

Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano

29

JULIO - DICIEMBRE

2024

www.cidep.com.ve

**REVISTA
ELECTRÓNICA DE
DERECHO
ADMINISTRATIVO
VENEZOLANO**

**Una publicación del Centro para la Integración
y el Derecho Público (CIDEP)**

Número 29
Julio – Diciembre 2024
Segunda etapa

Caracas, 2025



Director	José Ignacio Hernández G.
Secretario de Redacción	Gabriel Sira Santana
Consejo de Redacción	José Rafael Belandria García María Alejandra Correa Claudia Nikken Flavia Pesci Feltri Antonio Silva Aranguren Jorge Luis Suárez Mejías Gustavo Urdaneta Troconis Daniela Urosa Maggi

La Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano (REDAV) es una publicación académica abierta, arbitrada por pares (*peer review*) y semestral del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP), editada en la ciudad de Caracas, Venezuela.

La REDAV recibe, evalúa y publica artículos referidos a (i) estudios teóricos y doctrinales sobre el Derecho Administrativo, (ii) la actualidad del Derecho Administrativo venezolano, y (iii) la interacción entre el Derecho Administrativo y el Derecho de la Integración.

El contenido de los trabajos publicados en la REDAV es de la exclusiva responsabilidad de sus autores –quienes conservan su derecho de autor sobre el texto– y no se corresponde necesariamente con los criterios de la Dirección, el Consejo de Redacción o el CIDEP.

Las normas y criterios editoriales de la REDAV pueden consultarse en este número y en el sitio web del CIDEP. Cualquier duda o comentario sobre la revista puede hacérsenos llegar a través del correo electrónico editorial@cidep.com.ve

La REDAV forma parte del Directorio de Latindex y de Ulpiano.

© Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano
Número 29. Julio – Diciembre 2024

Publicación semestral. Segunda etapa

URL DEL EJEMPLAR: <https://cidep.com.ve/ojs/index.php/redav/issue/view/redav-29>

FECHA DE PUBLICACIÓN: 22-12-2025

SITIO WEB: cidep.com.ve/redav

X: [@redav2012](https://twitter.com/redav2012)

ISSN: 2542-3169

Depósito legal: DC2021001708

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Caracas, Venezuela

Correo electrónico: contacto@cidep.com.ve

Sitio web: www.cidep.com.ve www.cidep.online

X – Instagram – LinkedIn – Youtube: [@cidepVE](https://www.youtube.com/cidepVE)

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

Fundado en enero de 2005, en la ciudad de Caracas, Venezuela, el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) es una sociedad civil dedicada al estudio del derecho público y los aspectos jurídicos de los procesos de integración regional.

El CIDEP desarrolla principalmente actividades de investigación y divulgación.

La Dirección General del CIDEP corresponde a Jorge Luis Suárez Mejías y la Dirección Ejecutiva a Antonio Silva Aranguren. La Subdirección recae en Samantha Sánchez Miralles.

Normas y criterios editoriales

1. El artículo podrá tener hasta un máximo de tres coautores.
2. El artículo debe enviarse a la dirección electrónica editorial@cidep.com.ve o a través de www.cidep.com.ve/redav
3. El artículo debe remitirse en formato .doc o .docx (Microsoft Word).
4. No se establece un número mínimo o máximo de páginas por artículo.
5. El tamaño de la hoja será carta y en sentido vertical, con márgenes superiores e inferiores de 2.5 cm y laterales de 3 cm. La alineación de texto será justificada.
6. La fuente del texto general será Arial, número 12, color negro, con interlineado de 1.5 puntos y sangría de 0.7 cm al inicio de cada párrafo. El espacio entre párrafos será de 6 puntos y no se dejarán líneas en blanco.
7. La fuente de los pies de página será Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. El espacio entre párrafos será simple y no se dejarán líneas en blanco.
8. El autor podrá hacer uso de la cursiva para destacar una palabra o frase breve en el texto, absteniéndose de usar negrillas o subrayados con esta finalidad.
9. El título del artículo debe ir al inicio del archivo, en mayúsculas sostenidas y negrillas. Seguido de ello se incluirá el nombre del autor en la línea siguiente, alineado a la derecha, con un pie de página que incluya una reseña curricular que no supere las cinco líneas y en donde deben precisarse sus grados académicos, institución de adscripción y correo electrónico.
10. Los artículos incluirán un resumen en español e inglés de hasta 150 palabras y de tres a cinco palabras claves en estos idiomas.
11. Los artículos se dividirán de acuerdo con la siguiente jerarquía, empleándose negrillas para los títulos y mayúsculas tipo oración. La introducción y la conclusión no se enumeran:
 - I.
 - 1.
 - A.
 - a.
 - a'.

12. Toda frase extraída de una obra de terceros habrá de ser debidamente citada de acuerdo con la extensión precisada en el punto 14 de estas normas. En caso de parafraseo, el llamado a pie de página se colocará al final de la idea comentada. El autor procurará en todo caso evitar las citas de citas y, en caso de hacer llamados generales a la doctrina, foro o análogos, deberá incluir un pie de página donde precise los autores y obras donde puedan profundizarse tales planteamientos.

13. Las citas bibliográficas habrán de incluirse como pie de páginas, sin que se incorpore un apartado de bibliografía en el artículo.
14. Para el orden de las citas a pie de página se sugiere el uso del Manual de estilo Chicago-Deusto*. En todo caso, el autor podrá optar por otros sistemas siempre que este se mantenga de forma uniforme a lo largo del artículo y permita conocer todos los elementos de valor para la consulta de la fuente (autor; título del libro o artículo; título de la obra colectiva o publicación periódica de ser el caso; editorial; ciudad; año; número de páginas; enlace; entre otros).
15. Si la cita supera las 40 palabras deberá incluirse como párrafo aparte y con margen izquierdo de 0.7 cm, letra Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. En caso de ser igual o inferior a las 40 palabras, la cita se insertará en el texto entre comillas.
16. Los autores que remitan artículos para la consideración del Consejo de Redacción de la REDAV declaran que la obra que presentan es original e inédita, y ellos son los titulares de los derechos patrimoniales y morales sobre la misma, por lo que la REDAV y el CIDEPE quedan exonerados de cualquier responsabilidad en cuanto a la vulneración de derechos de terceros.
17. Los autores cuyos trabajos sean aprobados para su publicación en la REDAV ceden al CIDEPE los derechos de explotación sobre sus artículos de forma gratuita, exclusiva, perpetua y sin limitación territorial. En virtud de la cesión efectuada, el CIDEPE queda facultado para la edición, reproducción, publicación, distribución, difusión, comunicación pública y comercialización de la obra, siempre que reconozca su autoría.
18. La REDAV no está en la obligación de publicar los artículos recibidos. En todo caso, la revista procurará notificar al autor de su interés o no en la obra a la brevedad posible.
19. Como parte del proceso arbitral y editorial, la REDAV podrá realizar comentarios, sugerencias y observaciones al autor basadas en criterios académicos y editoriales, a fin de que el autor realice los ajustes respectivos para la aprobación del texto.
20. El autor podrá solicitar gratuitamente a la REDAV que prescinda de la publicación del artículo que haya enviado siempre que el mismo no haya entrado en etapa de diagramación. De encontrarse en esta etapa o una posterior, y siempre que no se haya procedido a la publicación de la obra, el autor podrá solicitar la remoción de su trabajo previo pago de los gastos en los que se haya incurrido durante el proceso editorial.

* Disponible en <https://bit.ly/3BOGaxE>

Índice

EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL BIEN COMÚN Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO: COMPARACIÓN ENTRE ESTADOS UNIDOS E HISPANOAMÉRICA, José Ignacio Hernández G.	9
Introducción	10
I. El constitucionalismo del bien común en Hispanoamérica y la influencia del constitucionalismo de Estados Unidos.....	11
II. El Derecho Administrativo del bien común y la centralidad de la dignidad humana	20
Conclusiones	30
REFLEXIONES SOBRE EL BIEN COMÚN Y EL INTERÉS PÚBLICO COMO FINES Y PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD ESTATAL, Juan Carlos Cassagne	33
I. Los distintos sentidos del bien común.....	33
II. La justicia.....	35
III. El contenido del bien común que persigue el Estado.....	39
IV. Los criterios de la igualdad distributiva.....	40
V. Justicia distributiva y políticas distributivas	42
VI. El principio de subsidiariedad: Hacia el Estado subsidiario.....	43
VII. La interrelación entre lo público con lo privado	44
VIII. Bien común e interés público: Su rango de principio general del Derecho.....	46
DESLINDES NECESARIOS EN TORNO AL ALCANCE TEÓRICO Y PRÁCTICO DEL BIEN COMÚN, Carlos E. Delpiazzo	49
I. Acerca del bien común	49
II. Perspectiva del interés general	61
III. Aproximación al interés público	62
IV. Relaciones	63
SUBSIDIARIEDAD, PODER PÚBLICO Y BIEN COMÚN, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz	65
Introducción	65
I. Estado y bien común	67
II. Estado, poder, bien común y subsidiariedad.....	69
III. Regulación, economía, bien común y Estado social de bienestar.....	76
IV. Reflexión final: La dimensión dinámica del Estado de bienestar	83
GOBERNANZA Y BUENA ADMINISTRACIÓN, Hernán A. Celorio	87
I. Conceptualización preliminar	87
II. Vertiente jurídica	91
III. Visión integral – eficiencia.....	92

IV.	Gobernanza y régimen legal administrativo	101
V.	Gobernanza y buena administración.....	103

El derecho constitucional del bien común y el Derecho Administrativo: Comparación entre Estados Unidos e Hispanoamérica

José Ignacio Hernández G.*

REDAV, N° 29, 2024, pp. 9-31

Resumen: Entre los siglos XVIII y XIX, EE.UU. e Hispanoamérica emprendieron revoluciones constitucionales inspiradas en ideales similares de dignidad humana y bien común, con influencia del *ius commune*. Sin embargo, sus trayectorias divergieron: EE.UU. desarrolló un sistema exegético de Derecho Público, con bases constitucionales débiles para su Derecho Administrativo. En contraste, Hispanoamérica estableció un marco constitucional racional, con sólidos fundamentos basados en valores, principios y reglas que priorizan la dignidad humana y la buena administración. El "constitucionalismo del bien común" de Adrian Vermeule podría fomentar un nuevo encuentro entre ambas tradiciones, si el constitucionalismo estadounidense evoluciona hacia un sistema racional que guíe y limite la actividad administrativa para realizar plenamente la dignidad humana.

Palabras clave: Bien común – Buena administración – Principios generales del Derecho Administrativo

Abstract: During the 18th and 19th centuries, both the United States and Hispanic America embarked on similar constitutional revolutions inspired by ideals of human dignity and the common good, influenced by *ius commune*. Their paths diverged, however: the U.S. developed an exegetic system of public law, with weak constitutional foundations for its administrative law. In contrast, Hispanic America established a rational constitutional framework with solid foundations based on values, principles, and rules prioritizing human dignity and good administration. Adrian Vermeule's "common good constitutionalism" could foster a new encounter between both traditions, if U.S. constitutionalism evolves toward a rational system that guides and limits administrative activity to fully realize human dignity.

Keywords: Common Good – Good Administration – General Principles of Administrative

Recibido

07-07-2025

Aceptado

20-08-2025

* Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado, Universidad Castilla-La Mancha. Investigador visitante, Boston College.

Introducción

El estudio comparado del Derecho Administrativo en Estados Unidos y en Hispanoamérica suele limitarse a temas técnicos, derivados del traslado de la institución de la regulación económica a la región. Más allá de ello, lo cierto es que el contraste entre ambos modelos se enfrenta a importantes retos, básicamente, por el método empleado en uno y en otro caso. Mientras que el Derecho Administrativo en Hispanoamérica pivota en torno a la idea de un sistema ordenado en torno a valores, principios y reglas, con sólidas bases constitucionales, en Estados Unidos el Derecho Administrativo gira en torno a la Ley y su interpretación textual, con escasa conexión con el Derecho Constitucional.

Una reciente propuesta de Adrian Vermeule, sin embargo, ha abierto nuevos canales de comunicación entre ambos modelos. De acuerdo con esta propuesta, la interpretación constitucional debe apartarse del originalismo y del llamado constitucionalismo viviente, para considerar valores y principios constitucionales que, incluso, anteceden a la Constitución de 1789, y que pivotan en torno al bien común¹. Desde el Derecho Administrativo, esta propuesta ha llevado a considerar a los principios generales, como complemento de la interpretación de la Ley que rige a las agencias².

El Derecho Constitucional hispanoamericano considera, bajo diversas dimensiones, al bien común como un valor que posee a la dignidad humana en el centro del ordenamiento jurídico, tal y como se ha reconocido en el Derecho interamericano. Como resultado de lo anterior, la constitucionalización del Derecho Administrativo refuerza el rol del bien común, como lo demuestra el creciente interés por los estándares de la buena administración, basados en el concepto fiduciario de la Administración al servicio de las personas³. Bajo el prisma del bien común, por ende, es posible avanzar en el estudio comparado del Derecho Administrativo de Hispanoamérica y Estados Unidos.

Este artículo analiza las bases constitucionales del bien común en Hispanoamérica, trazando su comparación con la propuesta de

¹ Adrian Vermeule, *Common good constitutionalism* (Medford: Polity, 2022), 52 y ss.

² Cass Sunstein y Adrian Vermeule, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state* (Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020), 144 y ss. Los principios generales son analizados desde la teoría de la moralidad interna del Derecho, esto es, los principios llamados a asegurar la coherencia interna del ordenamiento jurídico.

³ Seguimos lo que exponemos en José Ignacio Hernández G., “El Derecho Administrativo Interamericano, la dignidad humana y el bien común”, en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Dr. Augusto Durán Martínez* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2023), 165 y ss.

Vermeule. En especial, esta aproximación coloca en evidencia la interconexión entre el constitucionalismo hispanoamericano del siglo XIX y el constitucionalismo de Estados Unidos, tomando en cuenta la influencia de la cláusula del bien común, incorporada en la Constitución de Massachusetts de 1780 y luego difundida en los primeros textos constitucionales de la región. La segunda parte resume las principales consecuencias del constitucionalismo del bien común en el Derecho Administrativo, facilitando el contraste entre el modelo de Derecho Administrativo de Hispanoamérica y de Estados Unidos, desde el rol de los principios generales.

I. El constitucionalismo del bien común en Hispanoamérica y la influencia del constitucionalismo de Estados Unidos

El constitucionalismo en lo que hoy día se conoce como Hispanoamérica estuvo especialmente influenciado por la Revolución Americana y la Revolución Francesa. Así, desde inicios del siglo XIX, los procesos de independencia impulsados por la crisis de la Monarquía Española llevaron a la región a organizar a los nacientes –y frágiles– Estados como Repúblicas, a través de Constituciones y otros actos constitucionales que dieron forma al primer constitucionalismo hispanoamericano.

Más allá de sus diferencias, hay importantes similitudes en esas primeras Constituciones. Una de esas similitudes es lo que aquí llamamos la cláusula del bien común, que justifica al Gobierno en la promoción del bien común. Esta cláusula aparece en las primeras constituciones hispanoamericanas, influenciadas por el primer constitucionalismo de Estados Unidos. Esta cláusula también está presente en el Derecho interamericano que rige a todo el continente, incluyendo a Estados Unidos. Sin embargo, lo cierto es que el constitucionalismo hispanoamericano evolucionó por rumbos distintos que han realizado el rol del bien común como valor constitucional⁴.

