reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro siempre que en este Código no se estableciera otra pena”. El supuesto de hecho es la acción de matar a otro (se entiende a una persona), la consecuencia o sanción jurídica la pena de reclusión o prisión y el mandato legal implícito es la prohibición de matar a otro. Los mandatos penales son casi siempre negativos aun cuando prescriben también mandatos positivos como en los llamados delitos de omisión en los que el sujeto debe actuar por imperio de la ley y omite hacerlo (vgr. el delito de abandono de personas prescripto en los arts. 106 y 108 del Código Penal).

⁹ Véase: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 97 y ss.

efectivo para garantizar los derechos de las personas que es el fin principal de la separación de los poderes.¹⁰

B) LOS PRINCIPIOS GENERALES: SU DIFERENCIA CON LAS NORMAS Y LOS VALORES. LAS DIRECTIVAS

Mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su consecuencia se encuentran formuladas “con similar propósito de precisión”¹¹, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción¹² que

¹⁰ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El nuevo Constitucionalismo y las bases del orden jurídico*.

¹¹ Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo uruguayo. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez*, Junta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña, 2007, pp. 595-596; VIGO, Rodolfo L., *Los principios generales del derecho*, JA 1986-III, p. 864.

¹² Para De Diego la abstracción de los principios es superior a la de las normas correspondiendo su estudio tanto a los filósofos del derecho como a los juristas prácticos, y en un pasaje del prólogo que hiciera a la obra del Del Vecchio afirma: “Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más amplio y comprensivo sentido son materia del filósofo del derecho; empero, hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y a éste pertenecen y dentro de su competencia están cuando descienden de aquellas alturas para encarnar en la vida, prestando espíritu, color y base a los preceptos de una legislación positiva. En el tránsito de una a otra esfera lo que ganan en concreción y acaso en intensidad, lo pierden en amplitud y extensión; al fin ese tránsito representa una mayor determinación, un acomodamiento en que la virtud del principio, antes generalísimo, se infunde en términos más particulares que a su modo la encantan y disminuyen deviniendo principios ya menos generales y más limitados”. DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 6-7.

los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto¹³. Los principios carecen de supuestos de hecho¹⁴ los que deben ser cubiertos, en principio, por los legisladores o jueces, dadas las restricciones que pesan sobre la Administración para determinar su propia competencia.

Se ha procurado distinguir entre principios y valores en el sentido de que mientras éstos últimos no permiten especificar los supuestos en que se aplican, ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción¹⁵ y resultan vinculantes o exigibles. Como puede apreciarse, el valor, así definido, se parece a la directiva o directriz de Dworkin en cuanto apunta a un estándar –que al igual que el principio debe ser observado– pero que reposa en un objetivo político, económico o social que persigue la comunidad. Cuando nos referimos al valor no lo hacemos en el sentido de algo útil sino como equivalente a bien, es decir, algo objetivo que resulta estimable por su cualidad intrínseca que suele ser el centro de un principio jurídico y, en cierto modo, refleja la relación de éste con la ley natural.

En el plano jurídico, la diferencia entre valor y principio dista de ser clara pues independientemente de que en algunos principios existe un menor grado de concreción que en otros, los valores siempre deben ser observados cuando razonablemente son susceptibles de ser captados por el sistema jurídico. ¿Podría acaso negarse –por ejemplo– que la justicia, la buena fe, la protección de la libertad y de la igualdad no constituyen principios generales del

¹³ Cfr. DURAN MARTINEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo ... op. cit.*, p. 88.

¹⁴ PRIETO SANCHIS, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, 2ª ed., México, UNAM-Fontamara, 1997, pp. 30-31.

¹⁵ PEREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1991, pp. 286 y ss.

derecho exigibles?¹⁶. En suma, todo principio contiene un valor, pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (vgr. la amistad).

Aunque el positivismo no desconoce los valores (ni por ende la moral) ellos son sacados, arbitrariamente, del sistema jurídico al que sólo concibe integrado por normas positivas.

La depuración que pretendió hacer el positivismo (por eso Kelsen denominó a su concepción teoría pura) negando toda relación entre el derecho positivo y el derecho natural, adolece de graves fallas filosóficas, históricas y metodológicas que, recién en este siglo han sido objeto de una refutación completa¹⁷ de parte del iusnaturalismo (a través de la NEDN).

De ese modo, el afán depurador del positivismo kelseniano no da cabida al principio democrático dentro del sistema constitucional. En efecto, si bien Kelsen reconocía a la democracia como un valor, algo que pertenece a su propia esencia, al sostener que la democracia constituye la expresión del relativismo¹⁸ y al no atribuir a la democracia la condición de un principio general del derecho (Kelsen no aceptaba incluir a los principios generales del derecho entre las fuentes del ordenamiento) superior a las leyes, termina legitimando cualquier régimen autoritario (nazismo o fascismo) que fuera elegido por la mayoría del pueblo, ya que siendo todas las verdades relativas no era posible deslegitimar –en el plano de su teoría- un régimen positivo cuyas teorías y prácticas políticas resultan contrarias a la ley natural (que impone, entre otros, los mandatos de no matar, no torturar, no dañar bienes aje-

¹⁶ BELADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 75 y ss.

