

CAPÍTULO VII

NORMAS Y PRINCIPIOS

SUMARIO

1. Introducción.....	VII-1 / 613
2. Acceso a la justicia.....	VII-2 / 614
3. Razonabilidad. Interdicción de la arbitrariedad.....	VII-5 / 617
4. Justicia. Equidad.....	VII-6 / 618
5. Seguridad jurídica.....	VII-7 / 619
6. No desviación de poder.....	VII-7 / 619
7. Buena fe.....	VII-8 / 620
8. Principio de no contradicción. Marchas y contramarchas.....	VII-9 / 621
9. Audiencia previa.....	VII-9 / 621
10. <i>Alterum non lædere</i> . Daños al patrimonio público. El medio ambiente.....	VII-10 / 622
11. La técnica y la realidad (antes llamada “discrecionalidad técnica”).....	VII-11 / 623

Capítulo VII

NORMAS Y PRINCIPIOS¹

1. Introducción

Las facultades de un órgano administrativo pueden estar regladas, cuando una norma jurídica predetermina, de forma concreta, una conducta definida que el administrador debe seguir, es decir, cuando el orden jurídico establece de antemano aquello que específicamente el órgano debe hacer en un caso concreto.

Esta es una formulación correcta pero antigua, proveniente del derecho francés que se ha extendido a muchos países pero que no tiene, como categoría *conceptual*, utilización universal. Por nuestra parte, la hemos mantenido durante más de medio siglo,² pero ya no pareciera que llegue a universalizarse para explicar los límites jurídicos a la actividad e inactividad administrativa y estatal en general.

En cambio, tiene gran importancia teórica y práctica que tanto las normas como su ausencia no quitan el sometimiento de la actividad e inactividad estatal a los principios o valores fundamentales del derecho.³ Podría entonces postularse en

¹ En general, trataremos aquí de aproximarnos a una versión global y moderna. Hemos dejado y agregado referencias a distintos derechos nacionales, para ejemplificar su extensión a través del tiempo y del espacio. En el derecho brasileño puede verse, además de las obras generales, entre otros, BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, "Discricionariedade e Legalidade," en la *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, 1973, vol. 4, pp. 9-25; CAIO TÁCITO, "A Administração e o controle de Legalidade," *RDA*, 1954, vol. 37, pp. 1-11; CÁIO TÁCITO, "Controle dos motivos nos atos discricionários," *RDA*, vol. 38, pp. 350-8; del mismo autor, *Desvio de poder em matéria administrativa*, Río, 1951; SEABRA FAGUNDES, "Conceito do Mérito no Direito Administrativo," *RDA*, vol. 23, p. 12 y ss.; NUNES LEAL, VÍCTOR, "Poder discricionário e ação arbitrária da Administração," *RDA*, vol. 14, p. 53 y ss.; del mismo autor, *Problemas de Direito Público*, Río, 1960, p. 278 y ss., y la erudita opinión de SEABRA FAGUNDES publicada en la *RDA*, vol. 14, pp. 52-82, con el comentario de NUNES LEAL, antes mencionado.

² Recientemente en la primera edición del tomo 1 de esta nueva colección, cap. X, § 10 a 16, p. X-10 a X-31. Pero desde antaño hemos criticado, en derecho, el apego a normas escritas olvidando los grandes principios jurídicos. Criterio que siempre recordaba y citaba GERALDO ATALIBA.

³ Ver DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO, "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrado y el juez," en CASSAGNE (dir.), *Summa administrativa*, www.laley.com.ar, t. I, p. 211 y ss.

el siglo XXI que más importante que distinguir el ámbito reglado del discrecional, es mostrar los grandes principios jurídicos universales que, como principios generales de derecho, siempre están por encima de la actividad sea *normativa* o *concreta*, e incluso omisiones, del estado.

Como expresa PÉREZ HUALDE, “Los valores y principios supra estatales [...] constituyen un marco de acatamiento que se impone sobre los textos fundamentales y compromete a los estados particulares.”⁴ Algunos autores hablan de un derecho público o administrativo global.⁵

2. Acceso a la justicia⁶

El acceso a la justicia es un valor global, del cual se desprenden muchos otros, entre ellos el principio de razonabilidad, que el derecho argentino desarrolló a partir de un principio implícito en la garantía constitucional de la defensa en juicio, la cual proviene del principio del *debido proceso legal* o *due process* o *law* del derecho estadounidense. Es un plexo de valores interconectados y en algún modo circulares, que se pueden denominar y de hecho lo son de variadas maneras que no quitan su unidad esencial, cualesquiera fueren las opciones semánticas personales o nacionales. Si hemos de comenzar por algún lado, lo haremos por la raíz del indispensable acceso a la justicia.