1. El bien común y los orígenes del constitucionalismo en la América Española influenciado por el constitucionalismo de Estados Unidos

Tal y como ha explicado Allan R. Brewer-Carías, los procesos de independencia en la región hoy conocida como Hispanoamérica, tuvieron como rasgo compartido la difusión de textos constitucionales que organizaron a los nacientes Estados como Repúblicas, con base en el principio de separación de poderes, la soberanía popular, la supremacía

⁴ Véanse nuestros comentarios en José Ignacio Hernández G., “El bien común y el Estado social en el nuevo proceso constituyente en Chile”, *Estudios Constitucionales* número especial sobre el proceso constituyente (2023): 2 y ss.

cía constitucional y el reconocimiento de derechos inherentes a la persona⁵.

Así, la primera Constitución nacional codificada en español fue aprobada en Venezuela, en diciembre de 1811. Siguiendo a la Declaración de derechos del pueblo, aprobada por el Congreso venezolano poco antes, la Constitución dispuso, en su artículo 191, que “los Gobiernos se constituyen para la felicidad común”⁶. La expresión *felicidad común* fue interpretada por Juan Germán Roscio –uno de los primeros juristas en analizar este primer constitucionalismo– en referencia al bien común, de acuerdo con el concepto que éste tiene en la tradición legal clásica. En efecto, en el Capítulo XVI de su libro *El triunfo de la libertad sobre el despotismo*, Roscio justifica la existencia del Gobierno en el bien común⁷: “Para el bien común, se comprometieron los hombres a vivir reunidos en varias demarcaciones: por la prosperidad de todos convinieron en la erección de un gobierno”⁸.

La referencia a la felicidad o bien común puede encontrarse en otros textos sancionados en la época. Así, por ejemplo, en diciembre de 1811 se aprobó la Constitución de la República de Tunja que incluyó en el Capítulo I de su Sección Preliminar sobre la declaración de los derechos del hombre en sociedad, el siguiente artículo 26: “Todo Gobierno se ha establecido para el bien común, para la protección, seguridad y felicidad del Pueblo (...)”⁹.

La Constitución Quiteña, de febrero de 1812, dispuso que su principal finalidad es procurar el “beneficio y utilidad común”¹⁰ (artículo 1). La

⁵ Allan Brewer-Carías, *El constitucionalismo hispanoamericano pre-gaditano 1811-1812* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2013), 83 y ss.

⁶ La Declaración de derechos del pueblo, aprobada por el Congreso venezolano en 1811, reflejó esos principios, al afirmar que el fin de la sociedad es la felicidad común (artículo 1). Vid.: Irene Loreto, *Algunos aspectos de la historia constitucional venezolana* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010), 151 y ss.

⁷ Roscio fue un jurista venezolano y actor clave del proceso de independencia entre 1811 y 1821. Luego de la caída de la Primera República de 1811, Roscio es hecho prisionero y, durante su cautiverio, escribió su libro, publicado en Filadelfia en 1817. Aun cuando el principal objetivo del libro era demostrar la compatibilidad entre el pensamiento político de la independencia y la religión católica, el libro contiene una de las primeras interpretaciones doctrinales del constitucionalismo que comenzó a generarse a inicios del siglo XIX. Cfr.: Luis Ugalde, *El pensamiento teológico-político de Juan Germán Roscio* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2007), 37 y ss.

⁸ José Ignacio Hernández G., “El pensamiento constitucional de Juan Germán Roscio y Francisco Javier Yanes”, en *Documentos constitucionales de la Independencia* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012), 1 y ss.

⁹ Colombia, Constitución de la República de Tunja, 1811 (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015), <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcct6n1>.

¹⁰ Congreso Constituyente de Quito, *Constitución Quiteña de 1812* (Quito, 1812), <https://constitutionnet.org/sites/default/files/1812-quiten.pdf>.

Constitución política del Estado de Cartagena de Indias, de junio de 1812, estableció en su artículo 11 que “el Gobierno es instituido para el bien común, protección, seguridad y felicidad de los pueblos”¹¹. En Chile, el preámbulo de la Constitución Política del Estado de Chile de octubre de 1822 señala que “el fin de la sociedad es la felicidad común”¹².

En nuestra opinión, la coincidencia del lenguaje de este nuevo constitucionalismo en torno al bien común puede explicarse por dos razones: (i) la tradición humanista del Derecho Indiano, inspirado en el *ius commune*, y (ii) la especial influencia del constitucionalismo de Estados Unidos.

En efecto, la formación jurídica del Derecho Público en Hispanoamérica estuvo inspirado en el *ius commune*¹³ presente en el Derecho de Castilla, y que fundamentó la tradición humanista del Derecho Indiano, basado en la concepción según la cual los indígenas eran personas y, por ende, tenían dignidad¹⁴. La dignidad humana ha sido considerada como uno de los pilares del Derecho Público en Hispanoamérica¹⁵. De allí que, al seguir el nuevo pensamiento constitucional a partir del siglo XIX, la región adoptó la declaración de derechos inherentes a la persona humana radicados en su dignidad¹⁶. Muy en especial, como en Venezuela observó Juan Germán Roscio, los derechos inherentes a la persona debían interpretarse junto con los deberes dentro de la sociedad¹⁷. Esto refleja la concepción de la persona cuya dignidad se expresa a través de la comunidad política orientada al bien común. De allí que el Gobierno fue justificado en el bien común, pues conforme al

¹¹ Colombia, *Constitución política del Estado de Cartagena de Indias, 14 de junio de 1812* (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015), <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmczk7c2>.

¹² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Constitución Política del Estado de Chile (1822)* (1822), https://www.bcn.cl/Books/Constitucion_Politica_del_Estado_de_Chile_1822/index.html.

¹³ El *ius commune* es una construcción medioeval (siglos XII y XV), basada en la relación entre el Derecho positivo –*ius civile*– el Derecho Natural y el Derecho Canónico, que especialmente se extendió en Europa no solo como resultado de la expansión del Derecho Romano, sino también, del Derecho eclesiástico. Por todos, vid. Armando Torrent, *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del Derecho: Derecho Romano-Ius Commune-Derecho Europeo* (Madrid: Edisofer, 2017), 40-245.

¹⁴ Alfonso García-Gallo, “La ciencia jurídica en la formación del Derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII”, *Anuario de historia del derecho español*, N° 44 (1974): 157; Luigi Labruna, “Tra Europa e America Latina; principio giuridici, tradizione romanistica e ‘humanitas’ del Diritto”, *Revista Da Faculdade De Direito*, N° 99 (2004): 61.

¹⁵ Fernando Murillo Rubiera, *América y la dignidad del hombre* (Madrid: Colección MAPFRE, 1992), 269 y ss.

¹⁶ Alberto Filippi, “Introducción histórica”, en *Principios generales del Derecho Latinoamericano* (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009), 17.

¹⁷ Hernández G., “El pensamiento constitucional de Juan Germán Roscio”, ob. cit.

pensamiento de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, la comunidad política requiere de una autoridad orientada a proteger y garantizar la dignidad de la persona¹⁸.

Además, es preciso ponderar la influencia de la Revolución Americana y, en especial, sus textos constitucionales, incluyendo la Declaración de Virginia de 1776, cuya Sección Tercera dispuso que el Gobierno ha sido instituido para el beneficio común. En especial, la Constitución de Massachusetts de 1780, en su artículo 7, dispone que el Gobierno está instituido para el bien común, en una fórmula que, como vimos, fue adaptada literalmente décadas después, en algunos de los primeros textos constitucionales de la región¹⁹.

De esa manera, y, en resumen, el bien común como valor constitucional, en el primer constitucionalismo hispanoamericano enfatizó la centralidad de la dignidad humana, y la idea de que el Gobierno está al servicio de las personas, pero no entendidas en su sentido individual sino a través de la comunidad política. De allí que el Gobierno fue justificado para promover el bienestar de esa comunidad.

2. El bien común en la Convención Americana

Durante la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en 1948, fue suscrita la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (la Declaración), pocos meses antes que la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Con lo cual, la Declaración Americana no es solo un instrumento jurídico fundamental en la región, sino en el avance hacia la universalización de los Derechos Humanos²⁰.

En tal sentido, la Declaración logró captar los valores y principios compartidos en la región, no solo en relación con América Latina y el Caribe sino también respecto de Estados Unidos. En cierta forma, podría decirse que el constitucionalismo de Estados Unidos y de Hispanoamérica se reencuentran en la Declaración, como lo demuestra el

¹⁸ En su esencia, y conforme a los planteamientos de Aristóteles y Santo Tomás, el bien común considera que la dignidad, inherente a la persona, se alcanza a través de la comunidad política organizada para promover su florecimiento y bienestar. Por ello, la justificación y límite del Gobierno, es el bien común. El *ius commune* tomó estos planteamientos, para resaltar el rol del Derecho desde la dignidad humana y el florecimiento de la comunidad. Entre muchos otros, vid. Charles De Koninck, "On the primacy of the common good against the personalists and the principle of the new order", *The Aquinas Review Volume IV* (1997): 64 y ss.

¹⁹ Allan Brewer-Carías, "On the meaning and importance of the book: Interesting official documents relating to the United Provinces of Venezuela, published in London in 1812", en *Documentos Constitucionales de la Independencia de Venezuela 1811. Constitutional documents of the Independence of Venezuela 1811* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012), 59.

²⁰ Álvaro Paúl Díaz, "La génesis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Relevancia Actual de sus Trabajos Preparatorios", *Revisita de Derecho (Valparaíso)*, N° XLVII (2016): 361 y ss.

énfasis dado en la idea del bien común, y en especial, en el reconocimiento no solo de derechos sino también de deberes de las personas dentro de la comunidad, todo ello, partiendo de la centralidad de la dignidad humana²¹.

Así lo reconoce el preámbulo de la Declaración, al recordar que las instituciones políticas –partiendo de la Constitución– tienen por objetivo crear condiciones que permitan a la persona progresar desde la comunidad²². Por ello, los derechos derivados de la libertad no se interpretan desde una posición individualista, sino desde su rol a través de la comunidad. Con ello –y como el primer constitucionalismo hispanoamericano lo reconoció– se quiso enfatizar que la libertad general no puede atentar en contra del bien común, pero al mismo tiempo, el bien común no puede desnaturalizar la esencia de la persona, cuál es su dignidad. De allí que, en suma, la Declaración recoge la tradición humanista del *ius commune*²³.

Otra de las principales manifestaciones del bien común es que la Declaración, como también lo amplía la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA), reconoce que la dignidad humana requiere no solo de derechos de libertad sino también, de las condiciones materiales que faciliten el acceso equitativo a bienes y servicios que garantizan una existencia digna, en el marco del desarrollo integral al cual alude el artículo 30 de la Carta. Por ello, el artículo XXVIII de la Declaración dispone que los derechos de la persona deben

²¹ Héctor Gross Espiell, “La Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano”, en *Derechos humanos y vida internacional* (México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995), 13 y ss.

²² Dispone el preámbulo que los “pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”.

²³ Por ello, en el preámbulo de la Declaración se reconoce que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”. Aquí se realza, de nuevo, el concepto de bien común a través del concepto de fraternidad que entraña con el pensamiento aristoteliano, y que realza que la dignidad humana se alcanza en una comunidad fraterna. Por ello –continúa el preámbulo– los “derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”. Véase lo que explicamos en José Ignacio Hernández G., “El Derecho Administrativo Interamericano, la dignidad humana y el bien común”, ob. cit., 165 y ss.

interpretarse en el marco de “las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”²⁴.

La Declaración es, de esa manera, la piedra fundacional del *corpus iuris interamericano* al resumir valores compartidos en el continente que parten de la centralidad de la persona y su dignidad, la cual solo puede realizarse plenamente a través de la comunidad y las instituciones políticas, tal y como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) concluyó en la Opinión Consultiva OC-10/89, de 4 de julio de 1989²⁵.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención) responde, también, a la centralidad de la dignidad humana al considerar que de ésta derivan derechos que solo pueden alcanzarse plenamente a través de la comunidad organizada de acuerdo con los valores democráticos. Así, de conformidad con su artículo 32.2, “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”. De acuerdo con la Corte IDH²⁶:

Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.

Es por ello que los derechos prestacionales reconocidos en el ámbito interamericano son una expresión de la dignidad humana. Así, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), tienen su fundamento último en el bien común, en tanto la dignidad de la persona en la comunidad no puede realizarse a plenitud sin el acce-

²⁴ Organización de los Estados Americanos, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948), <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>.

²⁵ En la cual se afirma que “puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”. Vid.: Buerenthal, Thomas, et al., *La Protección de los derechos humanos en las Américas* (Madrid: Editorial Civitas, 1990), 60 y ss.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 5, párr. 66; véase igualmente la Opinión Consultiva OC-28/21 (sobre la figura de la reelección presidencial), 7 de junio, párr. 125.

so a bienes y servicios que satisfacen necesidades humanas esenciales²⁷.

3. El constitucionalismo del bien común en Hispanoamérica y su comparación con Estados Unidos

En Hispanoamérica, la expresión bien común aparece en diversas Constituciones, y en contextos distintos. Así, el bien común es reconocido, en algunos casos, como uno de los valores centrales de la Constitución asociados a la centralidad de la persona humana. El artículo 1 de la Constitución de El Salvador reconoce a la persona “como el origen y fin del Estado”²⁸, el cual está organizado para la consecución de varios fines, entre ellos, el bien común, tal y como también lo reconoce la Constitución de Nicaragua, en su artículo 4. En similar sentido, este valor es mencionado en el preámbulo, al enunciar los fines superiores a los cuales se orienta la Constitución, como sucede en Honduras y Venezuela. En otros casos el bien común es uno de los parámetros que permite ponderar limitaciones a los derechos, como es el caso de la propiedad, en el artículo 70 de la Constitución del Perú, o en el artículo 333 de la Constitución de Colombia, respecto de la Constitución Económica. En Ecuador, este valor justifica los deberes de las personas en la sociedad (numeral 7, artículo 83).

En el Derecho Constitucional de Argentina, el bien común ha sido considerado como un valor que permite orientar la interpretación de la Constitución. De esa manera, la interpretación constitucional no puede basarse, solo, en el método textualista, esto es, en la lectura rígida de la Constitución a partir de su texto expreso. Pues junto a las reglas escritas y los principios, los valores constitucionales facilitan una interpretación dinámica que, sin embargo, evita los excesos que pueden derivar en mutaciones constitucionales ilegítimas²⁹.

En efecto, la solución frente al método de interpretación literal no puede ser la interpretación maleable de la Constitución de acuerdo con las preferencias del intérprete, y en concreto, de la justicia constitucional. Tal método abre las puertas para interpretaciones que se aparten no solo de los valores y principios constitucionales, sino incluso

²⁷ Miguel Carbonell y Eduardo Mac-Gregor, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa* (México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, 2014), 55 y ss.

²⁸ Asamblea Legislativa de El Salvador, *Constitución de la República de El Salvador (1983)*, <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/202508/19830038%20CONSTITUCION%20DE%20LA%20REPUBLICA.pdf>.

²⁹ Néstor Sagüés, *La interpretación judicial en la Constitución* (Buenos Aires: De Palma, 1998), 129 y ss.; véase también Néstor Sagüés, *La Constitución bajo tensión* (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 343-350.

del propio texto de sus reglas. De allí que la interpretación flexible de la Constitución para solucionar las lagunas que dejan sus reglas y principios debe responder a los valores constitucionales. En Argentina, esto ha llevado a Santiago a concluir que el bien común es el techo moral de la Constitución³⁰.

El bien común es un valor constitucional que, al justificar la existencia del Gobierno, otorga elementos que facilitan la interpretación constitucional. En tanto valor teleológico, el bien común permite al intérprete de la Constitución construir una solución que parta de la centralidad de la dignidad humana, entendida no en el sentido individualista de la libertad, sino en función al desarrollo de la comunidad a través de la cual la persona se realiza.