¹⁷ FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 39 y ss.

¹⁸ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. del alemán por Rafael Luengo Tapia y Luis LegazyLecambra, Barcelona-Buenos Aires, Labor, 1934, pp. 143 y ss., especialmente pp. 153 y ss.

nos, etc.). En esta concepción no caben derechos absolutos como el derecho a la vida.

A su vez, uno de los ataques más serios que ha sufrido el positivismo anglosajón¹⁹ radica en la distinción formulada por Dworkin entre principios, directrices y normas, que, paradójicamente, sirve también para limitar las exageraciones interpretativas en que ha incurrido un sector del neoconstitucionalismo continental y vernáculo cuando asigna plena operatividad a principios y valores que encierran objetivos o directivas políticas a cumplir por los gobernantes de turno por decisión del poder constituyente, que

¹⁹ Conf. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, pp. 72-73, donde señala que: “En la mayoría de los casos usaré el término ‘principio’ en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo ‘directriz’ o ‘directriz política’ al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia) o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera”.

no delegó en el Juez el poder de crear, con carácter general, los mandatos propios de las normas operativas.

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica²⁰ que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, que, en definitiva, se traduce en la orientación que se proporciona al juez encargado de dirimir una controversia o al órgano administrativo que aplica o interpreta el derecho ya fuera para crear una situación de gravamen como de ventaja, respecto de un particular.

III. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Tal como se verá más adelante, existe una estrecha conexión entre la razonabilidad de un acto o norma (concebida como un meta-principio) y la interdicción de arbitrariedad.

La búsqueda del contenido y requisitos del principio de razonabilidad está erizada de dificultades interpretativas y poblada de confusiones doctrinarias y jurisprudencial es que provienen de diferentes concepciones filosóficas y dogmáticas jurídicas.

En la ciencia del derecho, la idea de razonabilidad aparece conectada con la necesidad de encontrar una razón suficiente que justifique la conducta estatal y en este sentido se ha dicho que *“esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica de existencia, cuando el fundamento es el mero he-*

²⁰ Dworkin sostiene que: “Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada la decisión”.

*cho de que el comportamiento se da y de verdad, cuando tiene fundamento de justicia*²¹.

La necesidad de una justificación racional de los actos estatales encuentra fundamento en la causa final del Estado que no es otra que la de realizar el bien general de todos los integrantes de la comunidad a través de la justicia. Así, lo razonable de la acción estatal se encuentra subordinado a la justicia y son precisamente esos criterios de justicia y aun de equidad, los que tienden a mantener el equilibrio, la igualdad y la consecuente proporción en las prestaciones a cargo del Estado, además de otros valores significativos como el orden, la paz y la solidaridad social.

Una visión inicial del principio de razonabilidad no puede desprenderse de la lógica formal que debe traducir todo juicio, la cual no debe confundirse con la técnica de la argumentación que, regida por las reglas y criterios de la dialéctica o de la retórica, permite establecer la verdad o falsedad de las premisas y las conclusiones.

También se han señalado las dificultades que existen para distinguir la razonabilidad de la proporcionalidad y que en un sentido amplio basta con expresar “(...) que la razonabilidad, por un lado, importa la concurrencia de razones que sostengan una vinculación entre medios y fines, mientras que la proporcionalidad, por otro lado, implica una ecuación entre ventajas y desventajas o beneficios y perjuicios, restricciones y realizaciones (...)”²².

Nos parece que la separación entre ambos principios a la luz de la realidad es mucho más compleja, pues aparte de una relación de género-especie, los respectivos núcleos de los conceptos

²¹ LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1970, p. 108.

²² CIANCIARDO, Juan y ROMERO, Maximiliano J., *Limitación a los derechos constitucionales y control de razonabilidad*, en el *Tratado de los Derechos Constitucionales*, t. I, (dir. Julio César Rivera), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, p. 426.

jurídicos se superponen, no solo entre ellos, sino con otros principios generales del derecho o meramente sectoriales del derecho administrativo.

Todo lo expuesto, revela la necesidad de reformular la teoría sobre el principio de razonabilidad de modo que armonice con el sistema de cada país y el mundo de la filosofía práctica.

La argumentación jurídica está en el foco de la razonabilidad pues configura una práctica racional que requiere determinar cuáles son los criterios que justifican la actividad estatal (ya sea administrativa, legislativa o judicial). Se trata de exigencias de validez jurídica o de requisitos requeridos para la justificación de un acto estatal que pertenecen a la llamada teoría de la argumentación. En este campo, los filósofos del derecho dedican mayor atención al control de la actividad judicial que a las demás funciones materiales del Estado (administrativa y legislativa), en las que existen razones similares que ameritan a la necesidad de justificar la actuación estatal.