En el tradicional consenso del primer proyecto de Constitución Europea hubo desde siempre una versión francesa diferente a las restantes, pero en esencia equivalente.⁷ El art. II-107 en otras lenguas que el francés expresaba: “Derecho

⁴PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La crisis mundial y el derecho público (el Estado, otra vez, protagonista),” *LL, Supl. Adm.*, 7 de mayo de 2009, pp. 6-23, esp. § VI, p. 10 y ss. Ver también STEWART, RICHARD B., “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?,” New York University School of Law, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2006, n° 13, en <http://law.duke.edu/journals/lcp> y <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=nyu/pltlwp>. Anteriormente KINGSBURY, KRISCH & STEWART, “The Emergence of Global Administrative Law,” 68 *Law & Contemporary Problems*, 2005, 15; BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH y RICARDO B. STEWART, “El surgimiento del Derecho Administrativo Global,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2007-3: 25-74; AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Nueva York, Ithaca, Cornell University Press, 1992. FERNÁNDEZ LAMELA, *op. loc. cit.*, p. 767; “Globalización y derecho público: Introducción al derecho administrativo internacional,” en CIENFUEGOS SALGADO, DAVID y LÓPEZ OLVERA, MIGUEL ALEJANDRO, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz – Derecho Administrativo*, México, UNAM, 2005, pp. 45-63, www.juridicas.unam.mx

⁵KINGSBURY, BENEDICT; KRISCH, NICO y STEWART, RICARDO, “El surgimiento del derecho administrativo global,” *RPA*, 2007-3: 25; MONTT, SANTIAGO, “What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation,” *RPA*, 2007-3: 75; MAIRAL, HÉCTOR A., “El silencio de los tribunales argentinos,” *RPA, Res Publica Argentina*, Buenos Aires, 2007-3: 7/23.

⁶Ver mi art. “Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality,” en GORDON ANTHONY, JEAN-BERNARD AUBY, JOHN MORISON y TOM ZWART (editores), *Values in global administrative law. Essays in honour of Spyridon Flogaitis and Gérard Timsit*, Oxford (UK) y Portland, Oregon (USA), Hart, 2011, cap. 15, pp. 363-372 y sus referencias, <http://gordillo.com/articulos/art4.pdf>.

⁷Ver también mi art. “The Draft EU Constitution and the World Order,” en AA.VV., *The Constitution of the European Union / La Constitution de l'Union Européenne*, “European Public Law

a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la *tutela judicial efectiva* respetando las condiciones establecidas en el presente art. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída *equitativa* y públicamente y dentro de un plazo *razonable* por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la *efectividad del acceso a la justicia*.⁸

El equilibrio europeo ha sido admitir en la versión francesa que el control puede ser jurisdiccional (en lugar de judicial) a cargo de “tribunales” (no de jueces) imparciales e independientes (como los tribunales administrativos franceses), pero no necesariamente judiciales. Mientras que en otras lenguas del proyecto de constitución europea se enfatiza el derecho a la “tutela judicial efectiva,” el texto francés se constriñe a un “recurso efectivo,” pero en cambio los *dos tipos de textos* coinciden al concluir ambos en la necesidad de garantizar “la *efectividad del acceso a la justicia*.”

No hay diferencia sustancial, sólo semántica y organizativa. Si la imparcialidad e independencia del tribunal está incuestionada, poco importa cómo se lo denomine o dónde se lo sitúe en apariencia. A la inversa, poco sirve un tribunal judicial en aquellos tiempos y lugares en que el Poder Ejecutivo puede influir, o parecer que puede hacerlo, en sus decisiones.⁹

El principio del “recurso efectivo” y “*efectividad del acceso a la justicia*” nos lleva nuevamente, por otros caminos semánticos, a las ideas de proporcionalidad, razonabilidad, etc. como derecho de fondo virtualmente universal. La *efectividad del recurso* al igual que la del acceso irrestricto a la justicia y otras formulaciones parecidas sirven para aplicar aquellos principios materiales de justicia natural.

El *due process of law* del derecho estadounidense se remonta, a su vez, al principio británico de la *justicia natural*, el cual esta también engarzado en la *razonabilidad*, desde el derecho medieval inglés¹⁰ que, por fin, tiene raíces en el derecho romano que rigió durante cuatro siglos en esa provincia.