Así, el bien común permite distinguir las mutaciones constitucionales legítimas de las ilegítimas, en concreto, aquellas que desnaturalizan a la persona, al desplazar el rol de su dignidad humana. Esto hace del valor del bien común una herramienta práctica de primer orden para prevenir lo que se ha llamado el constitucionalismo abusivo, o sea, el uso de formas constitucionales para fines contrarios a los valores constitucionales y en concreto, a la dignidad humana³¹.

Ahora bien, durante el siglo XX, el Derecho Constitucional en Hispanoamérica y en Estados Unidos tomó rumbos distintos. En efecto, en Hispanoamérica, la Constitución fue modificada para dar cabida al constitucionalismo social y al reconocimiento de mandatos de transformación, que, con el tiempo, fueron haciéndose cada vez más ambiciosos, en el marco de la democracia constitucional. Esto reforzó la necesidad de adoptar métodos flexibles de interpretación para asegurar la apertura de la Constitución. Esta flexibilidad, sin embargo, debe enmarcarse en el techo ideológico de la Constitución, en función a sus principios y valores y, entre ellos, el bien común. La Constitución de Estados Unidos, en contraste, no fue nunca modificada en este sentido, todo lo cual llevó a centrar la atención en la interpretación de la Constitución por la Corte Suprema, lo que hasta ahora ha pivotado en torno a dos métodos en cierto modo antagónicos de interpretación: el originalismo y la interpretación progresista del constitucionalismo viviente. Ninguno de esos métodos, sin embargo, parte de la existencia de principios y valores fundamentales.

³⁰ Alfonso Santiago, *Bien común y derecho constitucional* (Buenos Aires: Editorial Ábalo de Rodolfo Depalma, 2002), 125-150.

³¹ David Landau, "Abusive Constitutionalism", *U.C. Davis Law Review*, N° 47 (1) (2013): 189 y ss.; recientemente, puede verse a Pierre-Alain Collot, "Propos introductifs. Constitutionnalisme abusif et régimes hybrides", en *Le constitutionnalisme abusif en Europe*, editado por Pierre-Alain Collot (París: Mare & Martin, 2022), 23 y ss.

De esa manera, la Constitución Económica, en Estados Unidos, fue inicialmente interpretada desde la primacía de los derechos económicos individuales, en lo que se conoce como la era *Lochner*. Esta interpretación cambió cuando la Corte tuvo que enfrentarse a las políticas de bienestar desplegadas en el marco del *New Deal*, y que se reflejaron en Leyes que empoderaban a la Administración de amplios cometidos socioeconómicos. Finalmente, la Corte toleró esta ampliación, a partir de una interpretación restrictiva del principio de no delegación, el cual delimita el ámbito de funciones del Poder Legislativo y Ejecutivo³².

Esto dio paso a una interpretación progresista de la Constitución, o constitucionalismo vivo, que derivó en la expansión de derechos individuales, en muchos casos, basados en una interpretación sustantiva de la cláusula del debido proceso³³. Frente a esta interpretación progresiva, se propuso como alternativa el originalismo, que predica que la Constitución debe ser interpretada de manera textual, y en caso de duda, solo puede tenerse en cuenta su intención original³⁴. Bajo esta interpretación, el moderno Estado Administrativo surgido para cumplir con mandatos de transformación, difícilmente podría encuadrarse en el sentido original de la Constitución³⁵.

Adrian Vermeule ha propuesto una tercera técnica de interpretación constitucional, llamada constitucionalismo del bien común³⁶. Para Vermeule, el Derecho de Estados Unidos está informado por la tradición legal clásica que define a la Ley en función al bien común. Por ello, la Constitución debe ser interpretada en función al valor del bien común, lo que permite su adaptación a circunstancias cambiantes, pero sin los riesgos derivados del constitucionalismo viviente, y que podría degenerar en activismo judicial. El constitucionalismo del bien común, bajo esta visión, daría cabida a los principios de solidaridad y subsidiariedad, que permiten enmarcar al moderno Estado administrativo en el valor del bien común.

La propuesta del constitucionalismo del bien común ha generado un debate, en especial, por quienes apoyan la interpretación originalis-

³² Howard Gillman, *The Constitution Besieged. The rise and Demise of Lochner Era. Police Powers Jurisprudence* (Durham: Duke University Press, 1993), 45 y ss.

³³ Entre otros, vid. David Strauss, *The living constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 33 y ss.; David A. Strauss, "Common Law Constitutional Interpretation", *University of Chicago Law Review*, N° 63 (1997): 877 y ss.

³⁴ Por todos, vid. Antonin Scalia, "Common-Law Courts in a Civil-Law System: The role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws", en *A matter of interpretation* (New Jersey: Princeton University Press, 1997), 3 y ss.

³⁵ Gary S. Lawson, "The Rise and Rise of the Administrative State", *Harvard Law Review*, N° 107 (1994): 1231 y ss.; y Philip Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful?* (Chicago: University of Chicago Press, 2014), 377 y ss.

³⁶ Adrian Vermeule, *Common good constitutionalism* (Medford: Polity, 2022), 1-25.

ta de la Constitución³⁷. Este debate, todavía en evolución, coloca en evidencia las tensiones constitucionales que se generan en Estados Unidos, frente a la Constitución codificada basada en los moldes del Estado Liberal y la realidad del Estado administrativo basado en políticas de bienestar. De allí que una expresión concreta de esta interpretación es la propuesta de justificar y limitar al moderno Estado administrativo, con base en lo que se denominan principios de moralidad interna, esto es, preceptos generales que justifican la acción administrativa previniendo su arbitrariedad³⁸. Estos principios son, en realidad, principios generales del Derecho Administrativo, tal y como se les conoce en Hispanoamérica, especialmente relacionados con los estándares de la buena administración y el bien común, como veremos de seguidas³⁹.

II. El Derecho Administrativo del bien común y la centralidad de la dignidad humana

El bien común, como valor constitucional, se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, incluyendo el Derecho Privado. Pero en el ámbito del Derecho Administrativo, este valor encuentra su máxima expresión, en tanto solo a la Administración Pública corresponde la interacción con las personas para expandir sus capacidades y permitir la plena realización de su dignidad.

Por lo anterior, una de las principales implicaciones del valor constitucional del bien común lo encontramos en el Derecho Administrativo, que es en suma Derecho Constitucional implementado. Como ha señalado Juan Carlos Cassagne, el fundamento del Derecho Administrativo es el bien común, todo lo cual coloca en el centro de la actividad administrativa a la persona⁴⁰. De allí la creciente importancia que han tenido los principios generales y, más recientemente, los estándares de la buena administración que, desde el bien común, realzan la calidad de la Administración Pública⁴¹. Esto último es especialmente importante si recordamos que la implementación de los mandatos de transfor-

³⁷ William Baude y Stephen Sachs, "The Common-Good Manifesto", *Harvard Law Review*, Vol. CXXXVI (2023): 32.

³⁸ Cass Sunstein y Adrian Vermeule, *Law & Leviathan. Redeeming the administrative state* (Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2022), 144.

³⁹ José Ignacio Hernández G., "La moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos: una visión comparada desde los principios generales del derecho administrativo en América Latina", *Revista de Administración Pública*, N° 215 (2021): 289.

⁴⁰ Juan Carlos Cassagne, "Reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal", *El Derecho*, N° 15191 (2021): 1.

⁴¹ Martín Galli Basualdo, "A propósito de la buena administración y el objetivo global del desarrollo sostenible", *Dignitas. Derecho humano a la buena administración pública*, N° 41 (2021): 47 y ss.

mación derivados de derechos prestacionales pasa, necesariamente, por la Administración Pública, de lo cual se concluye que la calidad de ésta incide en la calidad de las políticas orientadas a promover el desarrollo humano integral. Bajo la interpretación constitucional del bien común, la Administración cumple con los mandatos de transformación del Estado social desde la centralidad de la persona⁴².

1. El bien común como valor en el Derecho administrativo: Contraste entre Hispanoamérica y Estados Unidos

La doctrina en Hispanoamérica ha prestado atención a la relación entre bien común y Derecho Administrativo. En tal sentido, para Juan Carlos Cassagne, el bien común, de acuerdo con su formulación en Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, justifica la existencia del poder administrativo⁴³. Pedro Jorge Coviello ha abordado la relación entre el Derecho Administrativo y el bien común desde el Derecho natural⁴⁴. Carlos Delpiazzo ha observado que el bien común realza la centralidad de la dignidad humana frente a la Administración⁴⁵. Asimismo, Augusto Durán Martínez ha señalado que el bien común vincula a la Administración con la comunidad y por ello, con el principio de subsidiariedad, lo que realza el rol de la Administración pública de garantizar el acceso a los bienes y servicios asociados a los DESCA, a través del Estado subsidiario⁴⁶. Esto se opone a una visión estatista –el bien común no es el bien del Estado, ni menos el de sus funcionarios– y realza la centralidad de la persona humana y su dignidad, para su plena realización a través de la comunidad⁴⁷.

⁴² Alfonso Santiago, "El concepto del bien común en el sistema constitucional argentino. El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución", *Colección*, N° 7 (12) (2001): 239 y ss. quien señala que "la persona es inseparable de la sociedad humana en la que vive y se desarrolla" (261), de lo cual resulta que la persona se realiza en la comunidad por medio del principio de solidaridad. Es por ello que el bien común se opone a dos extremos: el individualismo y el totalitarismo.

⁴³ Cassagne, "Reflexiones sobre el bien común", ob. cit.

⁴⁴ Pedro J. J. Coviello, "Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira* (Buenos Aires: Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2009), 22 y ss.

⁴⁵ Carlos Delpiazzo, "Bien común, sociedad y Estado", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, N° 11 (2012): 83 y ss.

⁴⁶ Augusto Durán Martínez, "El Derecho Administrativo al servicio de la casa común", en *El Derecho Administrativo al servicio de la casa común* (Montevideo: Ediciones Información Jurídica, 2017), 42 y ss.

⁴⁷ Augusto Durán Martínez, *Estudios de Derecho Público*, vol. III (Montevideo, 2008), 266 y ss., de acuerdo con lo señalado por Carlos Delpiazzo, "Estado de Derecho y bien común", en *El Derecho Administrativo al servicio de la casa común* (Montevideo: Ediciones Información Jurídica, 2017), 340 y ss. Véase también, de Augusto Durán Martínez, "El derecho administrativo entre legalidad y derechos funda-

De estas consideraciones emergen algunas conclusiones sobre el concepto y rol del bien común en el Derecho Administrativo que conviene resumir.

Así, en primer lugar, el elemento nuclear del concepto de bien común es el de comunidad política, que surge como resultado natural de la convivencia social basada en la fraternidad⁴⁸. De ello se desprende una segunda conclusión, que es el concepto de persona, distinto como tal al concepto de individuo⁴⁹. Así, lo que caracteriza a la persona es, precisamente, que su plena realización requiere de relaciones sociales basadas en la fraternidad, lo que expresa los fundamentos *ius naturalistas* de la comunidad política.

De esa manera, y, en tercer lugar, la existencia de comunidad política precisa de una autoridad que atienda a los costos de coordinación de la acción colectiva. Por ello, y, en cuarto lugar, la autoridad se justifica para facilitar la eficiencia de la acción colectiva y, con ello, el bienestar de la comunidad, preservando la naturaleza humana de la persona, que reside en su dignidad. Con lo cual, y, en quinto lugar, la autoridad debe estar centrada en la dignidad humana⁵⁰.

La sexta conclusión, que resume todas las conclusiones anteriores, es que la autoridad se justifica en el bienestar de la comunidad, que es el bien común. Esto es importante pues el concepto de bien común descansa en un criterio cuantitativo y no cualitativo. El bien común no es la sumatoria de los intereses individuales –como suele valorarse en el concepto de interés general– ni tampoco se define en oposición al interés individual. En realidad, no hay contradicción alguna entre el bien común y la persona, en tanto el bienestar de la comunidad se logra mediante la plena realización de la dignidad⁵¹.

mentales", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, N° 12, Vol. 6 (2007): 134 y ss.

⁴⁸ John Finnis, *Natural Law & Natural Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 134 y ss.

⁴⁹ Jacques Maritain, *The person and the common good* (Indiana: University of Notre Dame Press, 2012), 47 y ss., así como *Christianity and Democracy-The rights of man and the natural law* (San Francisco: Ignatius Press, 2011), 100 y ss.

⁵⁰ La dignidad humana es fundamento de los derechos humanos, y es también un derecho humano en sí. Desde una perspectiva ontológica, la dignidad humana puede ser definida como la capacidad del ser humano a alcanzar su plena realización, material y espiritual, entendiendo que la persona es un fin en sí mismo, y no solo un medio. Vid. Héctor Gross Espiell, "La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 4 (2003): 193 y ss.

⁵¹ Sobre este aspecto, son de utilidad las reflexiones recientes de Vermeule, *Common good constitutionalism*, ob. cit. Véase también, de Conor Casey y Adrian Vermeule, "Myths of common good constitutionalism", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 45 (2022): 104 y ss. Cómo explicamos, la introducción del concepto de bien común en el Derecho Constitucional de Estados Unidos ha ocasio-

La séptima conclusión es que la relación entre la comunidad y la autoridad se basa en los principios de subsidiariedad y solidaridad. Por un lado, la autoridad no puede adoptar tareas que la comunidad, libre y organizada, puede asumir. De otro lado, la actuación de la comunidad debe orientarse a promover la plena realización de todas las personas de manera solidaria.

Frente al Derecho Administrativo, estas conclusiones realzan el concepto vicarial de la Administración, orientada al servicio efectivo de los ciudadanos mediante los estándares de la buena administración⁵². Así, lo que define a la Administración no son sus privilegios y prerrogativas, sino la procura del bien común guiado por la centralidad de la dignidad humana. Bajo la visión del bien común, la Administración es el instrumento del cual se vale el Estado para servir a los ciudadanos de manera objetiva⁵³. Nótese que, en el Estado, este rol es privativo de la Administración, lo que permite comprender por qué la promoción del bien común es particularmente relevante en el Derecho Administrativo⁵⁴.

No es inherente al concepto del Derecho Administrativo del bien común el modelo bajo el cual se organiza ese Derecho. Las rígidas diferencias entre las familias del *civil law* y del *common law* aparecen hoy matizadas, de lo cual resulta que la perspectiva del bien común es aplicable más allá de las diferencias sobre cómo se organiza el Derecho Administrativo. Ciertamente, los modelos basados en el *civil law* e inspirados en el régimen francés, son más propensos a ser estudiados desde la perspectiva del bien común, en tanto esta perspectiva encuadra con conceptos asociados a los privilegios y prerrogativas de la Administración. Pero lo cierto es que las exigencias del moderno Estado Administrativo también facilitan el estudio del Derecho Administrativo en países del *common law* bajo el bien común⁵⁵.

Sin embargo, en Estados Unidos, el modelo del *common law* ha evolucionado hacia un modelo basado en la centralidad de la Ley, en

nado cierta polémica, por la poca tradición *ius naturalista* del Derecho Público en ese país, en especial, en el último medio siglo.

⁵² Augusto Durán Martínez, "La buena administración", *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 1 (2010): 109 y ss., Véase igualmente, en relación con los estándares de la buena administración y el bien común, a Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, "El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas", *Revista de Derecho Público*, N° 113 (2008): 31 y ss.

⁵³ Durán Martínez, "El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales", ob. cit.

⁵⁴ Sobre el concepto vicarial de Administración, véase lo expuesto en nuestro libro José Ignacio Hernández G., *Introducción al concepto constitucional de Administración Pública en Venezuela* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), 45 y ss.