Por otra parte, aun cuando los principios básicos de la lógica ocupan un lugar inexcusable en el razonamiento jurídico (no contradicción, identidad, tercero excluido, razón suficiente), ellos son necesarios, pero resultan insuficientes a la hora de justificar racionalmente una decisión estatal.

La cuestión ha sido objeto de profundos estudios en el campo de la filosofía del derecho, cuyos autores se han ocupado, de la justificación racional de la legislación²³ y de las sentencias de los jueces²⁴ y muy poco de la actividad de la Administración, que se expresa a través de actos administrativos de alcance individual.

Esos requisitos de justificación racional se extienden a la actividad jurisdiccional y reglamentaria de la Administración, pero,

²³ ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997, p. 95.

²⁴ VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 249 y ss,

en otros casos, ellos precisan adaptarse a las peculiaridades de la función material que cumple la Administración.

De ese modo, en numerosas actividades administrativas la decisión racional aparece predeterminada por la técnica (las órdenes de tránsito que dan los semáforos) y en otros resulta irrazonable o imposible exigirla (una orden policial para desviar el tráfico a raíz de un incendio). Empero, de esas situaciones en la que se desplaza la exigencia de motivación, no se desprende que las decisiones administrativas puedan dejar de ser racionales, aunque no fuera posible cumplir con el requisito formal de la motivación.

Lo expuesto resulta de gran interés en la práctica administrativa habida cuenta que el principio de razonabilidad ha tenido recepción en los ordenamientos que regulan el procedimiento administrativo en los países de Iberoamérica, como lo ha señalado Brewer-Carias, en un trabajo específico sobre el tema²⁵.

Entre esos ordenamientos se destaca la prescripción contenida en la ley peruana, en cuanto dispone que “las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen informes, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”²⁶.

²⁵ BREWER-CARIAS, Allan Randolph, “La regulación del procedimiento administrativo en América Latina con ocasión de la primera década (2001-2011) de la Ley de Procedimiento Administrativo General del Perú (Ley 27.444)”, en *Derecho Pucp, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 67, Lima, 2011, pp. 47 y ss., puntualiza la importancia del control de razonabilidad para limitar los excesos del poder discrecional de la Administración en distintas legislaciones latinoamericanas.

²⁶ Ley 27.444, art. 4.1.4 de Procedimiento Administrativo General de Perú.

En cualquier caso, tratándose de actos administrativos, no hay que confundir el substracto de la razonabilidad que constituye la causa y el fin del acto administrativo con su motivación, que es un requisito formal referido a la expresión de la causa y el fin (los motivos) que persigue la decisión administrativa²⁷.

A) TRASCENDENCIA Y PECULIARIDADES DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

La vigencia del principio de razonabilidad, como principio general del derecho, se impone por su carácter universal e informador y hallarse en la base del ordenamiento.

Dado que el núcleo de la razonabilidad se vincula a la justicia y a la circunstancia de que ésta ha sido concebida desde la filosofía clásica (Aristóteles y Santo Tomás) hasta en el moderno iusnaturalismo como una relación de igualdad, no es de extrañar que la jurisprudencia (particularmente norteamericana y la de nuestra Corte Suprema hasta época reciente) haya asimilado ambas nociones (igualdad y razonabilidad).

En este sentido, una de las corrientes aplicativas del principio de razonabilidad se orientó por relacionar su violación dentro del llamado debido proceso sustantivo del derecho norteamericano que, de últimas, capta el principio dentro de dos especies de razonabilidad: en la selección y en la ponderación²⁸. A su vez, el criterio del balance de conveniencia que es utilizado para determinar la razonabilidad de la ponderación en la obra de Linares guarda analogía con uno de los tres subprincipios del moderno principio de proporcionalidad (el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto)²⁹, que se verá más adelante.

²⁷ Vid nuestro *Acto Administrativo*, 3ª ed. Buenos Aires, La Ley, 2012, pp. 243-248.

²⁸ LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes...*, *op. cit.* pp. 111-125.

²⁹ *Ibidem*, p. 116.

La circunstancia de que la razonabilidad haya tenido origen jurisprudencial en el debido proceso (adjetivo y sustantivo) del derecho norteamericano, en el que no aparece claro el deslinde entre los aspectos procesales (garantía de la defensa) y los de fondo o sustantivos (garantía de la igualdad de los derechos) ha generado no pocas confusiones en cuanto al fundamento en el que debe basarse la declaración de inconstitucionalidad de un acto, norma o sentencia.

Lo cierto es que, la razonabilidad constituye una suerte de meta principio general del derecho, abarcativo de otros principios como la igualdad, la protección del contenido sustancial de los derechos, la interdicción de arbitrariedad y el principio de proporcionalidad.

Hasta se ha acudido, en la legislación argentina y comparada clásicas a la locución de lo “justo y razonable”³⁰, llegándose a asimilar lo justo a la justicia conmutativa y lo razonable a la justicia distributiva, lo que a nuestro juicio implica un enfoque erróneo dado que ambas especies de justicia se relacionan con la igualdad, aun cuando la relación intersubjetiva que genera lo debido se mida según una proporción distinta (que en la distributiva es geométrica), teniendo en cuenta, además, que siendo categorías de la justicia particular, la justicia distributiva no puede consistir, exclusivamente, en la justicia del gobernante³¹, perteneciendo ambas especies a la justicia general o legal³². La razonabilidad no es

³⁰ BIELSA, Rafael, *La locución “justo y razonable” en el derecho y en la jurisprudencia*, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas, Santa Fe, 1938, pp. 5-18.