Series / Bibliothèque de droit public européen,” vol. LXIII, Esperia, Londres, 2003, pp. 281-294; *Revue Européenne de Droit Public / European Review of Public Law* / vol. 16, n° 1, 2004, Esperia, Londres, pp. 281-294. Nuestras notas a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª ed. del t. I, 9ª ed. del t. II, Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, 1ª ed. argentina con notas de AGUSTÍN GORDILLO, t. II, pp. 618-A y 618-B, puntos XXIV.1 y XXIV.2.

⁸ Las bastardillas, obviamente, son nuestras.

⁹ “The status of the Judge: Independence and Impartiality,” *European Review of Public Law*, volumen 24_1/2012, número 83 de la colección, Londres, Esperia, 2012, pp. 43-50, <http://gordillo.com/articulos/art6.pdf>. La *appearance of impropriety* es una cuestión de hecho en el caso concreto.

¹⁰ Su origen medieval inglés es reconocido: DELMAS-MARTY, MIREILLE, *Towards a Truly Common Law. Europe as a Laboratory for Legal Pluralism*, Cambridge, Gran Bretaña, 1ª ed., 2002, y 2ª ed.,

La decadencia y caída¹¹ del imperio produjo en algunas ex-colonias el quiebre medieval de la vigencia de su derecho, pero en otras como Inglaterra y el Reino Unido, se mantuvieron o retomaron y, además, ampliaron de manera sustancial.

Hay, por supuesto, otros derechos de antiguas provincias romanas que, al debilitarse o caer el imperio, mantuvieron alguna suerte de cordón umbilical con el derecho romano, pero el caso de las islas británicas es el que llega con más fuerza a nuestros días.

Pero sin embargo, es un sendero que en los siglos XX y XXI recorren con fuerza muchos países modernos, como Alemania, Francia, España, Italia, etc. Es un conjunto de *valores* que la constitución alemana por su parte recoge bajo el nombre de proporcionalidad¹² y la constitución española de 1978 como interdicción de la arbitrariedad.¹³

Al final del camino, estos y otros derechos nacionales, incluso latinoamericanos, vuelven a aproximarse en una parecida visión de los principios del derecho romano en versión contemporánea.

Su generalidad parece estar fuera de duda, bajo distintos ropajes semánticos doctrinarios, legislativos o jurisprudenciales de cada país. A nuestro juicio es equivalente en la práctica ubicar estos valores o principios dentro de la tutela judicial efectiva, garantía de defensa en juicio, acceso irrestricto a la justicia, *due process of law*, justicia natural, etc. Todos ellos son distintos caminos para enunciar lo que constituye un mismo amplio espectro de derecho sustantivo, como señala PAUL CRAIG. No se trata pues de principios aislados y puntuales sino de un conjunto armónico y coherente.

A continuación enunciaremos distintas facetas de este plexo axiológico que, de una u otra manera, se da en la mayor parte de los distintos sistemas de derecho contemporáneos.

s/d, p. 83; en igual sentido y de la misma autora francesa, *Pour un droit commun*, Paris, du Seuil, 1994; SIR WILLIAM DALE, "The Use of Standards in the English legal system," *Revue de recherche-juridique* 4 (1998), pp. 887-94; ver también BIELSA, RAFAEL, "Las reglas del derecho en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia a propósito del «standard» jurídico," *LL*, 1950-59, pp. 867-891.

¹¹ Así se titula, desde luego, la clásica obra de GIBBONS pero CHESTERTON, *A Short History of England*, Londres, 1936, e-book gratuito en iTunes, sostiene *cum grano salis* que el impero declinó y perdió fuerza y poder central y aumentaron los localismos, pero que no cayó enteramente y, en alguna medida, sobrevive hasta nuestros días. (*Op. cit.*, cap. II, p. 26 de 362.) El tema que tratamos aquí ofrece una muestra de ese proceso de mantenimiento, desarrollo y final nueva aproximación recíproca, que hoy se ha casi universalizado de la forma que estamos explicando.

¹² Comp. BLANKE, HERMANN-JOSEF, "El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, europeo y latinoamericano," en CASSAGNE (dir.), *Summa administrativa*, www.laley.com.ar, t. I, cap. 2, p. 127 y ss.; SACRISTÁN, ESTELA, "El requisito de proporcionalidad ante la tutela judicial," en CASSAGNE, *op. cit.*, p. 303 y ss.

¹³ Ver COVIELLO, PEDRO J. J., "El principio de razonabilidad (¿o proporcionalidad?) en el derecho público argentino," en CASSAGNE (dir.), *Summa administrativa*, www.laley.com.ar, p. 143 y ss.