⁵⁵ Desde Estados Unidos, vid. Vermeule, *Common good constitutionalism*, ob. cit.

especial, respecto de las Leyes que crean a las agencias reguladoras, las cuales constituyen el centro del modelo. Como resultado de lo anterior, la Administración, como organización del Poder Ejecutivo, carece de mayor relevancia para el Derecho Administrativo, que se ha orientado en torno a la exégesis de las Leyes administrativas. A lo anterior se le agrega que la Constitución, más allá de reglas de organización muy básicas, no sienta las bases fundamentales de la Administración⁵⁶. La interpretación originalista de la Constitución ha reforzado el método exegético, en la medida en que cuestiona toda interpretación que se aparte de las exigüas reglas constitucionales que rigen al Poder Ejecutivo. Esto refuerza el rol de las cortes a cargo del control judicial en la interpretación literal de las Leyes administrativas, a los fines de determinar su violación, de acuerdo con los estándares de revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo. De lo anterior deriva un modelo de Derecho Administrativo que pivota en el legiscentrismo, en el cual no tienen mayor cabida valores y principios generales.

Los métodos de interpretación no originalistas no se basan en el reconocimiento de un sistema racional de principios y valores, sino en la necesidad democrática de postular la interpretación progresista que expanda los ámbitos de la libertad individual, en especial, en relaciones sociales y económicas⁵⁷. Estos métodos favorecen la ampliación del Estado administrativo, pero no permiten hilvanar un método que limite la interpretación judicial, restringiendo la posibilidad de introducir mutaciones constitucionales ilegítimas.

En ninguno de los métodos de interpretación constitucional y, en concreto, en el método originalista que, al menos en lo formal, parece ser defendido por la mayoría de los magistrados de la actual Corte Suprema, el bien común cumple ningún rol, pues no se reconoce la existencia de principios y valores que fundamentan al ordenamiento jurídico. Esto explica, como veremos en la siguiente sección, las recientes interpretaciones de la Corte Suprema orientadas a restringir el ámbito de actuación de las agencias, pues ese ámbito difícilmente puede sostenerse en la interpretación literal de la Constitución de acuerdo con su sentido original.

La propuesta de Adrian Vermeule, como hemos explicado, se orienta al reconocimiento del bien común como valor constitucional, lo que supone superar el método exegético y, más importante, abandonar la centralidad de la interpretación literal⁵⁸. En realidad, el principal aporte de esta propuesta no es el bien común, sino la superación de la

⁵⁶ Bernard Schwartz, *Administrative Law* (Boston: Little, Brown and Company, 1984), 2-3.

⁵⁷ Stephen Breyer, *Reading the Constitution. Why I chose pragmatism, not textualism* (Nueva York: Simon & Schuster, 2024), 161-165.

⁵⁸ Vermeule, *Common good constitutionalism*, ob. cit., pp. 134 y ss.

exegética, o lo que es igual, la evolución del *lex* al *ius*. Esto quiere decir que la interpretación constitucional debe evolucionar del método literal de interpretación de las reglas, a la interpretación concordada de todo el ordenamiento jurídico, con principios y valores, incluyendo el bien común, el cual serviría de techo ideológico. Este valor no justifica la ampliación del control político del Estado sobre las personas ni, mucho menos desviaciones autoritarias. Por el contrario, como Vermeule aclara, este valor impone el principio de subsidiariedad, que precisamente, protege a la dignidad humana frente a desviaciones autoritarias.

Frente al Derecho Administrativo, el constitucionalismo del bien común amplía sus bases constitucionales, en tanto las agencias no son concebidas como organizaciones dependientes de la delegación de funciones por el Congreso, sino como organizaciones que cumplen mandatos constitucionales para el servicio de las personas. Por lo tanto, frente al Derecho Administrativo, esta propuesta también contribuye al abandono del método exegético y al reconocimiento de principios generales, como veremos de inmediato.

2. El rol del bien común en el Derecho administrativo, la dignidad humana y los estándares de la buena administración. Comparación con el Derecho administrativo de Estados Unidos

La Declaración recoge la tradición del Derecho natural en América, a través de la concepción de derechos inherentes a la persona humana⁵⁹. En todo caso, como se resalta en su considerando, estos derechos inherentes a la persona humana no se asumen desde una posición individualista⁶⁰:

Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.

Como se observa, la dignidad humana no se define desde la libertad absoluta individual, sino desde el progreso espiritual y material, lo que entraña con el concepto del bien común, y más en concreto, con la idea de la búsqueda de la felicidad de Locke, reflejada entre otros

⁵⁹ Murillo Rubiera, *América...*, ob. cit.

⁶⁰ Héctor Gross Espiell, "La Declaración Americana: raíces conceptuales y políticas en la historia, la filosofía y el derecho americano", en *Derechos humanos y vida internacional* (México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1995), 13 y ss. Tal y como afirma, comentando la Declaración, "la justificación del Estado resulta de su aptitud para defender y proteger los derechos humanos mediante el establecimiento de un orden público fundado en el bien común".

instrumentos en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1775. Con estas bases, la Declaración reconoce que el fundamento de los Derechos Humanos es el Derecho natural: “Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”⁶¹.

Por ello, en el preámbulo de la Declaración se reconoce que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”. Aquí se realza, de nuevo, el concepto de bien común a través del concepto de fraternidad que entronca con el pensamiento aristoteliano, y que realza que la dignidad humana se alcanza en una comunidad fraterna. Por ello –continúa el preámbulo– los “derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”.

La Declaración, como hemos explicado, ha sido ratificada por los países hispanoamericanos y por Estados Unidos, aun cuando solo los primeros reconocen su carácter vinculante. Pero incluso asumiendo su rol como guía interpretativa en el Derecho Constitucional de Estados Unidos, la Declaración debería llevar a justificar al ordenamiento jurídico, no en la Ley como acto formal del Congreso, sino en los principios y valores arraigados en la dignidad humana. Precisamente, el constitucionalismo del bien común, según la propuesta de Vermeule⁶², tal y como explicamos en la primera parte, considera que la interpretación constitucional debe considerar, además del texto constitucional, a los valores y principios que derivan del bloque constitucional, y que incluso pueden estar reconocidos implícitamente. Esta propuesta, en Hispanoamérica, ha llevado a considerar al bien común como el techo ideológico de la Constitución, como ya vimos. Esto quiere decir que la interpretación constitucional debe orientarse hacia la promoción del bien común, promoviendo el florecimiento de la comunidad política desde la centralidad de la dignidad humana. Esta es, precisamente, la interpretación constitucional que se desprende de la Declaración.

La constitucionalización del Derecho Administrativo, o lo que es igual, la concepción del Derecho Administrativo como el Derecho Constitucional implementado⁶³, coloca al bien común en el centro. De

⁶¹ Entre otros, vid. Díaz, “La génesis de la Declaración americana...”, ob. cit., 361 y ss.

⁶² Vermeule, “Enriching Legal Theory”, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 46, N° 3 (2023): 1307 y ss.

⁶³ En general, vid. Alberto Montaña Plata, “El Estado de Derecho y la idea constitucional de un Derecho administrativo”, en *La constitucionalización del Derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia), 63 y ss.

lo anterior resulta un Derecho Administrativo que no está centrado en el poder sino en el servicio a las personas, y de nuevo, en su dignidad⁶⁴. Es la persona, como ser racional e integrado a la comunidad, quien debe tener capacidad efectiva para definir su plan de vida, orientado a su plena realización. Ello no significa que la acción humana individual sea ilimitada, pues como recuerda el citado artículo 32 de la Convención, esa acción es legítima en tanto se oriente al bien común. De otro lado, tampoco esa acción puede justificarse para atentar contra la dignidad, debiendo recordar que la persona es un fin en sí mismo. Asimismo, y ante las condiciones de desigualdad imperantes –que son crónicas en Hispanoamérica y el Caribe– corresponde a las Administraciones remover los obstáculos que impiden el acceso equitativo a bienes y servicios esenciales, a través de la actividad administrativa llamada a transformar las condiciones socioeconómicas de desigualdad, pero siempre con el propósito último de expandir las capacidades de la persona para que, con sus propios medios, y de acuerdo con el principio de subsidiariedad, pueda orientarse a promover su plena realización. La centralidad de la persona, bajo estos postulados del ordenamiento jurídico interamericano, permite entonces hablar de “personalismo solidario”⁶⁵.

Los estándares de la buena administración descansan en principios generales del Derecho Administrativo conocidos, como la proporcionalidad, la eficiencia, la eficacia, la participación ciudadana y la motivación. Lo novedoso no son tales principios, sino su incardinación en un sistema racional de reglas, principios y valores orientados a la promoción de la dignidad humana⁶⁶. Los principios generales de la buena administración realzan el rol fiduciario de la Administración como organización al servicio de las personas. La actividad administrativa se justifica, bajo esta visión, en la expansión de las capacidades de la persona para la plena realización de su dignidad, a través de instituciones políticas incardinadas al bien común⁶⁷. Esta perspectiva realza el rol de

⁶⁴ Jaime Rodríguez-Arana, *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración* (Madrid: Reus, 2012).

⁶⁵ Alfonso Santiago, “El concepto del bien común en el sistema constitucional argentino. El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución”, *Colección 7, N° 12 (2001): 239 y ss.* quien señala que “la persona es inseparable de la sociedad humana en la que vive y se desarrolla” (261), de lo cual resulta que la persona se realiza en la comunidad por medio del principio de solidaridad. Es por ello que el bien común se opone a dos extremos: el individualismo y el totalitarismo (Charles De Koninck, “On the primacy of the common good against the personalists and the principle of the new order”, *The Aquinas Review IV (1997): 64 y ss.*).

⁶⁶ José Luis Meilán Gil, “El paradigma de la buena administración”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, N° 17 (2013): 233 y ss.*

⁶⁷ En general, vid. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y José Ignacio Hernández G., *Estudios sobre la buena administración en Iberoamérica* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2017).

los principios generales del Derecho Administrativo, que han sido sistematizados en las Leyes de procedimiento, tal y como ha estudiado Allan R. Brewer-Carías⁶⁸. Por ello, como recientemente ha observado Juan Carlos Cassagne, la dogmática constitucional y administrativa es principalista, esto es, descansa en los principios generales como fuente de legitimación y cohesión del ordenamiento jurídico⁶⁹.

El Derecho Administrativo del bien común es, entonces, un Derecho principalista, en el cual los principios generales cumplen un doble rol: prevenir la arbitrariedad de la Administración y emplazar a la Administración a actuar para garantizar la plena realización de la dignidad humana. Estos principios han sido incluso justificados en el Derecho natural⁷⁰, lo que implica que ellos pueden ser determinados (*determinatio*) en la interpretación holística del ordenamiento jurídico, en especial, por el juez contencioso administrativo, como por lo demás sucedió en Francia con la labor creadora del Consejo de Estado⁷¹.

En Estados Unidos, esta visión contrasta con el método exegético y la centralidad de la Ley, incluyendo la Ley de Procedimiento Administrativo. Para superar este método, Vermeule y Sunstein han propuesto sistematizar principios generales orientados a brindar coherencia al ordenamiento jurídico administrativo, de acuerdo con su interpretación por la jurisprudencia. Esta propuesta se presenta como una alternativa a las dos visiones en torno al moderno Estado administrativo, a saber, la interpretación originalista que cuestiona las bases de ese Estado, y el constitucionalismo viviente, que expande al Estado administrativo al margen de un orden racional⁷². Recientemente, las críticas hacia la expansión del Estado administrativo han aumentado, en especial, ante la proliferación de Leyes que atribuyen potestades a las agencias con base en normas indeterminadas, todo lo cual ha implicado reducir la densidad normativa de la Ley. En el centro de este debate estaba la llamada doctrina *Chevron*, de acuerdo con la cual las cortes deben considerar válida la interpretación de conceptos jurídicos inde-

⁶⁸ Allan Brewer-Carías, *Principios del procedimiento administrativo en América Latina* (Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2020), 35 y ss.

⁶⁹ Juan Carlos Cassagne, *Una visión principalista sobre la dogmática constitucional y administrativa* (Sevilla: Global Law Press, 2024), 14 y ss.

⁷⁰ Jorge Covielo, “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo argentino”, *Documentación Administrativa*, N° 267-268 (2004): 93 y ss.

⁷¹ Jean Rivero, “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo contemporáneo francés”, *Revista de Administración Pública*, N° 6 (1951): 289 y ss. Como afirma Rivero, “pocas construcciones jurídicas en el Derecho positivo contemporáneo presentan afinidad tan clara con la concepción clásica del occidente cristiano, como la teoría de los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Consejo del Estado” (300).

⁷² Sunstein y Vermeule, *Law & Leviathan*, ob. cit.

terminados, en la medida en que esa interpretación sea racional⁷³. Este margen de deferencia es, en realidad, una consecuencia del positivismo jurídico: si el centro de la interpretación es la Ley, entonces, el juez no puede ejercer un control pleno respecto de conceptos jurídicos indeterminados.

Los principios de la moralidad interna se orientan, precisamente, a suplir las lagunas derivadas de esta indeterminación, mediante la sistematización de principios generales que realzan la calidad del control judicial y, al mismo tiempo, preservan la discrecionalidad que la Administración requiere para servir a las personas. Es por lo anterior que hemos observado que los principios de la moralidad interna cumplen el mismo rol de los principios generales del Derecho Administrativo⁷⁴. De hecho, como Jerry Mashaw ha observado, los estándares de la buena administración no son ajenos a los principios recogidos en la Ley de Procedimiento Administrativo, como es el caso del principio de motivación⁷⁵.

El constitucionalismo del bien común propuesto por Vermeule entraña, entonces, con el principalismo del Derecho Administrativo y el rol central de los principios generales del Derecho Administrativo en el control judicial de la discrecionalidad. Este último aspecto fue tangencialmente tratado por la Corte Suprema en el caso *Loper Bright*, decidido en 2024, y que revocó el precedente *Chevron*⁷⁶. En ese caso, la Corte Suprema negó el margen de deferencia judicial en la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, pero sí avaló tal margen en el control judicial de la discrecionalidad de acuerdo con los estándares de revisión recogidos en la Ley de Procedimiento Administrativo y, entre ellos, la interdicción de la arbitrariedad. Esta interpretación podría dar paso al reconocimiento de principios generales que, orientados al valor del bien común, justifiquen la necesaria flexibilidad que la Administración requiere para el cumplimiento de sus tareas, pero siempre actuando con sometimiento pleno a todo el ordenamiento jurídico, y no solo a la Ley.

⁷³ Thomas Merrill, *The Chevron doctrine. Its rise and fall, and the future of administrative law* (Cambridge: Harvard University Press, 2022), 55 y ss.

⁷⁴ José Ignacio Hernández G., "La moralidad del derecho administrativo en Estados Unidos: una visión comparada desde los principios generales del derecho administrativo en América Latina", *Revista de Administración Pública*, N° 215 (2021): 289 y ss.

⁷⁵ Jerry Mashaw, "La Administración motivada: la Unión Europea, los Estados Unidos y el proyecto de Gobernanza democrática", en *Estudios sobre la Buena Administración en Iberoamérica* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2017), 48 y ss.

⁷⁶ José Ignacio Hernández G., "El caso *Loper Bright* y el problema de interpretación constitucional del moderno estado administrativo en los Estados Unidos de América", *Revista General de Derecho Constitucional*, N° 42 (2025): 244 y ss.

En resumen, el constitucionalismo del bien común podría permitir la evolución del Derecho Administrativo de Estados Unidos en un sentido similar al diseño hispanoamericano, en el cual la Administración no solo actúa con sometimiento pleno a la Ley sino a todo el ordenamiento jurídico, esto es, la evolución del *lex al ius*. Este cambio permitiría resolver el problema que, hasta ahora, la exegética legal no ha resuelto, cual es asegurar el control judicial de las agencias cuando su actividad no está exhaustivamente reglada en la Ley.