³¹ Cfr. FINNIS, John, *Ley natural... op. cit.*, pp. 243 y ss., opinión que venimos sosteniendo desde nuestras primeras aproximaciones al tema; véase nuestro libro *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional-Administrativo)*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 28 y ss.

³² Véase: MASSINI-CORREAS, carlos Ignacio, *Análisis del pensamiento filosófico jurídico de John Finnis... op. cit.*, p. 141; señala al respecto que, conforme a la interpretación finnisiana “el esquema tomista de la justicia resultaría el

un criterio de distinción entre la justicia conmutativa y distributiva, ya que, en ambas especies, la razonabilidad es una exigencia de la justicia, con la que se asimila³³. Se trata, nada más y nada menos, de la aplicación correcta de la teoría de la justicia de origen aristotélico y perfeccionada por Santo Tomas, según la cual su justicia consiste siempre en una proporción que guarda conformidad con la razón, teniendo en cuenta que la primera norma de la razón son los principios evidentes de la ley natural (lo primero: *hacer el bien y evitar el mal*).

Desde esa visión, es posible optar por un sentido amplio de razonabilidad que resulte comprensivo de una amplia gama de principios generales del derecho en cuanto todos se originan en un núcleo común representado por la justicia (ej. protección del contenido sustancial de los derechos constitucionales, de la igualdad, prohibición de arbitrariedad, proporcionalidad etc.) como razón suficiente y otro sentido más restringido que la identifica estrictamente con el principio de proporcionalidad (Alexy) de raigambre doctrinaria y jurisprudencial³⁴, que se integra con los tres conocidos subprincipios (adecuación, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto), el cual no resulta totalmente opuesto³⁵ al concepto amplio de razonabilidad antes señalado.

siguiente: la justicia general, que sería en rigor toda justicia, se subdividiría en dos especies particulares, la distributiva y conmutativa, que tendrán aplicación entre personas y grupos particulares como en las que tienen al Estado como uno de sus términos”.

³³ El propio Bielsa así lo reconoce en *Estudios del Derecho Público*, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 485, cuando dice que lo razonable es aquello arreglado y justo, conforme a la razón.

³⁴ Véase: BLANKE, Hermann-Josef, *El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, europeo y latinoamericano*, RDA 69:603, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, especialmente pp. 610 y ss.

³⁵ ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2016, p. 118.

B) LOS REQUISITOS DE JUSTIFICACIÓN RACIONAL

La moderna cultura ius publicista, que se ha ido gestando a través de la evolución operada en las instituciones del Estado de Derecho (en sus diferentes versiones o modelos), exige que las acciones del poder público deban ser racionalmente justificadas o motivadas. Esta exigencia hunde sus raíces en el derecho natural histórico que se inclina por el gobierno de la ley y no el de los hombres (en el antiguo derecho español se decía que era mejor que mandase la ley y no el buen Rey) y se traduce en la necesidad del imperio de la razón y de la justicia en los actos de los gobernantes, con antecedentes aristotélicos conocidos.

De otra parte, al hallarse emparentada la razonabilidad en sentido amplio y, en particular, el principio de proporcionalidad (razonabilidad en sentido estricto) con otros principios y técnicas jurídicas (ej. exceso y desviación de poder, error manifiesto, arbitrariedad etc.)³⁶, surge la conveniencia de articular una estructura dogmática lógica y coherente de los requisitos de validez jurídica (justificación racional) que comprenda las distintas tipologías que presenta el vicio de irrazonabilidad, tanto en el ámbito de la violación de las leyes formales y materiales, como de los preceptos constitucionales y principios generales del derecho de carácter nacional o supranacional, que servirán para determinar los criterios que deben guiar el control de la razonabilidad.

En general, aunque hay excepciones, la dogmática jurídica se ha ocupado preferentemente de los test o criterios que deben utilizar los jueces para formular sus juicios sobre la razonabilidad de actos y reglamentos administrativos, leyes y sentencias de tribunales inferiores, sin incursionar la temática de los requisitos de validez jurídica o justificación racional de los restantes actos de los poderes públicos (vgr. actos administrativos).

³⁶ BARNES, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 135, Madrid, 1994, pp. 497-498.

En adición a este enfoque hay un aspecto garantístico adjetivo del control judicial que, por vincularse con la efectividad de la tutela judicial del principio de razonabilidad, no debiera ser soslayado. Se trata de la cuestión de la carga de la prueba³⁷, en cabeza de quien alega su violación que, indudablemente, debe invertirse en las llamadas categorías sospechosas o en tiempos de pandemia, habida cuenta las dificultades técnicas que presenta la colección probatoria por parte de los damnificados, además de la desproporción existente entre los objetivos garantísticos de los derechos fundamentales y los fines que persigue la Administración.