3. Razonabilidad.¹⁴ Interdicción de la arbitrariedad¹⁵

La norma legal o reglamentaria (nacional, provincial o municipal), al igual que la decisión individual, actuación material u omisión de las administraciones públicas y del estado en general, será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es “irrazonable,” lo que puede ocurrir, principalmente, cuando:

a) No dé en el acto particular los fundamentos de hecho o de derecho que lo sustentan;

b) no tenga en cuenta en las normas o en las decisiones concretas, los hechos que constan en el expediente, o públicos y notorios; o se fundamente en hechos o pruebas inexistentes; o¹⁶

c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea alcanzar, es decir, que se trate de una medida desproporcionada,

¹⁴ Ampliar en el *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, 1ª ed. (11ª ed. del anterior *Tratado de derecho administrativo*), cap. VI, § 8 y ss., p. VI-30 y ss. y t. 3, cap. VIII, § 8 y 8.2, pp. VIII-22 y 23. Ver también BUDASSI, IVÁN FERNANDO, “El control de razonabilidad en la doctrina de la CSJN,” *RDA*, 21/23: 211; CAYUSO, SUSANA, “La aplicación del principio de razonabilidad y las limitaciones a los derechos fundamentales,” *Pensamiento Constitucional*, Año VI, N° 6, Lima, 1999; nuestro Proyecto de 1964, arts. 73 y 93 inc. 2º, reproducido en el t. 5, Libro IV, http://gordillo.com/pdf_tomo5/04/04-proyecto.pdf; Bolivia, art. 4º, inc. p) y art. 29; Brasil, art. 2º; Perú, art. IV inc. 1º) ap. 4. “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en *Administración pública contemporánea. Derecho, política y justicia. Estudios jurídicos en homenaje a Alfonso Nava Negrete*, México, Porrúa, 2010.

¹⁵ Ver FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1998; SESÍN, DOMINGO J., *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires, Depalma, 1994. Del mismo autor, “El control judicial de la discrecionalidad administrativa” y “El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica,” en SESÍN, JUAN DOMINGO, *El derecho administrativo en reflexión*, Buenos Aires, Rap, 2011, pp. 161-90 y 217-52. La distinción entre facultad reglada y discrecional aparece en algunos códigos procesal administrativo o “contencioso administrativos” provinciales, pero es cada vez menos frecuente en la legislación contemporánea argentina.

¹⁶ Cabría preguntarse aquí, si incurriría el juzgador en una violación al principio de congruencia en el supuesto de considerar en su decisión hechos relevantes no afirmados por las partes. No obstante, debe advertirse que “la misión del juzgador es asegurar la efectividad del derecho en su integridad, así como las garantías constitucionales en su conjunto, mandato que impone, en algunas situaciones, flexibilizar la congruencia (vale decir, hacer una excepción a este postulado), siempre que se asegure la bilateralidad, con el objeto de acordar una solución mejor y más justa al conflicto.” Es que el fundamento estriba en la eficacia de la sentencia, permitiendo la actualización de las cuestiones fácticas que la decisión está llamada a regular. Así pues, tal como el art. 163, inc. 6º, del CPCCN, permite al juez hacer mérito en su sentencia de hechos no afirmados, producidos durante la sustanciación del juicio y que resulten de la prueba, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos; todo aquel que está llamado a resolver una contienda (funcionario, juez administrativo o judicial) debiera considerar oficiosamente hechos distintos de los invocados y que resulten de la prueba a fin de resolver el conflicto a la luz de la realidad actual. (DE LOS SANTOS, MABEL A. “Flexibilización de la congruencia,” *LL*, 2007-F, 1278.) Ampliar *supra*, tomo 2, 1ª ed. en esta colección, cap. I.

excesiva en relación a lo que se quiere alcanzar.¹⁷ El principio de proporcionalidad es también conocido como un principio autónomo del derecho público.¹⁸

Aparece así doblemente consagrada la necesidad de una expresión clara, concreta y adecuada del derecho aplicado en un caso particular (no bastando, pues, la mera invocación de normas jurídicas que supuestamente justifican un acto, sin que se explique cómo y por qué lo fundamentan) y la necesidad, tanto de que el acto explicita el sustento fáctico que lleva a su emisión, como que exista una situación de hecho, externa al acto, que lo justifique fácticamente, en la realidad. Este principio de la realidad o sustento fáctico se aplica también a las normas generales. El acto y la norma deberán estar objetivamente sustentados, es decir, basados en los hechos y antecedentes a que se corresponden.

El acto o la norma estarán viciados si los hechos invocados son inexistentes o falsos: Carece de hechos justificativos externos, que en forma suficiente y adecuada sirvan de base a la decisión general o particular que se adopta.