Conclusiones

El constitucionalismo de Estados Unidos influenció a la revolución de independencia en Hispanoamérica, y a los primeros textos constitucionales. Esta influencia está presente en el precepto según el cual el Gobierno se constituye para el bien común, tomado de la Constitución de Massachusetts de 1780. Entre fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, podían identificarse raíces jurídicas compartidas entre Estados Unidos e Hispanoamérica que pivotaban en torno al bien común. Estas raíces se fortalecieron por la convergencia procurada en el Derecho Administrativo interamericano y, en concreto, en la Declaración.

Pero lo cierto es que, en su desarrollo ulterior, ambos modelos tomaron rumbos distintos. Estados Unidos evolucionó hacia el positivismo jurídico, reforzado por la interpretación originalista de la Constitución. Como resultado de lo anterior, las bases constitucionales del Derecho Administrativo son muy precarias, lo que ha facilitado las críticas hacia la expansión del moderno Estado administrativo y el margen de deferencia reconocido por la Corte Suprema en el control judicial de conceptos jurídicos indeterminados, en la conocida doctrina *Chevron*. La revocatoria de este precedente, en el caso *Loper Bright* decidido en 2024, coloca al Derecho Administrativo de Estados Unidos en una encrucijada. Adrian Vermeule ha propuesto rescatar la tradición legal clásica del constitucionalismo de Estados Unidos, centrando la interpretación constitucional en el valor del bien común. Frente al Derecho Administrativo, ello se traduce en el reconocimiento de principios generales que atemperan el rigor del positivismo jurídico, reconociendo el margen de deferencia, como por lo demás se admitió en el caso *Loper Bright*.

Frente a la exegética del Derecho Administrativo de Estados Unidos, en Hispanoamérica ha predominado el método dogmático, mediante la construcción de un sistema racional de valores, principios y reglas que pivotan en torno al bien común y la centralidad de la dignidad humana. La constitucionalización del Derecho Administrativo ha llevado a realzar el rol de los principios generales, determinados por la jurisprudencia a través de la interpretación holística de todo el ordenamiento. El Derecho Administrativo es, como resultado, principalista,

lo que atempera el rigor del positivismo, otorgando la flexibilidad que la Administración requiere para el servicio objetivo a las personas. En todo caso, la actividad administrativa queda sometida plenamente a todo el ordenamiento jurídico, y no solo a la Ley. Esto realza la importancia de los principios generales en el control judicial de la discrecionalidad.

Como se observa, la dogmática del Derecho Administrativo en Hispanoamérica guarda similitudes con la propuesta del constitucionalismo del bien común y su concreción en principios generales. Sin embargo, en Estados Unidos, esta es todavía una propuesta incipiente, que no ha logrado vencer las resistencias de las interpretaciones originalistas y progresistas. La actual coyuntura del Derecho Administrativo en Estados Unidos, frente a las interpretaciones procurados por la Corte Suprema, pudiera llevar a la superación gradual del positivismo exegético, hacia el Derecho Administrativo centrado en el valor constitucional del bien común. ■

Reflexiones sobre el bien común y el interés público como fines y principios de la actividad estatal

Juan Carlos Cassagne*
REDAV, N° 29, 2024, PP. 33-47

Resumen: El artículo analiza el bien común y el interés público como fines esenciales del Estado, rechazando las posturas utilitaristas y estatistas. Basándose en la teoría de John Finnis, define el bien común a través de los bienes humanos básicos (como la vida y el conocimiento) y las condiciones sociales que permiten el desarrollo integral de la persona en comunidad.

Palabras clave: Bien común – Interés público – Subsidiariedad

Abstract: *This article examines the common good and public interest as the primary objectives of the State, rejecting both utilitarian and statist perspectives. Drawing on John Finnis's framework, the common good is defined through basic human goods (such as life and knowledge) and the social conditions that allow individuals to achieve reasonable goals within a community.*

Keywords: Common Good – Public interest – Subsidiarity

Recibido

04-04-2025

Aceptado

06-08-2025

I. Los distintos sentidos del bien común

Para definir el bien común suele utilizarse un concepto único que revela, por otra parte, una gran diversidad en su enfoque político o filosófico. Esta situación ha generado confusiones y errores.

Basta con recordar la visión utilitarista, contraria a los más elementales principios de justicia o de la ley natural, que identifica el bien común con aquel que proporciona utilidad al mayor número de personas que integran la sociedad o comunidad.

Por de pronto, el bien común no se opone a la autonomía del ser humano y no implica la exigencia de que el disfrute de los bienes deba ser realizado siempre en común o en comunidad. Antes bien, la esencia del concepto propende a la plena realización de la dignidad y libertad de todos y de cada uno de los integrantes de una determinada comunidad.

* Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid.

Menos aún, se identifica con el interés del Estado que, como entidad superior, se encuentra al servicio de los administrados y no a la inversa. El estatismo representa, en todas sus aplicaciones, un falso principio doctrinario que resulta totalmente opuesto al bien común por más que, paradójicamente, constituya el fin del Estado en la teoría política.

Antes de analizar su conexión con las diferentes formas de justicia para poder captar la complejidad del concepto y considerar su aplicación como regla y principio vinculante de la actuación de las personas y de las entidades públicas y privadas, veamos los tres sentidos que la filosofía finnisiana nos ofrece a través de una explicación más realista y acabada del bien común.

En efecto, Finnis, uno de los iusfilósofos que se ha ocupado con profundidad del concepto de bien común, ha realizado una sistematización sobre los sentidos del concepto que merece nuestra particular adhesión.

El primero de esos sentidos alude a los valores o bienes humanos básicos como la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la religión y la libertad en la razonabilidad práctica, los cuales “son buenos para todos y para cada una de las personas”¹.

En segundo lugar, cada uno de esos bienes básicos (la vida, por ejemplo) es un bien común en sí mismo, dado que puede ser participado por “un número inagotable de personas en una variedad inagotable de formas o en una variedad inagotable de ocasiones”².

El tercer sentido, se define como:

...el conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores) por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva o negativamente) en una comunidad³.

Una definición que guarda cierta semejanza, aunque sin referirse expresamente a la función de capacitar con miras a la colaboración en una comunidad con el objeto de realizar los valores humanos básicos es la que proporciona el repertorio de la Doctrina Social de la Iglesia.

En este contexto, la función del bien común consiste, en promover aquellas condiciones espirituales y materiales que les permiten a las

¹ John Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. de Cristóbal Orrego S. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 184.

² Id.

³ Id.

personas vivir con dignidad o en pocas palabras, las que consienten y favorecen el desarrollo integral de la propia persona humana⁴.

De alguna manera, este último sentido que caracteriza al bien común guarda similitud con el concepto de bienestar o interés general que utiliza la dogmática jurídica⁵.

En suma, el bien común es un principio nuclear de todo el ordenamiento jurídico mientras que la justicia es la virtud por excelencia que busca la realización del bien común en todas sus especies (tanto en la general y particular como en la justicia social).

II. La justicia

La justicia supone una relación de igualdad cuyo objetivo esencial es, precisamente, la realización del bien común en las distintas especies de justicia, aún en la llamada justicia particular⁶.

La noción de justicia se integra con tres elementos: (i) es una relación de alteridad o sea intersubjetiva, es decir que se orienta siempre a otra persona (solo en sentido figurado puede hablarse de hacerse justicia uno mismo); (ii) lo debido (el *debitum*) a otro y, correlativamente, el derecho que tiene esta persona a reclamar lo que considera como suyo; y (iii) la igualdad que, por constituir un elemento analógico, puede presentarse en formas variadas⁷.

La clasificación que brinda la escolástica, a través de Tomás de Aquino, se fundamenta básicamente en la doctrina de Aristóteles y distingue dos grandes especies de justicia: general y particular.

La justicia general, también llamada legal, ordena todas las relaciones humanas al bien común (tanto las de las partes con la comunidad como las de las partes entre sí) así como, a las demás virtudes. Se parte del principio que reconoce que "la parte, en cuanto tal, es algo del todo, donde todo el bien de la parte es ordenable al todo"⁸. De ello se sigue que la materia común de esta clase de justicia es la esfera de actuación de las demás virtudes, pues todos los actos del hombre de-

⁴ Así se reconoce en el Concilio Vaticano II, *Constitución Pastoral Gaudium et Spes*, N° 74.

⁵ Finnis, ob. cit., 184.

⁶ Id., 203.

⁷ Id., 191-193, a quien ha seguido y explicado con gran claridad Carlos Ignacio Massini Correas, *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2019), 138.

⁸ Tomás de Aquino, *Suma teológica: II-IIae, cuestión 58. La justicia* (HJG, 2012), <https://hjg.com.ar/sumat/c/c58.html>.

ben orientarse al bien común, “al menos de una manera negativa y mediata”⁹.

Se desprende de esta doctrina que “no hay plenitud fuera de la sociedad, y que la condición primordial de la existencia de la sociedad es la primacía del bien común. Se trata de la relación de reciprocidad entre lo individual y lo social”¹⁰. Por cierto, que el bien común, aunque debe ser su objetivo primordial, nada tiene que ver con las concepciones de la razón populista que deforman la raíz filosófica del principio de prevalencia del bien común, regido por el principio de la subsidiariedad.

Subordinada a la justicia legal o general se encuentra la justicia particular, cuyas especies son las llamadas justicias conmutativa y distributiva. Al explicar estas formas de la justicia, Tomás de Aquino expresa que:

...la justicia particular se ordena, a una persona privada, que respecto a la comunidad es como la parte del todo. Ahora bien, toda parte puede ser considerada en un doble aspecto: en la relación de parte a parte, al que corresponde en la vida social el orden de una persona privada a otra, y este orden es dirigido por la justicia conmutativa, consistente en los cambios que mutuamente se realizan entre dos personas. Otro es el del todo respecto a las partes, y a esta relación se asemeja el orden existente entre la comunidad y cada una de las personas individuales; este orden es dirigido por la justicia distributiva, que reparte proporcionalmente los bienes comunes¹¹.

En la justicia conmutativa, la igualdad se establece de objeto a objeto (salvo que la condición personal sea causa de reales distinciones) mientras que en la justicia distributiva la igualdad que se realiza es proporcional a la condición de la persona y a las exigencias y necesida-

⁹ Teófilo Urdánoz, *Introducción a la Cuestión 58 de la Suma Teológica*, en *Suma Teológica*, t. VII, 264.

¹⁰ Tomás D. Casares, *La Justicia y el Derecho*, 2º ed. (Buenos Aires: Cursos de Cultura Católica, 1945), 65, puntualiza: “Para nuestra plenitud personal es necesaria la vida en sociedad y cuanto más perfecta sea la vida social, mayores posibilidades de plenitud o perfección personal existirán para cuantos integran la comunidad. Y la medida de la perfección social la dará desde un cierto punto de vista nuestra perfección personal. Se desnaturaliza este movimiento circular del bien común y del bien individual sustituyendo la perfección personal por la libertad individual, con lo cual se desarticulan a un tiempo la persona y la sociedad, porque la libertad no es nunca un fin sino sólo un medio; o atribuyendo toda la virtud a la acción de la comunidad por el órgano de gobierno”.

¹¹ Cfr. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, t. VII (Biblioteca de Autores Cristianos), 350-351. Véase especialmente Josef Pieper, *Justicia y fortaleza*, trad. del alemán (Madrid, 1968), 78 y ss. y los fallos de la Corte Suprema, “Valdez, José Raquel c/ Nación”, Fallos 295:937 (1976) y “Vieytes de Fernández, Juana suc. c/ Prov. de Buenos Aires”, Fallos 295:973 (1976). Un ejemplo de justicia distributiva en las relaciones privadas se encuentra en el caso “SA Barbarella CIFIL”, Fallos 300:1087 (1978).

des del medio social¹². En cuanto al reparto que se opera en la justicia distributiva hay que tener presente que la medida de esas condiciones debe guardar proporción con la calidad, la aptitud o la función de cada uno de los miembros del cuerpo social¹³.

Para resolver los problemas de distribución no hay una única fórmula universalmente aplicable¹⁴ y habrá que atender a aquellos criterios que se desprenden de la razón, específicamente de los procedimientos de la razonabilidad práctica.

El equilibrio de la doctrina sobre la justicia descansa en la subordinación de lo político, social, económico y jurídico a la moral y, en definitiva, en la perfección del hombre, sin la cual no pueden imponerse el orden ni la paz, dado que la comunidad no puede proporcionar lo que las partes integrantes no hubieran puesto en ella¹⁵.

Seguimos pensando que el desarrollo actual de los Derechos Público y Privado no admite en absoluto la identificación del Derecho Público con la justicia legal y distributiva, ni del Derecho Privado con la justicia conmutativa¹⁶.

Los numerosos ejemplos que ofrece la realidad actual del mundo jurídico confirman esa conclusión ya que puede advertirse que, mientras el Derecho Privado incorpora normas y se ocupa de relaciones fundadas en la justicia distributiva (v.gr., en materia laboral y en el derecho de las asociaciones), el Estado acude, en el ámbito del Derecho Público, a la concertación de acuerdos con los particulares, cuyas prestaciones se determinan, equilibradamente, por un acto conmutativo, donde el débito y el crédito tienen una directa relación entre sí en función de la cosa debida y no de la persona o exigencia sociales (v.gr., el contrato de suministro)¹⁷.

¹² Pieper, ob. cit., 111-112.

¹³ "De ahí que en la justicia distributiva la comunidad deba a la persona en proporción a lo que merece –criterio moral– y en atención al beneficio que la distribución procura a la comunidad perfeccionando su estructura. A una persona puede deberle la comunidad una jerarquía del punto de vista moral, y sin embargo, no le deberá mando, porque puede no tener aptitud para ejercerlo" (cfr. Casares, ob. cit., 63-64).

¹⁴ Finnis, ob. cit., 203.

¹⁵ Casares, ob. cit., 66.

¹⁶ La conclusión que sostienenmos en el texto se ajusta a la doctrina tomista sobre la justicia, y, en esta parte, se hace referencia a una relación de servicio hacia la comunidad regida por la justicia conmutativa. Esta postura, que expusimos a partir de 1980 en diferentes partes de nuestra obra, ha sido sostenida también por Javier Urrutigoity, "El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa", en *Estudios de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Depalma, 1995), 287-288.

¹⁷ En contra: Rodolfo C. Barra, *Principios de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Ábaco, 1980), 89 y ss. Según este distinguido autor "no es circunstancial definir la relación jurídica determinada como regida por la justicia distributiva o bien por la

De otra parte, el Estado suele no tener muchas veces la administración del bien común en un sentido exclusivo e inmediato, ya que éste puede realizarse a través de la actividad de las llamadas asociaciones intermedias, las cuales pueden configurarse –en el plano jurídico– como personas públicas no estatales o como personas jurídicas privadas¹⁸. Corresponde señalar, por último, que en el marco de las transformaciones que se vienen operando en el mundo tras la caída del socialismo, Juan Pablo II, al promulgar la Encíclica *Centesimus Annus*, destacó la positividad del mercado y de la empresa, a condición de que estén orientados a la realización del bien común¹⁹.

Por influencia de la Doctrina Social de la Iglesia Católica se ha introducido una nueva denominación de un tipo específico de justicia, frecuentemente utilizado a partir de la Encíclica *Quadragesimo Anno* de Pio XI, que aparece directamente relacionado con las exigencias del bien común y con los deberes del Estado y de las personas, mediante la aplicación de los principios de solidaridad y de subsidiariedad, para subsanar las carencias sociales y para proteger los derechos de los trabajadores y operarios. Es la llamada justicia social que se ha considerado equivalente a la justicia legal o general²⁰.