Resulta paradójico que hayan sido los filósofos del derecho antes que los juristas que manejan la dogmática y la jurisprudencia, quienes se hayan ocupado con mayor intensidad, últimamente, del abordaje de los requisitos de justificación racional de las normas y de las sentencias, susceptibles de extrapolarse a la actividad materialmente administrativa.

En ese plano, se han propuesto distintos requisitos, los cuales coexisten y se interrelacionan sin que hayan tenido recepción en el derecho positivo, permaneciendo muchos de ellos en el subconsciente de las argumentaciones de los jueces. Así han aparecido, desde una descripción simplificada de tipos de justificación racional (conmutativa o lingüística, jurídica formal o sistemática, pragmática y ética)³⁸, hasta otra más completa formulada por Vigo sobre la racionalidad³⁹ (orgánica, procedimental, sistémica, lógica-lingüística, teleológica, científica, sociológica, axiológica, fáctica, intencional). Dichas variables deben pasar por el filtro de

³⁷ Véase el excelente artículo de BIANCHI, Alberto B., y SACRISTÁN, Estela, “Salud versus libertad personal: ¿es esa la cuestión? (Un reexamen del control de razonabilidad a propósito del Covid-19)”, *El Derecho, Revista de Derecho Administrativo*, ED-CMXXI-421, núm. 6, junio 2020.

³⁸ ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1977, p. 95 y ss.

³⁹ VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación (argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 249 y ss.

“un juicio prudencial o persuasivo o de un juicio ponderativo”⁴⁰, pues a la hora de tener que zanjarse cualquier conflicto interpretativo o aplicativo del derecho se impone la técnica de la ponderación, que conduce a valorar el peso de los argumentos⁴¹.

A propósito de la pandemia provocada por la enfermedad del Covid-19, el derecho de excepción que nace dentro de los Estados de Emergencia, de Urgencia o de Alarma (o como se los denomine en el respectivo ordenamiento), que implica el desplazamiento transitorio de la legislación ordinaria y la eventual suspensión de los derechos fundamentales abre paso a nuevas exigencias garantísticas de los derechos fundamentales. En tal sentido, la regla que rijan la actuación del Estado ha de ser que de cara a la suspensión de la legalidad corresponde el aumento de las exigencias de la justificación racional de la acción del Estado (a menor legalidad mayores exigencias de razonabilidad) con inversión de la carga de la prueba y admisión plena del control de discrecionalidad y de los conceptos jurídicos indeterminados⁴², así como de la oportunidad y conveniencia.

En efecto, como se ha postulado en la doctrina de nuestro derecho público⁴³, es menester que la Corte Suprema abandone la anquilosada jurisprudencia⁴⁴, que considera que el juez carece de potestad para juzgar la oportunidad o conveniencia de las leyes o de los actos administrativos o reglamentos de los gobernantes, reiterada en innumerables ocasiones para justificar decisiones que implicaron verdaderas denegaciones de justicia con el argumento de que “el tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 265-266.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 266.

⁴² Véase: CORVALÁN, Juan Gustavo, *Derecho Administrativo en transición*, Buenos Aires, Astrea, 2016, pp. 69 y ss., especialmente pp. 97 y ss.

⁴³ BIANCHI, Alberto B. y Sacristán, Estela, *Salud versus libertad personal... op. cit.*

⁴⁴ El precedente que originó esa jurisprudencia fue, sin duda, el caso “Inchauspe” de 1944, Fallos: 199:483.

criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación para pronunciarse sobre la validez o invalidez constitucional de las leyes (...)”⁴⁵.

Como se ha dicho “con la monotonía que otorga la tranquilidad de invocar un principio ya establecido”⁴⁶, esa frase volcada parcialmente en el caso “Inchauspe” sirvió como fundamento en muchísimos precedentes posteriores⁴⁷, particularmente en la sentencia pronunciada en “Cine Callao”⁴⁸ de 1960.

C) EXTENSIÓN DEL CONTENIDO DE LA CONCEPCIÓN AMPLIA DE LA RAZONABILIDAD

El análisis del contenido de la noción amplia del principio de razonabilidad requeriría su tratamiento en una obra de mayor envergadura, algo que no nos proponemos hacer en esta oportunidad. No obstante, resumiremos la serie de principios y subprincipios derivados del principio de razonabilidad o estrechamente vinculados al mismo.

Básicamente, el principio de razonabilidad en sentido amplio, abarca:

- a) La protección del contenido sustancial de los derechos y garantías constitucionales, que es el verdadero sentido que le atribuyó Alberdi en su proyecto de Constitución a la fuente del precepto actual (art. 28 C.N.), adelantándose en muchos años a la recepción de este derecho en las cartas constitucionales de Alemania y España⁴⁹ (arts. 19.2 LF y 53.1 CE);

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 529-531.

⁴⁶ BIANCHI, Alberto B. y SACRISTÁN, Estela, *Salud versus libertad personal... op. cit.*

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Fallos: 247:121.