4. Justicia. Equidad

La justicia natural como principio superior a las normas legislativas o administrativas es un antiguo criterio del derecho británico, que bajo distintos ropajes semánticos se va extendiendo en el mundo. El criterio norteamericano que las tarifas de los servicios públicos sean justas y razonables, por ejemplo, es una aplicación de aquel concepto y ha sido a su vez repetido por la jurisprudencia de diversos países, entre ellos la argentina.

¹⁷ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial,” *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, n° 6, 1961, p. 343 y ss., GRAU, ARMANDO EMILIO, “La razonabilidad en el procedimiento administrativo argentino,” *Revista de Ciencias Administrativas*, año XI, n° 27, La Plata, 1968, pp. 21 y 55. CASSAGNE, EZEQUIEL, *El principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo*, en www.cassagne.com.ar. La Procuración del Tesoro de la Nación, en igual sentido que la Corte, entiende al “requisito constitucional de la razonabilidad,” como al que “comprende la necesaria fundamentación de los actos administrativos” (PTN, *Dictámenes*, 21-I-10, 272:50; 10-I-08, 264: 31) y la proporcionalidad “entre los medios que el acto adopta y los fines que persigue la ley que dio al Administrador las facultades que éste ejerce en el caso, o bien, entre los hechos acreditados y la decisión que en base a ellos se adopta.” (PTN, *Dictámenes*, 4-IX-03, 246: 581.)

¹⁸ Ver CRAIG, PAUL P., *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 4ª ed., parte 2, cap. XVIII, § 3, pp. 586-98 y § 4, ap. 1 a 3, pp. 598-600; CLÉRICO, LAURA, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009. Este antiguo principio nos viene del derecho anglosajón, aunque en algunos países se prefiere atribuirlo al derecho alemán contemporáneo, GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS, “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn,” Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; citado por IBARLUCÍA, EMILIO A., “La libertad de expresión y el derecho a la intimidad,” *LL*, 2012-B, 204, trabajo en el cual este último autor relaciona el principio de proporcionalidad con el fallo *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, CorteIDH, 29-XI-11. En todo caso, sigue expandiéndose su reconocimiento: Nuestro Proyecto de 1964, art. 73, http://gordillo.com/pdf_tomo5/04/04-proyecto.pdf; Bolivia, art. 4º inc. p) y art. 29; Brasil, art. 2º; Perú, art. IV, inc. 1º) ap. 4º).

Por su parte, la Convención Interamericana Contra la Corrupción enuncia como principio supralegal en materia de contrataciones administrativas, el de la equidad. Se produce así un vuelco fundamental: La equidad, que en el derecho civil es de naturaleza *infralegal*, solo aplicable por el juez cuando la norma lo autoriza, muda ahora de jerarquía normativa. Este tratado internacional, de jerarquía superior al derecho interno, le establece obligatoriamente como *supralegal*.

5. Seguridad jurídica¹⁹

En inglés se la llama *legal predictability* o *legal certainty*, y sus raíces son antiguas y universales.²⁰ Las marchas y contramarchas de la economía constituyen un caso de falta de certeza y seguridad jurídica en una medida que excede lo tolerable.²¹

6. No desviación de poder²²

La conducta será también ilegítima si la norma general o individual, o la actividad administrativa o su omisión está teñida de “desviación de poder,” sea:

a) Por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etc.);

b) con un fin administrativo, pero no aquél querido por la ley: Si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (p. ej.: El cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar que se cometan nuevas infracciones), será *desviado* y por eso ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta. (P. ej.: Tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales.)

La desviación del poder siempre fue considerada límite a la discrecionalidad administrativa pero también aplicable a las normas generales administrativas o legislativas, de directa base constitucional y racional. (Porque si la Constitución

¹⁹ La seguridad jurídica (*Rechtssicherheit* en alemán) es la versión semántica, similar a otras lenguas como el castellano, el francés, portugués, italiano, etc., que proviene de una distinta formulación verbal en el idioma inglés, *legal certainty* o *legal predictability*. Si no es claro en lenguas latinas el concepto de “certidumbre,” sí lo es en cambio el de “incertidumbre,” que resulta equivalente de indeterminación, falta de certeza, falta de seguridad en suma.

²⁰ Ver BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, “Seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima ante los actos administrativos y jurisdicciones,” en CASSAGNE (dir.), *Summa administrativa*, www.laley.com.ar, t. I, cap. 2, p. 119 y ss.

²¹ Ver *supra*, nota 6. Ello tiene graves consecuencias para el desarrollo económico y social de un país. Ver *infra*, t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*.