Al respecto, con base en la clásica formulación tomista sobre las distintas especies de justicia, puede concebirse a la justicia social como aquella que comprende todo el movimiento circular del acto justo, es decir, tanto la justicia general como la justicia particular (distributiva y comutativa)²¹. La circunstancia de incluir la justicia particular se expli-

comutativa. Éste es un criterio objetivo que se independiza de las circunstancias históricas en cuanto fundamento directo de la distinción". En efecto, es evidente que las circunstancias históricas no son fuente de la distinción entre la justicia distributiva y la comutativa, que obedece a su relación entre el bien común (en forma inmediata o mediata) y el bien individual y a la forma en que se establece la igualdad (en relación con la cosa o con la persona o medio social). Pero esas circunstancias históricas son, sin embargo, el fundamento real de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, una prueba de lo cual la ofrece el Derecho Comparado (del mundo occidental) donde no reina uniformidad respecto de la ubicación de importantes instituciones. La conclusión formulada por dicha doctrina es una consecuencia forzosa de la identificación que postula entre Derecho Público y justicia distributiva y entre Derecho Privado y justicia comutativa.

¹⁸ Pieper, ob. cit., 115. Santo Tomás no acoge la clásica división entre Derecho Público y Privado esbozada por Aristóteles y recogida por Ulpiano (Urdánoz, *Introducción a la Cuestión 57*, t. VIII, 227).

¹⁹ Cfr. *Centesimus Annus* (Juan Pablo II, 1991), cap. V, punto 43.

²⁰ Finnis, ob. cit., 225, nota VII-6, siguiendo la opinión de Del Vecchio, en *Justice*, (Edimburgo, 1952), 35-36.

²¹ En sucesivos trabajos anteriores expusimos una opinión más restrictiva sobre la justicia social que ahora, siguiendo a Finnis, hemos creído necesario ampliar. Véase nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, 10^a ed. (Buenos Aires: La Ley, 2009), 33.

ca por el hecho de que las obligaciones que se imponen a las personas no se orientan hacia la comunidad sino a las partes de la relación. Hay que advertir que el término *comutación* no se circunscribe a los intercambios sino que se refiere a una expresión del latín clásico *comutatio* que equivale a cambio, con lo que al dejar de lado “los problemas de un patrimonio común y otros similares, el problema consiste en determinar qué tratos son adecuados entre las personas (incluyendo a los grupos)”²².

III. El contenido del bien común que persigue el Estado

El bien común es un principio totalizador exigible no solo para las distintas especies de justicia, sino también para toda la actividad del Estado habida cuenta que constituye su causa final.

Aparte de los bienes básicos, el bien común se integra con bienes o valores de segundo grado que cumplen la función de lograr esos bienes básicos y los valores espirituales y materiales que hacen a la felicidad de todas y cada una de las personas.

Este título común de atribución de potestades y deberes se concreta en la protección y promoción de bienes de diferente naturaleza, gobernados todos ellos por el principio de subsidiariedad (del que más adelante nos ocupamos), sin hallarse limitado a los bienes de naturaleza económica.

Ante todo, el esquema directriz del Estado ha de ser, por principio, el de una “economía social de libertad ordenada”²³, en la que se combinan diferentes modalidades y fundamentos que justifican la intervención estatal en el campo económico.

De este modo, la transferencia al Estado de los medios de producción hallase justificada solo en supuestos excepcionales tales como: (i) la producción de energía atómica en virtud del carácter extraordinario de los efectos nocivos que dicha actividad produce sobre las personas; (ii) monopolios que afecten la libre concurrencia al mercado; y, (iii) insuficiencia del capital para encarar una producción vital y necesaria para la comunidad²⁴.

Pero no existe justificación alguna para socializar actividades que normalmente son prestadas de manera más eficiente por los particulares, contribuyendo al bien común (v.gr. la producción agraria y las em-

²² Finnis, ob. cit., 207.

²³ Johannes Messner, *Ética General y Aplicada*, trad. del alemán (Madrid: RIALP, 1969), 308.

²⁴ Id., 310.

presas de fines culturales o de difusión como la prensa, editoriales, empresas de servicios públicos no monopólicas, etc.)²⁵.

En definitiva, el contenido del bien común se relaciona con la realización de actividades económicas, sociales, culturales, de salud pública, defensa, seguridad, justicia, legislación, etc., que son, en general, aquéllas que todas las Administraciones de los países definen como materias que integran la competencia de los distintos ministerios y órganos que forman parte de la Administración Pública en sentido amplio.

IV. Los criterios de la igualdad distributiva

Los caminos de la filosofía y los del derecho no siempre han confluído. Mientras desde el punto de vista filosófico clásico se concibe la igualdad como una proporcionalidad²⁶ que alude a un cierto equilibrio o contrapeso establecido conforme a la razón práctica, el Derecho Constitucional decimonónico y los ordenamientos subsiguientes acuñaron un concepto jurídico de la igualdad: la igualdad ante la ley.

Pero, al hacer el análisis de este último principio no puede dejar de advertirse que la igualdad puede referirse tanto a una relación formal (v.gr. el procedimiento) como sustancial o material (ej. ventajas o beneficios que acuerdan una ley, reglamento o acto administrativo).

A su vez, en el marco constitucional positivista en el que prevalecía la concepción formal que predicaba la igualdad ante la ley, la tendencia más evolucionada llegó a propugnar una fórmula que pretendía cumplir con el dogma de la plenitud del ordenamiento y, sobre todo, a través de Hart, difundió la idea de que la igualdad consiste en "tratar como semejantes los casos semejantes y de manera diferente los casos diferentes"²⁷, concepto al que considera un elemento central de la noción de justicia, si bien reconoce que en sí mismo es incompleto y que mientras no se lo complemente no puede utilizarse como guía de la conducta a seguir. Para ello, entiende necesario que se establezca un criterio relevante para establecer las semejanzas y diferencias o lo que equivale a reconocer que la fórmula es, en sí misma, una fórmula vacía de contenido, como lo prueba el propio Hart cuando se refiere a los distintos criterios que justifican el trato diferenciado en la justicia distributiva.

²⁵ Id.

²⁶ Véase: Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985), V.3:1131 (Finnis, ob. cit., 193, nota 3).

²⁷ Herbert L. A. Hart, *El concepto de derecho*, traducción del inglés del libro *The Concept of Law* por Genaro R. Carrión (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977), 198. (En realidad, la fórmula de Hart se remonta a Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, ob. cit., V. 6 [1131a] y *Política* III-9 [1280x]).

Finnis se ha dado cuenta de la deficiencia de la fórmula y la resuelve afirmando que lo que importa es cuáles son aquellos principios que le permiten “valorar cómo debe tratar una persona a otra (o qué derecho tiene una persona a ser tratada de determinada manera) prescindiendo de si otros están o no siendo tratados así”²⁸. Pone como ejemplo el principio que prohíbe la tortura, el cual es incontrastable, pues se aplica a los desiguales del mismo modo que a los iguales, en todos los casos. El pensamiento de Finnis sobre esta regla consiste en reconocer que todos los miembros de una comunidad gozan por igual del derecho a una consideración respetuosa, aunque para resolver problemas de justicia distributiva la igualdad sea un principio residual, que se aplica cuando otros criterios no son suficientes, no para realizar la igualdad sino el bien común, que puede sintetizarse en la realización plena de la vida y de los bienes humanos básicos por parte de todos y cada uno de los miembros de una comunidad.

Y aun reconociendo que no existen patrones precisos para valorar estas cuestiones Finnis acude –siguiendo en esto a Hart²⁹– a la necesidad, como criterio principal de distribución, el que completa con otros criterios, como (i) el de la función, referido no directamente al bien humano básico sino a los roles y responsabilidades de cada uno en el seno de la comunidad; (ii) a la capacidad para cumplir con los roles en las empresas comunes y respecto de las oportunidades para el progreso individual (v.gr. el acceso a la educación superior); (iii) los méritos y los aportes que derivan del sacrificio propio o del esfuerzo y habilidad de las personas; y (iv) en la distribución para compensar los costos y las pérdidas de una empresa, donde lo equitativo dependerá de si las personas han creado o al menos previsto y aceptado riesgos evitables mientras otras personas ni los han creado ni han tenido la oportunidad de preverlos, de evitarlos o de asegurarse contra dichos riesgos. De lo que se trata, en definitiva, no es de evaluar estados de cosas sino la exigencia de la razonabilidad práctica en cuanto a personas determinadas en sus tratos recíprocos³⁰.

Lo cierto es que la distinción entre justicia distributiva y conmutativa no constituye más que una forma tendiente a facilitar el análisis y que –como lo venimos sosteniendo desde nuestros primeros trabajos– muchas acciones del Estado, y aún de los particulares, pueden ser, a la vez, “distributiva y conmutativamente justas (o injustas)”³¹.

En cualquier caso, la igualdad no constituye un principio absoluto sino relativo habida cuenta de que, salvo el derecho a la vida y sus derivados (v.gr. prohibición de tortura), no existen principios ni derechos

²⁸ Finnis, ob. cit., 193-194.

²⁹ Hart, ob. cit., 203 y ss.

³⁰ Finnis, ob. cit., 204.

³¹ Id., 208.

absolutos y éstos se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 CN). La jurisprudencia de la Corte ha sostenido desde hace mucho tiempo³² el carácter relativo del principio de igualdad.

v. Justicia distributiva y políticas distributivas

El error de considerar que la justicia distributiva era la justicia del Estado³³ proveniente de la obra del Cardenal Cayetano, provocó una serie de confusiones. La primera consistió en identificar la justicia distributiva con el Derecho Público, aspecto del que nos hemos ocupado precedentemente. Otro error ha consistido en no distinguir entre justicia distributiva y políticas distributivas, postura que subyace en muchas de las concepciones sostenidas en la actualidad para negar que la reparación con motivo de sacrificios expropiatorios o equivalente debe ser plena, conforme a los principios de la justicia commutativa.

Mientras la política distributiva encierra un contenido más amplio que, si bien puede dar lugar a la creación, por vía legal, de relaciones propias de la justicia distributiva, ésta última constituye siempre una relación de alteridad. La política distributiva, las más de las veces, se traduce en decisiones de política económica, social (sanitaria y educacional) que entran en el campo de lo discrecional, no obstante de existir el deber genérico de los gobernantes de impulsar el progreso social. Algo similar acontece con los nuevos derechos constitucionales ya que como lo han reconocido la Corte Suprema y los tratados internacionales, buena parte de ellos se caracterizan por tener una operatividad derivada, dependiendo de las posibilidades financieras de los Estados³⁴.

En suma, las políticas distributivas, más que fundarse en la estructura clásica de la justicia distributiva, constituyen decisiones de política legislativa, de carácter discrecional (no por ello exentas del control judicial de razonabilidad) fundadas en valores inherentes a la solidaridad que, muchas veces, no son mandatos vinculantes y, en otros casos, derechos sociales cuya operatividad es derivada en cuanto dependen de obligaciones de hacer de los poderes públicos que no pueden disponer a su antojo de los recursos públicos sino dentro de las posibilidades presupuestarias y financieras de cada país, como, por otra parte,

³² “Eugenio Díaz Vélez c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos* 151:359 (1928).

³³ Ampliar en nuestro libro *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)* (Madrid: Reus, 2016), 419-422, con cita de los trabajos de Abelardo F. Rossi, *Aproximación a la justicia y a la equidad* (Buenos Aires: Educa, 2000), 21 y ss. y de Javier Hervada, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 2º ed. (Bogotá: Temis, 2006), 38-49.

³⁴ Id., 59-60.

lo prescriben tratados internacionales³⁵, que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

VI. El principio de subsidiariedad: Hacia el Estado subsidiario

Como el centro de todos los principios radica en la dignidad de la persona humana, el binomio justicia y bien común carecería de sentido sino no está orientado hacia la realización de la autonomía plena de todas y de cada una de las personas que integran la comunidad estatal.

En el plano de la teoría política, con sus avances y retrocesos, el contenido del Estado de Derecho se ha ensanchado con los aportes provenientes de sucesivas tipologías: Estado Social y Democrático, Estado de Bienestar y, actualmente, Estado Regulador y Garante³⁶, que representa la recepción del principio de subsidiariedad³⁷ en este modelo de Estado que propicia la doctrina europea como pieza central del Estado de Derecho Constitucional³⁸.

Desde hace tiempo venimos sustentando ésta última concepción bajo el nombre de Estado Subsidiario, cuyas raíces se encuentran en la Doctrina Social de la Iglesia Católica³⁹, sin perjuicio de la interpretación que se apoya en textos de nuestra Carta Magna, como los artículos 14, 19 y 28⁴⁰.

En esta concepción, el principio de subsidiariedad se erige como regla central de la actuación del Estado, en cuanto permite la plena concreción de los esfuerzos y capacidades de las personas y grupos

³⁵ Art. 22 DUDH; Art. XI Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; art. 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³⁶ Ampliar en nuestro *Derecho Administrativo y Derecho Público General* (Buenos Aires: BdeF, 2020), 121 y ss.

³⁷ Pedro J. J. Covello, "Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo", en *Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira* (Buenos Aires: Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2009), 22-24.

³⁸ Augusto Durán Martínez, "El Derecho Administrativo al servicio de la casa común", en *El Derecho Administrativo al servicio de la casa común* (Actas de las V Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo) (Montevideo: Editores Información Jurídica, 2017), 15 y ss., apunta que "el principio de subsidiariedad calza a la perfección con el nuevo modelo de Estado, el Estado Constitucional de Derecho forjada por el neoconstitucionalismo o el nuevo constitucionalismo".

³⁹ Principio especialmente desarrollado a partir de la *Encíclica Quadragesimo Anno*.

⁴⁰ Así lo sosteneremos en el *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 12º ed. actualizada (Buenos Aires: La Ley, 2018), 48. Ver también, Rodolfo Carlos Barra, *Principios de Derechos Administrativo* (Buenos Aires: Ábaco, 1980), 35 y ss.

intermedios de la sociedad, cuyas iniciativas resultan ser las más adecuadas y eficientes para la satisfacción de las necesidades humanas, tanto individuales como colectivas⁴¹.

Este principio ha sido recogido recientemente en el Protocolo 15 del Convenio Europeo, si bien con una regulación que circunscribe la subsidiariedad a las relaciones con los Estados integrantes de la Unión Europea, es decir, a la llamada subsidiariedad territorial y no horizontal⁴².

Como es sabido, la subsidiariedad tiene dos perfiles. Uno fundamental (la faz pasiva) que veda la injerencia del Estado en todas aquellas actividades que puedan llevar a cabo las personas privadas o las comunidades menores (privadas o públicas) y otro, que hace a la función de suplencia que debe cumplir el Estado de cara a la insuficiencia de la actividad privada o de las comunidades públicas menores al Estado, especialmente en el ámbito territorial, porque, como indica la razón de ser de la descentralización, se administra mejor de cerca a los ciudadanos y empresas.

La vigencia y aplicación de la regla de la subsidiariedad reviste una condición suficiente y necesaria en el combate contra la pandemia (tal como ha ocurrido en los Estados Unidos de Norteamérica). De lo contrario, si todas las acciones de protección de la salud se dejan en manos exclusivas del Estado crecerá seguramente la ineficiencia, generándose un ambiente propicio a la politización y, en algunos casos, a corruptelas entre gobernantes y empresarios.

En prieta síntesis, el axioma que representa el principio de subsidiariedad puede expresarse del siguiente modo: tanta libertad como sea posible y tanto Estado como sea necesario⁴³. Hay pues, una equivalencia de fines entre el Estado Regulador y Garante y Estado Subsidiario.