⁴⁹ Cfr. CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Abaco, 2006, p. 41.

- b) La razonabilidad en la selección, relacionada con la violación del principio de igualdad, en particular de la igualdad ante la ley, que obliga a que frente a antecedentes iguales se imputen consecuencias iguales⁵⁰;
- c) La razonabilidad ponderativa, que demanda una proporción racional, en base a un balance de conveniencia entre los medios y los fines⁵¹;
- d) La prohibición de arbitrariedad, y;
- e) El principio de proporcionalidad.

IV. EL CONCEPTO DE ARBITRARIEDAD

En muchas ocasiones, el lenguaje jurídico se presta a equívocos por el hecho de su formación natural, máxime cuando los juristas no se ponen de acuerdo acerca de la utilización de convenciones ad hoc para definir los conceptos.

Si alguien afirma que el poder discrecional implica dictar un acto arbitrario está utilizando tan sólo una de las acepciones del término lingüístico que consiste en la facultad de elegir una solución con preferencia a otra. Pero, al mismo tiempo, como se trata de conceptos análogos (en el sentido que no son necesariamente opuestos ni iguales) también se puede definir la arbitrariedad como el acto contrario a la razón, producto de la mera voluntad o

⁵⁰ LINARES, Juan Francisco, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional, Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 152.

⁵¹ *Idem*, pp. 150-151, esta especie de razonabilidad aparece también en el tercero de los subprincipios de proporcionalidad bajo el nombre de proporcionalidad en sentido estricto.

capricho del funcionario, que es el sentido de mayor empleo convencional en el mundo jurídico⁵².

El concepto de “arbitrariedad” (tal como se define, en una de sus acepciones, en el Diccionario Panhispánico del español jurídico de la RAE) corresponde al de “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o capricho”. En tal sentido, resulta evidente que la discrecionalidad no puede confundirse con la arbitrariedad⁵³, antaño conocida en España como “ley del encaje”⁵⁴, cuyo significado figura en antiguos

⁵² El concepto de arbitrariedad sufre modulaciones específicas en la doctrina elaborada por nuestra Corte Suprema en torno al recurso extraordinario federal por sentencia arbitraria, véase: Laplacette, Carlos José, *Recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pp. 82 y ss.

⁵³ Aunque el proceder discrecional –en uno de los sentidos del término– pueda ser arbitrario.

⁵⁴ En España, la referencia más antigua que sepamos, se remonta al *Quijote* de Cervantes. Al respecto, en la edición que conmemoró el IV Centenario de *Don Quijote de la Mancha* de la Real Academia Española (Madrid, 2004) se alude dos veces a la expresión «ley del encaje» (Primera Parte, Cap. XI y Segunda Parte, Cap. XLII) como equivalente a la sentencia arbitraria (p. 98, nota 17) o al hecho de juzgar con arbitrariedad (p. 869, nota 29). A su vez, en el *Diccionario de la Lengua Española*, la ley del encaje se describe como una forma coloquial apareciendo referida al «dictamen o juicio que discrecionalmente forma el juez, sin atender a lo que las leyes disponen».

diccionarios franceses⁵⁵, que la definen como “la resolución que el juez toma por lo que a él se le ha encajado en la cabeza”⁵⁶

En suma, el concepto de arbitrariedad es amplio y comprende lo injusto, irrazonable e ilegal, fundado en la sola voluntad del funcionario⁵⁷, siendo uno de los límites sustantivos de la discrecionalidad.⁵⁸

Una situación similar se plantea acerca de lo que se entiende por irrazonabilidad⁵⁹ ya que es posible sostener que implica una

⁵⁵ En el *Nouveau Dictionnaire* de Sobrino, *Français, Espagnol et Latin*, por François Cormon, t. II, París, A Anvers, Aux Défens de Piestre&Delamolliere, 1789, p. 512, se define “la ley del encaje”, como la “ley que un juez interpreta según su capricho, la resolución que toma él mismo, sin tener en cuenta lo que las leyes ordenan” indicando que su equivalente en latín era *lex ad arbitrium excogitato*, es decir, algo así como la ley imaginada u originada en la voluntad de uno mismo.

⁵⁶ Cfr. CEJADOR Y FRANCA, Julio S. J., *La lengua de Cervantes: Gramática y Diccionario de la Lengua Castellana en el Ingenioso Hidalgo D. Quijote de la Mancha*, obra premiada en el certamen público abierto por el Ateneo de Madrid con ocasión del III Centenario de la publicación del “Quijote”, t. 2, Madrid, J. Rates, 1906, p. 441.

⁵⁷ Hay autores que consideran que la esencia de la arbitrariedad radica “en sustituir la voluntad de la ley por la personal del funcionario” (Cfr. LUQUI, Roberto E., *Revisión judicial de la actividad administrativa*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 2005).