²² Ver CRAIG, PAUL P., *Administrative Law*, op. cit., parte 2, cap. XVII, § 5, ap. 1, p. 539; SILVA TAMAYO, GUSTAVO, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006. Ampliar en BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, “Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas,” separata de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1966, n° 2, pp. 9 y ss., 27 y ss.; RODRIGUES QUEIRO, AFONSO, *Estudos de Direito Administrativo*, tomo I, Coimbra, p. 7 y ss.; del mismo autor, “A teoria do «desvio de poder» em Direito Administrativo,” *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, 1942, suplemento del vol. XVI, p. 41 y ss., y sus vastas completas referencias doctrinarias.

o la ley dan una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se le dio para que cumpla con la propia finalidad legal y no con una finalidad distinta, cualquiera sea su índole.)

En Brasil, ley 4.717, art. 2º, inc. c) dice que: “La desviación de la finalidad se verifica cuando el agente practica el acto buscando un fin distinto a aquel previsto, explícita o implícitamente en la regla de competencia.”

Igualmente, en la Argentina está consagrada en el art. 7º, inc. f) del decreto-ley 19.549/72, que expresa que “habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente, *otros fines*, públicos o privados, distintos de los que justifiquen el acto, su causa u objeto.”

De ese modo, la ley pertinente tendrá ciertas finalidades que apreciadas de acuerdo con las circunstancias del caso y lo que en él se decide (el objeto del acto), sólo pueden dar lugar a determinadas finalidades admisibles en el funcionario: La prosecución encubierta o no de fines propios o públicos, distintos de los que resultan de la ley del caso y los antecedentes de hecho que corresponden al acto, constituye así una transgresión a los límites de la discrecionalidad y un vicio del acto administrativo.

La desviación de poder presenta la dificultad probatoria de que por tratarse de intenciones subjetivas es necesario encontrar indicios para acreditarlo;²³ pocas veces es el propio acto que permite demostrar a través de su motivación, que padece de ese vicio: La prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al texto del acto, que están en la realidad y los antecedentes, o sea, en los hechos.

Como se advierte, es siempre el análisis de los hechos y su contexto el que proporciona la génesis del principio jurídico.

7. Buena fe²⁴

Igual sucederá si el órgano que ejerce una potestad pública la utiliza con mala fe, usando subterfugios o artimañas —por acción u omisión, incluso el silencio— para llevar a engaño o a error a un administrado; tal tipo de conducta es, por cierto, incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa y es también ilegítima.²⁵

²³ En el caso de la desviación de poder, desde luego, el problema probatorio se torna más agudo, y se torna real la asimilación que a veces se hace procesualmente entre *verdad y prueba*. Ver en este sentido OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, MANOEL DE, *A prova administrativa*, San Pablo, 1973, p. 141.

²⁴ Ver CRAIG, *Administrative Law*, op. cit., 4ª ed., parte 2, cap. XVII, § 5, ap. 3, p. 546.

²⁵ Este principio viene del derecho romano, con su *fraus omnia corrumpit* y su diminutivo *malitiis non est indulgendum*. Se encuentra también expresado, p. ej., en España, art. 3º, inc. 1º); nuestro Proyecto de 1964, art. 73, http://gordillo.com/pdf_tomo5/04/04-proyecto.pdf; Bolivia, art. 4º, inc. e); Brasil, art. 2º, inc. IV); Perú, art. IV inc. 1º), ap. 8º), como principio general del procedimiento administrativo. Ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho ad-*

El mismo principio es hoy en día complementado con la visión que prohíbe la autocontradicción como forma de mala fe²⁶ y la tutela de la confianza legítima del administrado hacia el administrador.²⁷ Volvemos sobre esta arista del tema en el acápite siguiente.

8. Principio de no contradicción. Marchas y contramarchas

El derecho británico toma con una expresión francesa *voltefaces* (contramarcha) el principio romano que impide volver contra los actos propios. La autocontradicción en la propia conducta (*venire contra factum proprium non valet*) viene de antaño prohibida por el derecho universal. No es un comportamiento conforme a derecho.²⁸

En la Argentina se lo condena en las conductas concretas, pero no en las políticas económicas del estado. No es el camino al desarrollo económico y social.²⁹ Una de las explicaciones de nuestro desmejorado desarrollo social se puede rastrear hacia allí,³⁰ algo que nuestros gobernantes y principales partidos políticos se resisten sistemáticamente a reconocer.