VII. La interrelación entre lo público con lo privado

Si bien la conformación de las instituciones y principios que componen el Derecho Público es un fenómeno relativo, derivado de la condición de categoría histórica que es propia de cada ordenamiento jurídico.

⁴¹ En este sentido concordante se ha dicho en un fallo de la Corte que el "Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual" (Disidencia del Juez Ricardo Luis Lorenzetti, "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 4 de mayo de 2021, Considerando 2º, párrafo segundo).

⁴² Ver, al respecto: Orlando Vignolo Cueva, *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal* (Lima: Palestra), 43 y ss.

⁴³ Cfr. Johannes Messner, *La cuestión social*, 2º ed., trad. del alemán (Madrid: RIALP, 1976), 543 y ss.

dico, no puede desconocerse que existen grandes coincidencias con algunos sistemas, sobre todo entre los ordenamientos que han recogido, en mayor o menor medida, el modelo del Derecho Administrativo francés.

Sin embargo, la evolución comparatista revela el desarrollo de una compleja trama de relaciones entre lo público y lo privado caracterizadas por la interrelación o entre cruzamiento que, sucesivamente, se ha ido operando entre ambas ramas del Derecho.

Las transformaciones económicas y sociales, el cambio tecnológico y la defensa del mercado (subsidiariedad) han desplazado la influencia de concepciones ideológicas en un acelerado proceso que ha pasado por diferentes etapas. Así, de una huida inicial del Derecho Administrativo (coincidente con el fin del ciclo del Estado benefactor) se pasó a una extensión de su contenido a través de un proceso de interrelación entre lo público con lo privado. Esta interpolación no implica, necesariamente, unificar los derechos –como ocurre actualmente en Europa– sino sentar una serie de reglas comunes aplicables en el marco del derecho comunitario que, como es sabido, se proyecta al derecho interno de cada Estado. Tal es lo que ha ocurrido en el derecho comunitario europeo en el que se han generalizado los sistemas de selección y adjudicación de contratistas mediante procedimientos contractuales que vinculan, preceptivamente, a empresas privadas, con anterioridad regidas, en plenitud, por el principio de la autonomía de la voluntad y ahora por reglas y procedimientos de Derecho Público.

Al propio tiempo que se generaliza la posibilidad de una aplicación analógica del Derecho Privado a relaciones en que es parte el Estado y se unifica el derecho comunitario europeo en muchas materias bajo la recíproca influencia de instituciones públicas y privadas, lo notable es que, en el Derecho anglosajón, tanto en Inglaterra⁴⁴ como en Estados Unidos de Norteamérica, la tendencia se orienta hacia el crecimiento de derechos distintos del *common law* tradicional (particularmente en Estados Unidos con el derecho estatutario)⁴⁵ y hasta se menciona el abandono de la antigua concepción de Dicey⁴⁶ comenzando a desarrollarse concepciones que son propias del Derecho Público⁴⁷, aceptando finalmente, el control de los hechos determinantes de la actividad ad-

⁴⁴ Véase, John Bell, "Droit Public et Droit Privé: une nouvelle distinction en Droit anglais", *Revue Française de Droit Administratif*, N° 3 (1985): 400.

⁴⁵ Julio V. González García, *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América* (Madrid: McGraw-Hill, 1996), 21.

⁴⁶ Cfr. Bell, ob. cit., 409.

⁴⁷ Ver Cassese, Sabino, *Trattato di Diritto Amministrativo*, t. I, (Milán: Giuffrè, 2000), 55 y ss.

ministrativa⁴⁸, si bien en forma mucho más limitada que en el derecho continental europeo.

No es el caso, entonces, de proponer generalizaciones en nuestro Derecho que en el Derecho Comparado están siendo objeto de una profunda transformación y dar recetas equivocadas o mal fundadas, como las que pretenden que el Derecho Administrativo debe seguir el modelo estadounidense, en forma exclusiva, no obstante que nuestra Constitución reconoce su origen en otras fuentes, incluso vernáculas, sin desconocer la mayor densidad, cualitativa y cuantitativa, que posee la fuente norteamericana en la que se inspiró Alberdi.

VIII. Bien común e interés público: Su rango de principio general del Derecho

Hasta aquí, hemos visto como lo común (a todos y a cada una de las personas) no se identifica con los diversos sentidos que posee el concepto, ya que –por aplicación del principio de subsidiariedad– el bien común puede coincidir tanto con el interés público (el del todo social) como con el interés privado (el de una parte del todo) y hasta puede ocurrir que ambos intereses confluyan en la realización del bien común (ej. Establecimientos de medicina privada, educativos, etc.). En otros casos, el monopolio de la fuerza pública conduce a que la titularidad del interés público propio de la policía de seguridad y de su gestión deba corresponder siempre al Estado, por su incompatibilidad con el ejercicio privado de dicha función. A nadie se le ha ocurrido todavía la idea de privatizar la policía de seguridad.

Si se reconoce la primacía del bien común en el orden jurídico, lo más trascendente será reconocerle (contenga o no el interés público), el carácter de mandato vinculante⁴⁹, o sea de una regla de derecho imperativa, aunque se trate de una regla incompleta, en el sentido de que es un mandato carente de supuestos de hecho, cuyas consecuencias jurídicas son determinadas por los jueces a través de la técnica de la ponderación (una faceta del procedimiento de justificación racional de las decisiones).

En resumidas cuentas, además, de los principios de primer grado constituidos por aquellos principios básicos, que derivan el derecho del

⁴⁸ González García, ob. cit., 29 y ss.

⁴⁹ El desarrollo del concepto de principio lo hemos efectuado en obras anteriores, particularmente en *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*, 2º ed. (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2021), 71 y ss. Cabe advertir que Finnis distingue entre reglas y principios considerando que las primeras son las normas completas, pero reconociendo el carácter imperativo de los principios, si bien pueden ser satisfechos mediante la creación positiva de complejas estructuras administrativas y judiciales.

razonamiento práctico, interactúan también otros principios generales del derecho de segundo grado que justifican normas (o reglas en la terminología de Finnis) y determinaciones particulares.

La enunciación de algunos de esos principios generales del derecho de segundo grado nos muestra un mosaico polifacético y variado, caracterizado por sus interrelaciones y aplicaciones analógicas en los Derechos Público y Privado, el cual puede resumirse en estos axiomas; **(i)** el sacrificio forzoso del derecho de propiedad por ley expropiatoria ha de compensarse con una justa indemnización comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, con arreglo a los principios de la justicia comutativa; **(ii)** no se puede ir contra los actos propios; **(iii)** el abuso del derecho no está permitido; **(iv)** el enriquecimiento sin causa exige la restitución; **(v)** los contratos se celebran para ser cumplidos (*pacta sunt servanda*); **(vi)** la protección judicial y administrativa de los derechos; **(vii)** nadie puede ser juez en su propia causa; **(viii)** la prohibición de invocar la propia torpeza; **(ix)** la nulidad del fraude y sus efectos etc.⁵⁰.

Desde luego que, en el campo de la interpretación, cualquiera de ellos puede ser derogado singularmente por otros principios del bien común, pero no hay duda de que son realmente principios, cuya enunciación no se agota con el cuadro que se ha expuesto, al solo efecto de demostrar la sustancia jurídica de una materia compleja que no puede resolverse con una simple ecuación dependiente solo del derecho positivo con olvido de la justicia. ■

⁵⁰ Véase Finnis, ob. cit., 315.

Deslindes necesarios en torno al alcance teórico y práctico del bien común

Carlos E. Delpiazzo*

REDAV, N° 29, 2024, PP. 49-64

Resumen: El texto analiza el bien común no como la simple suma de intereses individuales, sino como el conjunto de condiciones sociales que facilitan la realización material y espiritual de la comunidad. Este concepto se define por su naturaleza expansiva, distributiva y solidaria.

Palabras clave: Bien común – Dignidad humana – Interés general

Abstract: *The text analyzes the common good not as the mere sum of individual interests, but as the set of social conditions that facilitate the material and spiritual fulfillment of the community. This concept is defined by its expansive, distributive, and solidary nature.*

Keywords: *Common good – Human dignity – General interest*

Recibido

25-06-2025

Aceptado

04-09-2025

I. Acerca del bien común

1. Características

Para caracterizar al bien común, cabe hacer caudal del inc. 3º del primer artículo de la Constitución Política de Chile, a cuyo tenor se trata del conjunto de “condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”¹, posibilitando que los individuos y las comunidades intermedias que ellos forman alcanzar el logro más pleno de su perfección².

* Doctor en Derecho por la Universidad de la República (Uruguay), Profesor Emérito de su Facultad de Derecho. Especialista en Derecho Administrativo, dirige la Maestría en esta disciplina y es catedrático en varias universidades. Es profesor invitado en instituciones académicas de España y Argentina. Ha ocupado múltiples cargos directivos en asociaciones de derecho administrativo a nivel iberoamericano.

¹ <https://www.senado.cl/acerca-del-senado/normativa/constitucion-politica>.

² Carlos E. Delpiazzo, “Bien común, sociedad y Estado”, *Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo* N° 21 (2012): 81; Carlos E. Delpiazzo, “Estado de Derecho y bien común”, en *El Derecho Administrativo al servicio de la casa común* (Montevideo: UCU- IJ, 2017), 333.; y Carlos E. Delpiazzo, “Hacia la construcción de un Estado de Derecho al servicio del bien común”, en *Hacia un Derecho Administrati-*

Consecuentemente, se lo ha definido como expansivo (pues es el bien de todas las partes que integran el todo comunitario), distributivo (en tanto se realiza en la justicia distributiva, según se verá), indeterminado (ya que alcanza a todos los bienes de orden temporal susceptibles de satisfacer las necesidades de la comunidad), subsidiario (en la medida que apunta a lo que los individuos y grupos intermedios no pueden satisfacer o alcanzar) y solidario (porque responde no sólo a lo que a cada uno corresponde sino a lo que cada uno necesita)³.

En palabras de Melian Gil:

El ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el vivere bene de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época de la Ilustración y el despotismo ilustrado, el reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos en la onda de la revolución francesa, y la conservación del orden público en la concepción liberal burguesa, en garantizar los derechos fundamentales de la persona, servicios esenciales y la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo⁴.

Es que el bien común:

No es otra cosa que el propio bien de la persona humana, en su totalidad (material y espiritual), pero no un bien como los demás, particularizado y apropiable individualmente sino ese bien continente que se da precisamente en la sociedad y en virtud del cual nada menos que ésta existe –razón de ser de la propia autoridad del gobernante– bien que permite ese conjunto de condiciones aptas para obtener la plena suficiencia de vida, en sociedad, y alcanzar el fin último del hombre, de acuerdo con su propia naturaleza humana (...). Y este bien común –causa final de la sociedad misma– no es ni el bien de la comunidad como tal, en cuanto singular, ni la suma de los bienes individuales, sino que tiene un objeto distinto propio, que es el bien del hombre, pero en cuanto ser social⁵.

Quiere decir que el bien común no consiste en la simple suma de los bienes particulares de cada integrante del cuerpo social. No es posible realizarse sólo, prescindiendo de ser con y para los demás.

2. Principios orientadores

En su Exhortación Apostólica *Evangelii Gaudium*, dada el 24 de noviembre de 2013, bajo el título de *El bien común y la paz social*, el

vo para retornar a la democracia. *Liber Amicorum al Profesor José R. Araujo Juárez*, (Caracas: CERECO y CIDEPA, 2018), 219.

³ Rodolfo Carlos Barra, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I (Buenos Aires: Abaco, 2002), 75.

⁴ José Luis Meilán Gil, "Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho público español", *Rev. de Direito Administrativo & Constitucional*, N° 40 (2010): 171.

⁵ Eduardo Soto Kloss, "La democracia, ¿para qué? Una visión finalista", en *Crisis de la democracia* (Santiago: Universidad de Chile, 1975), 18-19.

Papa Francisco señaló cuatro principios orientadores de la convivencia social en pos del bien común (Nº 221 a 237), a saber⁶:

- a. El tiempo es superior al espacio, de modo que se debe trabajar a largo plazo, sin obsesionarse por resultados inmediatos.
- b. La unidad es superior al conflicto permitiendo que la solidaridad, entendida en su sentido más hondo y desafiante, se convierta en un modo de hacer la historia, en un ambiente donde los conflictos, las tensiones y los opuestos pueden alcanzar una unidad pluriforme.
- c. La realidad es superior a la idea, lo que supone evitar diversas formas de ocultar la realidad: los purismos angélicos, los totalitarismos de lo relativo, los nominalismos declaracionistas, los proyectos más formales que reales, los fundamentalismos ahistóricos, los eticismos sin bondad, y los intelectualismos sin sabiduría.
- d. El todo es más que la parte y también es más que la mera suma de ellas, por lo que no hay que obsesionarse demasiado por cuestiones limitadas y particulares.

3. Presupuestos

Volviendo sobre el tema, en su Encíclica *Laudato Si*, firmada el 24 de mayo de 2015, el Papa refiere a los presupuestos del bien común en los siguientes términos:

El bien común presupone (i) el respeto a la persona humana en cuanto tal, con derechos básicos e inalienables ordenados a su desarrollo integral. También reclama (ii) el bienestar social y (iii) el desarrollo de los diversos grupos intermedios, aplicando el principio de la subsidiariedad. Entre ellos destaca especialmente (iv) la familia, como la célula básica de la sociedad. Finalmente, el bien común requiere la paz social, es decir, la estabilidad y seguridad de un cierto orden, que no se produce sin una atención particular a (v) la justicia distributiva, cuya violación siempre genera violencia. Toda la sociedad –y en ella, de manera especial el Estado– tiene la obligación de defender y promover el bien común⁷.

En primer lugar, es claro que lo propio del Estado constitucional de Derecho, que impregna todo el Derecho Administrativo contemporáneo, es el reconocimiento de la centralidad de la persona humana, cuya primacía deriva de su eminente dignidad, de la que se desprenden todos y cada uno de los derechos fundamentales y desde la cual deben ellos interpretarse y aplicarse: el legislador, absteniéndose de sancionar leyes que los contravengan; el juez al dirimir los litigios sometidos a su

⁶ Carlos E. Delpiazzo, “La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados”, *Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Nº 10 (2014): 41.

⁷ Papa Francisco, Encíclica *Laudato Si'*, 24 de mayo de 2015, Nº 157, 121.

jurisdicción, y cualquier autoridad administrativa al cumplir sus cometidos.

Es imprescindible no perder de vista que, en todo momento, cualquiera sea su edad o normalidad, el hombre ostenta aquella interior dignidad que le viene no de ser un hombre de dignidad sino de tener la dignidad de un hombre; de esa dignidad eminente o intrínseca extraen su razón de ser los derechos humanos, cuyo titular no es la humanidad en su abstracción genérica ni un determinado tipo de hombre sino cada hombre en su personal concreción⁸.

Por eso, la afirmación y reafirmación de los derechos fundamentales –todos– parte del reconocimiento de que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualesquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, cabe suscribir la enseñanza de González Pérez en el sentido de que la dignidad de la persona actúa “como principio informador y límite de la actividad administrativa”⁹ ya que:

Es incuestionable que cualquiera que sea la finalidad perseguida por la Administración, cualquiera que sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo sagrado e inviolable la dignidad de la persona¹⁰.

Es que la dignidad humana es intangible y de máximo valor no por imperio de disposición alguna sino por el origen y naturaleza del hombre, impregnando, por tanto, todas las ramas del Derecho¹¹ e incidiendo en la recta jurisprudencia sobre los Derechos Humanos¹².

⁸ Arturo Ardao, “El hombre en cuanto objeto axiológico”, en *El hombre y su conducta. Ensayos filosóficos en honor de Risieri Frondizi* (Buenos Aires: UPRED, 1980), 73-74.