⁵⁸ Véase: BREWER-CARÍAS, Allan R., “Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Mariano R. Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008, p. 622 y ss., con otra terminología, pero en la misma orientación doctrinaria que desarrollamos señala como límites a la discrecionalidad a los principios de proporcionalidad, racionalidad o razonabilidad y justicia.

⁵⁹ El *Diccionario de la Real Academia Española* no recoge los términos “razonabilidad” e “irrazonabilidad”, aunque sí define la racionalidad e irracionalidad. Los primeros son valores convencionales entendidos que utilizan comúnmente los juristas, como en otros casos (v.g. el término “ejecutoriedad”).

actuación injusta (en el sentido de afectar al valor justicia o a los principios generales del derecho) o bien, una actividad contraria a la razón y, como tal, contradictoria o absurda, en el plano lógico. En uno u otro caso, la irrazonabilidad integra el contenido de la arbitrariedad y tal es el sentido que se desprende de algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya que, en otros, el Alto Tribunal utiliza ambos términos como sinónimos⁶⁰.

V. LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD EN EL DERECHO ARGENTINO

Una vez perfilado el concepto de arbitrariedad que, en el caso de la Administración, comprende toda actuación administrativa contraria a la justicia, la razón o la ley, veamos cuál es el fundamento de la regla que la prohíbe, concebida como un principio general derivado de los textos constitucionales.

Una primera regla de hermenéutica, que cuenta con aceptación general en la doctrina y jurisprudencia, enseña que las prescripciones constitucionales no deben interpretarse en forma literal sino, fundamentalmente, en atención a los fines que persiguen, máxime cuando se trata de principios generales o de garantías jurídicas. Así, por ejemplo, el principio que consagra la garantía del debido proceso (art. 18 CN) se ha extendido a la defensa de los derechos de los particulares frente a la Administración⁶¹ y lo

⁶⁰ La afirmación del texto no refleja, sin embargo, unanimidad doctrinaria ya que algunos piensan que la arbitrariedad configura un vicio diferente al de irrazonabilidad, más vinculado al objeto del acto administrativo que a sus fines; véase: TAWIL, Guido S., “La desviación de poder. ¿Noción en crisis?”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 11.

⁶¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4^o ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, p. 673 y ss.

mismo ocurre con el principio de la tutela judicial efectiva⁶², cuya proyección, en sede administrativa, ha sido destacada por la doctrina⁶³.

Si bien no hay en la nuestra un texto tan preciso como el que se encuentra en la Constitución española (art. 103.1 que prescribe que la Administración debe actuar “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”) existe en el ordenamiento constitucional argentino un precepto que permite afirmar que el principio de prohibición o interdicción de la arbitrariedad administrativa posee fundamento constitucional.

Por de pronto, el principio contenido en el art. 19 de la CN contiene dos mandatos trascendentes. Mientras el primero prescribe que “Las acciones privadas de los hombres 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”, el segundo dispone que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Esta segunda parte del art. 19 de la CN, destinada a la esfera pública de las personas (en el sentido de acciones exteriores), al prescribir que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe” contiene un mandato dirigido tanto a la Administración como al juez. Va de suyo que el

⁶² SESÍN, Domingo, *Administración pública, actividad reglada...* op. cit., pp. 34-37; ABERASTURY, Pedro, *La justicia administrativa*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, pp. 37 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, “*Perspectivas de la justicia contencioso-administrativa argentina en el siglo XXI*”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, T° X, Mendoza, Diké, 2004, pp. 39-42.

⁶³ PERRINO, Pablo E., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia contencioso-administrativa*, *Revista de Derecho Público, Proceso Administrativo I*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2003, pp. 257 y ss.; CANOSA, Armando N., “El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Procedimiento y Proceso Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 50-51.

precepto constitucional contiene un mandato implícito ya que si nadie se encuentra obligado a hacer lo que la ley no manda (en todos los aspectos en que se concibe la arbitrariedad) es porque los funcionarios (en su caso) de la Administración tienen prohibido dictar órdenes o emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia. Este principio constitucional implícito (la prohibición de arbitrariedad), no suficientemente destacado en nuestro derecho, es, indudablemente, una pieza fundamental de la protección de las libertades y demás derechos que consagra la Constitución (el que también se extiende a la arbitrariedad judicial).

La fuente histórica mediata y positiva de esta segunda parte del art. 19 de la CN se encuentra en el art. 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que establece: “La ley sólo tiene el derecho de prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo aquello que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordene”.

Cabe advertir que la filiación filosófica del precepto no constituye una creación original de los convencionales de la Francia revolucionaria ni de Rousseau, sino que tiene su fuente doctrinaria en la obra de Montesquieu, a través de las concepciones que expuso en *El espíritu de las leyes*, como lo reconocieron, en su momento, autores franceses que defendían ideas tan opuestas como Hauriou y Duguit.⁶⁴

Resulta claro que Montesquieu, en la primera parte de su genial ensayo, luego de afirmar que “las leyes, en su más amplia significación, son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas” (Libro I, Cap. I), se refiere tanto a la ley natural (puntualizando algunos principios que hoy día son considerados principios de justicia o de derecho natural, según la concepción que se adopte) como a la ley humana o positiva, en varios pasajes de su ensayo. Tal fue, en líneas generales, la filosofía en que se

⁶⁴ HAURIOU, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 1923, p. 91 y DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, Boccard, 1923, p. 373.

inspiró Alberdi al redactar el Proyecto que sirvió de base para la Constitución de 1853⁶⁵.