9. Audiencia previa

Este principio viene del derecho romano (*audi alteram partem*); ha sido siempre recogido en todos los principales sistemas de derecho. Tiene dos vertientes:

a) Antes de dictar un acto particular o individual que pueda afectar derechos o intereses de uno o más individuos, es indispensable oírlos, bajo pena de nulidad de la decisión que se tome.

ministrativo, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983; WIEACKER, FRANZ, *El principio general de buena fe*, Madrid, Civitas, 1977; PICOT, F., *La bonne foi en droit public*, Basilea, 1977. Una aplicación del mismo principio: “Lo que sería entonces inadmisibles, porque se opone a la buena fe de los tratados internacionales, sería que un Estado miembro, o una de sus autoridades, p. ej., una jurisdicción, tratara de poner en duda los compromisos aceptados invocando, *a posteriori*, obstáculos constitucionales;” PESCATORE, PIERRE, “Aspectos Judiciales del «acervo comunitario»,” *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 349.

²⁶ MAIRAL, HÉCTOR A., *La doctrina de los actos propios y la Administración Pública*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

²⁷ COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, *La protección de la confianza del administrado: derecho argentino y derecho comparado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004; “La confianza legítima en la jurisprudencia federal,” en *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Buenos Aires, RAP, 2013, pp. 31-50; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “El principio de protección de la confianza legítima...,” en CASSAGNE (dir.), *Summa administrativa, op. cit.*, p. 227 y ss.

²⁸ Ver CAPUTI, MARÍA, “La coherencia del comportamiento administrativo,” en CASSAGNE (dir.), *Summa administrativa*, www.laley.com.ar, p. 11 y ss.

²⁹ Ver *infra*, t. 11, *Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo*.

³⁰ Ver lo que explicamos en “Access to Justice, Legal Certainty and Economic Rationality,” GORDON ANTHONY, JEAN-BERNARD AUBY, JOHN MORISON y TOM ZWART (editores), *Values in global administrative law. Essays in honour of Spyridon Flogaitis and Gérard Timsit*, Oxford (UK) y Portland, Oregon (USA), Hart, 2011, cap. 15, pp. 363-372, <http://gordillo.com/articulos/art4.pdf>.

b) En materia de actos generales, el moderno concepto del estado de derecho exige que se realicen audiencias públicas previas³¹ al dictado de la norma general. Es parte del conjunto de principios referidos a la participación ciudadana.³² En la Ciudad de Buenos Aires la constitución exige, para determinadas materias, la doble lectura de un proyecto de ley: Una vez aprobado y antes de poder entrar en vigencia, debe convocarse una audiencia pública para que la ciudadanía pueda tomar conocimiento y expresar sus opiniones. Luego de la audiencia pública la legislatura debe dictar una segunda ley si desea seguir adelante con la norma luego de escuchada la ciudadanía que es su base electoral.

10. Alterum non lædere. *Daños al patrimonio público. El medio ambiente*

También es aplicable a la administración el principio *alterum non lædere*,³³ no perjudicar a nadie, a menos que exista algún fundamento legal suficiente y razonable, con adecuado sustento fáctico, que lleve a admitir una excepción al principio jurídico general. Si el hecho dañoso ha acaecido, corresponderá la indemnización.³⁴ Si se puede evitar se lo hace, por el principio de precaución.

ULPIANO lo calificó de principio más fundamental del orden jurídico, en la trilogía *honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*.

Según la Constitución brasileña los ciudadanos pueden iniciar acción popular para anular los “actos lesivos al patrimonio de entidades públicas.” En una de las posibles interpretaciones de este texto se podría sustentar que un acto perjudicial al patrimonio del estado, sea por destruirlo, deteriorarlo, comprometerlo excesivamente; por vender bienes del estado debajo de su precio real de mercado o cuando el estado los necesita porque forman parte de su patrimonio cultural, histórico, arqueológico, paleontológico, etc.; *por adquirir bienes innecesarios*, etc.,

³¹ Ampliar en el *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed., cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf.

³² “La participación administrativa,” en el Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración, Alcalá de Henares, 12-14 de Junio de 1984, publicado en el libro *Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración*, INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, España, Alcalá de Henares-Madrid, 1985, pp. 199 a 211; *Revista de Direito Público*, n° 74, San Pablo, 1985, pp. 15 a 25. Allí continuamos ideas que veníamos trabajando de antaño: “Cauces de participación ciudadana, en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*”, t. I, Madrid, ed. del INSTITUTO DE ESTUDIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL, 1970, pp. 1057 a 1085; reproducido en *La planificación en los entes locales*, t. I, *Estudios Generales*, Barcelona, Instituto de Ciencias Sociales, 1971, pp. 37 a 63. Nueva versión corregida y actualizada en “Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina,” *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Bruselas, 1981, vol. XLVII-1981, n° 2, pp. 126-132; *Revista de Direito Público*, año XIV, n° 57/58, San Pablo, 1981, pp. 29-38.

³³ CSJN, *L., B. J.*, año 1997, *LL*, 1998-E, 528, y dictamen de la Procuración General de la Nación. Es el mismo principio que deviene del análisis del caso de la prohibición de fumar, que también se resuelve por el art. 41 de la Constitución: *Derechos humanos, op. cit.*, cap. IX, § 1, p. 1.

³⁴ Ver el dictamen citado en la nota precedente, p. 530.

sería con eso solamente, violatorio del orden jurídico. Es una variante en derecho público del clásico principio romano *alterum non lædere*.

Se trata de un límite elástico, que depende de la apreciación del juez; puede ser objeto de prueba pericial, documental, etc. La norma tiene de este modo posibilidades de desarrollo para la procedencia de acciones populares tendientes a la protección del medio ambiente o recursos naturales, cuando la administración se propone autorizar la instalación de industrias o realizar obras que contribuyen a la contaminación del medio ambiente, etc.³⁵

Es a su vez susceptible de mayores desarrollos, como el *principio de precaución* que en su tutela preventiva se utiliza en el derecho francés y otros derechos.

11. *La técnica y la realidad (antes llamada “discrecionalidad técnica”)*

El estado no puede actuar contra las reglas de la técnica, cuando éstas sean claras y uniformes. En este aspecto es preciso distinguir entre reglas estrictamente técnicas —indiscutibles e indiscutidas, en general— y aspectos técnicos susceptibles de controversia.

En el primer caso, si desde el punto de vista de la técnica, lo que la administración hizo o pretendió hacer es indudablemente erróneo, la actividad administrativa será ilegítima; en cambio, si se trata de cuestiones técnicas en las cuales cabe admitir la duda y los mismos técnicos no están de acuerdo sobre cuál es el criterio correcto, entonces la libertad del administrador es más amplia y su conducta no será ilegítima por haber escogido, en la norma o en una decisión concreta, una de las posibles vías técnicas.

Antiguamente se decía que la administración tenía una “discrecionalidad técnica,” es decir, una atribución discrecional en asuntos técnicos que tornaba irrecurribles los actos que dictara en el ejercicio de esas atribuciones. Este antiguo concepto de discrecionalidad técnica dependía de un igualmente antiguo concepto, de qué constituye una técnica: Si ésta es una mera cuestión opinable o discutible, un arte que puede ser ejercido de diferentes modos y de acuerdo al criterio subjetivo de quien en el caso lo desempeña, es lógico afirmar que esa actividad no puede en tal aspecto ser controlada.

En cambio, si una técnica es científica y, por lo tanto, por definición, cierta, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal de un sujeto individual, es obvio que no se puede actuar contra la realidad sin estar al mismo tiempo contra el derecho. Es como la ley de la gravedad:

³⁵ Porque como dice LOPES MEIRELLES, HELY, *Mandado de segurança e ação popular*, San Pablo, 1967, “... lesivo es todo acto que desfalca bienes o valores materiales de la Administración Pública o a ella equiparada, así como el que ofende el patrimonio artístico, cívico, cultural o histórico de la comunidad.” (P. 34.) En este concepto amplio, tiene una importancia en aumento hoy en día la ecología, por la creciente destrucción de recursos naturales no renovables y la contaminación del aire, del agua, de la tierra, de la flora y por último del propio hombre.

Desconocerla o pretender inaplicarla es antijurídico. En suma, la norma o la actividad técnicamente errónea es solamente por ello antijurídica.

No hay en absoluto libertad para normar o actuar en materia técnica; afirma ALESSI, en ese sentido, que si la discrecionalidad “es una libertad más o menos limitada de apreciación del interés público, a los fines de valorar la oportunidad de la acción o del contenido a dar a la propia acción... es erróneo hablar de una discrecionalidad meramente técnica dado que los dos términos *discrecionalidad* y *técnica* son esencialmente inconcebibles: ...Cuando se trata de una cuestión meramente técnica, ella es resuelta exclusivamente en base a criterios y reglas técnicas y la administración pública no tiene ninguna facultad de apartarse de tales reglas...;”³⁶ en idéntico sentido, señala DIEZ que “la discrecionalidad no existe en el aspecto técnico, que es preciso [...]. Como es natural, los vicios sobre la operación técnica influyen en la legitimidad del acto administrativo.”³⁷

³⁶ ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, tomo I, Milán, 1949, p. 145, MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, p. 430.

³⁷ DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires, 1956, pp. 113 y 114.