Esos antecedentes tienen, pues, una importancia capital para desentrañar el correcto sentido que corresponde atribuir al art. 19 de la CN en el que el concepto de ley ha de interpretarse o integrarse combinando, según las circunstancias, la ley positiva con el derecho o la justicia. Al respecto, cabe advertir que el Preámbulo de nuestra Constitución, muy similar al de la Constitución norteamericana, difiere en el objetivo de afianzar la justicia, “como valor, la justicia como fin”, aspecto certeramente destacado por Vanossi⁶⁶, marcando un principio que coadyuva y refuerza la posición institucional del juez argentino para controlar la arbitrariedad administrativa que, en una de sus principales acepciones, es todo acto contrario a la razonabilidad o justicia.

Para que la norma cobre sentido razonable dentro del contexto constitucional, conforme a la hermenéutica histórico-filosófica

⁶⁵ Alberdi recibió la influencia de Montesquieu al redactar las *Bases* y el Proyecto que sirvió de fuente a la Constitución de 1853. Sostiene Alberdi que «*es una especie de sacrilegio definir la ley, la voluntad general de un pueblo...*» y se pregunta si «*sería ley la voluntad general expresada por un Congreso Constituyente que obligase a todos los argentinos a pensar con sus rodillas y no con su cabeza?*» para concluir citando una frase de Rivadavia que alude a la falsa ilusión que padece el legislador cuando pretende que por obra de su voluntad pueda cambiar «*la naturaleza de las cosas*» (ALBERDI, Juan Bautista, *Bases*, 4ª. ed., San Pablo, Plus Ultra, 1984, Cap. XVII). Más adelante, habla de las leyes naturales que debe observar el constituyente.

⁶⁶ VANOSI, Jorge Reinaldo, *Teoría constitucional*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1976, p. 80. Después de recordar que mientras el preámbulo de la Constitución de Filadelfia habla de “*constituir la justicia*” anota que “En cambio, nosotros decimos “afianzar la justicia” porque utilizamos en nuestro preámbulo la palabra “justicia” con un sentido totalmente distinto: no es la justicia como tribunal o como simple administración de justicia, tal como está en el preámbulo norteamericano, sino la justicia como valor, la justicia como fin”. *Ibidem*, pp. 79-80.

descripta, resulta evidente que, si nadie está obligado a hacer lo que la ley o el derecho no mandan, la Administración no puede ordenar conductas contrarias a la ley ni al derecho ni privar de lo que la ley (en sentido amplio) no prohíbe. En otros términos, al estar la Administración sujeta a la ley y al derecho, el precepto contiene la regla de la prohibición de arbitrariedad que se configura, de ese modo, como un principio general del derecho público.

VI. CONCLUSIONES

El principio de razonabilidad se configura en el derecho moderno como una suerte de meta-principio que alberga diferentes principios subordinados o, al menos, que guardan cierta vinculación con el mismo, ya sea, en el plano estrictamente procesal o adjetivo como sustantivo o de fondo. Uno de esos principios fundamentales en la estructura de cualquier sistema institucional de derecho público es la interdicción de arbitrariedad.

De acuerdo con esa categorización no puede menos que decirse que se trata de un principio universal enraizado en el Estado de Derecho y orientado, por tanto, a la protección de las libertades y demás derechos fundamentales o humanos de los ciudadanos. Su fundamento principal se encuentra en la justicia que proviene del derecho natural, pues su aplicación demanda acudir a los primeros principios que constituyen la base del orden jurídico a través de la razón práctica.

Al radicarse en la base del ordenamiento, el principio de razonabilidad y la consecuente prohibición de arbitrariedad cumplen la función de guiar e informar los demás principios y las normas exigiendo que ellas se encuentren suficientemente motivadas a través de razonamientos no solo lógicos y justos, sino también fundados en la ley positiva.

En el campo rico y abonado que presenta hoy día el panorama de los principios generales en el derecho público se suele olvidar que su origen se remonta a la jurisprudencia del Consejo

de Estado francés, hacia el final del siglo XIX, como lo advirtió, en su momento, Laferrière y lo desarrolló admirablemente Rivero al culminar la segunda guerra mundial, en uno de los trabajos pioneros sobre el tema⁶⁷, que hoy ha cobrado actualidad.

En resumidas cuentas, la interdicción de arbitrariedad cumple un papel básico de la consolidación del Estado de Derecho en un modelo estatal que regula los derechos de las personas, conforme al principio de subsidiariedad que garantice la legalidad, justicia y razonabilidad de las decisiones que adopten los funcionarios de la Administración y los jueces.

⁶⁷ RIVERO, Jean, *Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo*, publicado en RAP, núm. 6, Madrid, 1951.