⁹ Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona humana y el Derecho Administrativo* (Curitiba: Juruá, 2007), 13.

¹⁰ Id.

¹¹ Mariana Blengio Valdés, *El derecho al reconocimiento de la dignidad humana* (Montevideo: AMF, 2007), 55; Néstor Sagüés, “Dignidad de la persona e ideología constitucional”, *Rev. de Derecho Constitucional y Político*, N° 72 (1996): 679; Ricardo Francisco Seco, “Un contenido para los términos dignidad de la persona humana. Aportes desde el Derecho del trabajo y el pensamiento social cristiano”, *Rev. Derecho Laboral*, N° 239 (2010): 459; y Raúl Cervini, “El Derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana”, *Rev. de Derecho. Publicación arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay*, N° 5 (2010): 36.

¹² Mariano R. Brito, “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo”, en *Pasado y presente del Derecho Administrativo Uruguayo*, (Montevideo: FCU, 2012), 165; Blengio Valdés, *El derecho al reconocimiento de la dignidad humana*, ob. cit., 63.; y José Chávez Fernández Postigo, *La dignidad*

Con palabras de Cagnoni:

La dignidad es consideración, respetabilidad, estimación de cada uno por sí y con respecto a todos los demás, es lo que merece la persona por su humanidad, es lo adecuado a esta esencialidad que hace singular en el universo a esta especie de seres vitales que somos los humanos¹³.

Consecuentemente, la dignidad de la persona implica el derecho que tiene todo hombre a que se le reconozca como ser dotado de fin propio y no como un simple medio para los fines de otros, y se erige como principio general de Derecho que sustenta todo el ordenamiento jurídico y sirve de base al universo de derechos de cada individuo. De ahí su centralidad¹⁴, que Brito gustaba llamar protagonismo originario¹⁵.

En segundo lugar, la contracara de la centralidad de la persona humana es la servicialidad de la Administración, que proviene de su propia etimología ya que la palabra administrar proviene del latín *ad y ministrare*, que significa servir a¹⁶.

Quiere decir que el fundamento y la justificación de la existencia de la Administración radica en su servicialidad¹⁷ y se realiza concretamente en el servicio a la sociedad como tal y a cada uno de sus integrantes y grupos intermedios, de lo que deriva su naturaleza instrumental¹⁸ a fin de que los componentes del cuerpo social –todos– puedan alcanzar plenamente sus fines propios y disfrutar de bienestar social.

como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano (Lima: Palestra, 2012).

¹³ José Aníbal Cagnoni, "La dignidad humana. Naturaleza y alcances", en *Dignidad Humana* (Montevideo, 2003), 65.

¹⁴ Carlos E. Delpiaggio, "Las dimensiones del administrado", en *Jornadas en homenaje al Prof. Dr. Mariano R. Brito organizadas por el Anuario de Derecho Administrativo* (Montevideo: UM, 2014), 227.

¹⁵ Mariano R. Brito, "Libertad y autoridad del Estado", en *Aspectos legales y socio-económicos de la desregulación y privatización* (Montevideo: FCU, 1991), 28; *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva* (Montevideo: UM, 2004), 245.

¹⁶ Carlos E. Delpiaggio, *Derecho Administrativo Uruguayo* (México: Porrúa – UNAM, 2005), 7; *Derecho Administrativo General*, vol. 1, 3^o ed. actualizada y ampliada (Montevideo, 2020), 71; y *Derecho Administrativo General y Especial*, tomo I, Parte General, vol. 1 (Montevideo: La Ley Uruguay, 2022), 57.

¹⁷ Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo*, tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996), 83; y "La primacía de la persona humana, principio fundamental del Derecho público chileno", en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real* (Montevideo: FCU, 1996), 507.

¹⁸ Mariano R. Brito, "Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo", *La Justicia Uruguayo*, tomo XC, sección Doctrina, 11, y en *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, ob. cit., 259.

Tal carácter de servicialidad adquiere especial importancia al presente, cuando, con el advenimiento del Estado constitucional de Derecho:

Está reapareciendo la idea de que el Estado está para fomentar, promover y facilitar que cada ser humano pueda desarrollarse como tal a través del pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos humanos. Por tanto, el ser humano, la persona, es el centro del sistema; el Estado está a su servicio y las políticas públicas también¹⁹.

Si bien se ha hablado mucho de la crisis del Estado de bienestar²⁰ y aún de la muerte del Estado²¹, en rigor se asiste a una reforma del mismo²² precisamente para rescatar la servicialidad como contrapartida necesaria de la centralidad humana en pos del bien común.

La *procura existencial* de que hablaba Forsthoff²³ ya no puede mirarse como asociada a un modelo de Estado asfixiante que asumía todas las situaciones de los individuos desde la cuna hasta la tumba, requiriendo elevados impuestos y minando con su asistencialismo la responsabilidad individual y social. Ello no implica desconocer los logros del viejo Estado de bienestar –desarrollo de sistemas de seguridad social, universalización de la asistencia sanitaria, desarrollo de infraestructuras, provisión de bienes y servicios– sino apuntar a un bienestar positivo: en lugar de luchar contra la indigencia, promover el trabajo; en vez de combatir la enfermedad, apostar a la prevención; más que erradicar la ignorancia, invertir en educación; más que combatir la indolencia, premiar la iniciativa, y así, responder a la realidad como garante más que como único prestador²⁴. Es que hoy:

El Estado de Derecho viene a configurarse-definirse conceptualmente por su finalidad: concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana. Es regla paradigmática del Estado de Derecho la aceptación de una sustancia impenetrable para el Estado: la dignidad personal del hombre, que en su interioridad se desenvuelve y cuya protección necesaria (la libertad exterior) plantea el reclamo de tutela²⁵.

En tercer lugar, lógica consecuencia de la centralidad de la persona humana es la importancia de los grupos intermedios que los indivi-

¹⁹ Jaime Rodríguez Arana, *Ética, Poder y Estado* (Buenos Aires: RAP, 2004), 75.

²⁰ Pierre Ronsanvallon, *La crisis del Estado providencia* (Madrid: Civitas, 1995), 31.

²¹ Sabino Cassese, *La crisis del Estado* (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003), 31.

²² Jaime Rodríguez Arana, “La reforma del Estado de bienestar”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, tomo 11 (2007): 827.

²³ Ernst Forsthoff, *Sociedad industrial y Administración Pública* (Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967), 46.

²⁴ José Esteve Pardo, *Estado garante. Idea y realidad* (Madrid: INAP, 2015), 63.

²⁵ Mariano R. Brito, “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, *Rev. Ius Publicum*, N° 6 (2001): 63; y en Brito, *Derecho Administrativo. Su permanencia*, ob. cit., 256.

duos puedan formar en ejercicio de su derecho de asociación y que conlleve el derecho a la institucionalización de la asociación.

El desarrollo de dichos grupos intermedios, con los más diversos propósitos, constituye una manifestación de la dimensión social de toda persona que el Estado debe respetar y fomentar, sin coartar²⁶. Siguiendo gráfica expresión, cabe describir a la sociedad como una pirámide cuyo vértice es el Estado, encontrándose su cuerpo formado por el conjunto de agrupaciones menores en jerarquía, anteriores en su proximidad al hombre e intermedias en la relación de la persona con el Estado²⁷.

Siendo así, el principio que debe animar la actuación estatal al respecto es el de subsidiariedad, en cuya aplicación puede detectarse un aspecto negativo y un aspecto positivo. Se habla de un aspecto negativo porque el bien común no fundamenta en favor del Estado competencias y responsabilidades que pertenecen al ámbito legítimo de los particulares y los grupos intermedios, y se habla de un aspecto positivo porque el Estado debe ayudar, coordinar, enderezar y proteger la iniciativa privada, supliendo lo que los particulares, individualmente o en grupos, no puedan cubrir²⁸.

Al respecto, bien se ha caracterizado al principio de subsidiariedad clasificando las distintas interpretaciones y conceptualizaciones que se han hecho a su respecto en tres grandes categorías: la que concibe al principio de subsidiariedad como un límite, la que lo define como una cualificación de la actividad estatal, y la que lo considera como un principio de división de competencias²⁹:

- a. Los autores que conciben a la subsidiariedad como un límite, señalan que al principio de autoridad que construye desde arriba el orden de la comunidad, se contrapone el principio de subsidiariedad que define desde abajo, limitándola, la intervención coordinadora del poder. Con esa función de límite, el principio de subsidiariedad es el derecho al desenvolvimiento de las personas y las comunidades menores y negativamente la limitación estatal.
- b. Quienes consideran a la subsidiariedad como cualificación de la ayuda estatal, parten de un significado positivo del principio,

²⁶ Delpiazzo, "Las dimensiones del administrado", ob. cit., 234; Delpiazzo, *Derecho Administrativo General*, vol. 2, ob. cit. 250; y Delpiazzo, *Derecho Administrativo General y Especial*, tomo II, vol. 2, 10.

²⁷ Barra, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, ob. cit., 61.

²⁸ Carlos E. Delpiazzo, *Derecho Administrativo Especial*, vol. 2, 3º ed. actualizada y ampliada (Montevideo: AMF, 2017), 564.; y Delpiazzo, *Derecho Administrativo General y Especial*, tomo V, vol. 3, ob. cit., 7.

²⁹ Luis Sánchez Agesta, "El principio de función subsidiaria", *Revista de Estudios Políticos* (1962): 12.

que lo define no ya como un límite a la acción del Estado, sino como una especificación de la naturaleza de su intervención. Según este enfoque, subsidiario no quiere decir que el Estado deba hacer lo menos posible o que sólo tenga una función secundaria o supletoria, sino que, tomando como punto de partida el sentido etimológico de la palabra subsidiariedad (la que proviene de *subsidiū*), la intervención estatal se traduce en la ayuda, en la promoción, coordinación, vigilancia y control de la actividad privada, y sólo cuando así lo exige el bien común suple a ésta.

- c. Otra corriente de interpretación de este principio lo considera como un criterio de división de competencias. Según este punto de vista, la misión del Estado al servicio del bien común es hacer posible las tareas de todos los miembros de la comunidad; lo que esos miembros de la comunidad individualmente considerados u organizados en sociedades intermedias pueden hacer con sus propias fuerzas, corresponde a su competencia³⁰.

En cuarto lugar, no debe llamar la atención que, entre los diversos grupos intermedios, se destaque “especialmente la familia, como la célula básica de la sociedad”³¹.

Es que la familia es una comunidad de personas ligadas por una unidad de origen: todo hombre es hijo y nunca deja de serlo. Ser hijo es incluso más radical que ser varón o mujer, porque indica el modo de originarse uno mismo: nacer. Ser hijo significa depender, proceder de, tener un origen determinado, reconocible en nombres y apellidos: es la estirpe a la que uno pertenece³².

Por lo tanto, la familia es una institución natural y permanente, que constituye lo que Gelsi Bidart llamó con acierto el lugar de la persona³³. En la familia se aprende a vivir y se obtiene un perfil genético propio, tanto en lo físico como en lo psíquico (carácter, aptitudes, urdimbre afectiva, aprendizaje de conducta, costumbres, gestos, modos de ha-

³⁰ La referencia que la Encíclica “*Laudato Si’*” del Papa Francisco (2015) hace al “desarrollo de los diversos grupos intermedios aplicando el principio de la subsidiariedad” (Nº 157), se inscribe en la línea de la doctrina social de la Iglesia desde la Encíclica “*Rerum Novarum*” del Papa León XIII (1892), desarrollada por las Encíclicas “*Quadragesimo Anno*” del Papa Pío XI (1931), “*Mater et Magistra*” del Papa Juan XXIII (1961), y “*Sollicitudo rei sociales*” (1988) y “*Centésimus Annus*” del Papa Juan Pablo II (1991), entre otros documentos (como la Constitución Apostólica “*Gaudium et Spes*” del Concilio Vaticano II).

³¹ Francisco, *Laudato Si’*, Nº 157, ob. cit., 121.

³² Ricardo Yepes Stork, *Fundamentos de Antropología* (Pamplona: EUNSA, 1996), 285-86.

³³ Adolfo Gelsi Bidart, “La familia y el Derecho”, en *El Derecho y la Familia* (Montevideo: FCU, 1998), 248.

blar, cultura práctica, etc.). Pero, además, la familia es el depósito de los valores que más profunda y permanentemente quedan grabados en el espíritu de sus miembros mediante la educación (actitudes religiosas, virtudes morales, modos de valorar, ideales, etc.).

De ahí el indiscutible valor de la familia, y de ahí también el sólido fundamento de su ser y existir perdurable.

Por eso, la Constitución uruguaya (1966) establece con precisión en la primera frase del art. 40 que "La familia es la base de nuestra sociedad"³⁴. También la Constitución de la República Federativa de Brasil (1988) considera a la familia como "base de la sociedad"³⁵ (art. 226) mientras que la Constitución de la República de El Salvador (1983) agrega la palabra fundamental, dice que "La familia es la base fundamental de la sociedad"³⁶ (art. 32).

En similar sentido, la Constitución Política de la República de Chile (1980) reconoce que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad"³⁷ (art. 1º, inc. 2º). En iguales términos se pronuncia la Constitución Política de Colombia (1991) (art. 42).

Acudiendo al mismo concepto, la Constitución de la República del Paraguay (1992) y la Constitución de la República Dominicana (2010) proclaman que "La familia es el fundamento de la sociedad"³⁸ (arts. 49 y 55 respectivamente) y la segunda agrega que ella es "el espacio básico para el desarrollo integral de las personas"³⁹.

Por su parte, la Constitución Bolivariana de Venezuela (1999) dispone que "El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas"⁴⁰ (art. 75).

A partir de lo que viene de decirse, es constatable que las disposiciones constitucionales se alinean con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), conforme a la cual "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"⁴¹ (art. 16, num. 3). La calificación de la fami-

³⁴ <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/ury>.

³⁵ <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/bra>.

³⁶ <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-la-republica-de-el-salvador-del-15-diciembre-1983/html>.

³⁷ <https://www.senado.cl/acerca-del-senado/normativa/constitucion-politica, ob. cit>.

³⁸ https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo3.pdf.

³⁹ <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/REP%C3%9ABLICA-DOMINICANA-Constitucion.pdf>.

⁴⁰ <https://venezuela.justia.com/federales/constitucion-de-la-republica-bolivariana-de-venezuela/>.

⁴¹ <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

lia como "elemento fundamental de la sociedad"⁴² aparece igualmente en el art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Con parecidos términos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), conocida como Pacto de San José, preceptúa que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado"⁴³ (art. 17, num. 1)⁴⁴. El giro se repite en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1988), conocido como Protocolo de San Salvador (art. 10).

Las expresiones célula básica, base, fundamento, núcleo fundamental, elemento natural y fundamental califican la importancia y situación de primacía de la familia. En virtud de tal primacía, según lo reconocen los instrumentos internacionales y Constituciones citadas, la familia es acreedora de la protección estatal, la cual se expresa en un doble sentido: mediante la actuación y mediante la abstención.

Por un lado, a partir de la afirmación de la familia como sociedad natural y anterior a la sociedad civil –ya que la parte (la familia) es anterior al todo (la sociedad civil)– resulta con evidencia que el Estado tiene el deber de actuar positivamente para protegerla en la procura de sus derechos fundamentales⁴⁵.

Por otro lado, la familia también tiene derecho al cuidado estatal a través del deber de abstención. En efecto, al Estado no le cabe introducirse en los aspectos que hacen al fuero personal de los integrantes de la familia, especialmente en lo que refiere a la aptitud para la transmisión de la vida. Una injerencia estatal sustituyente de la familia en sus misiones naturales sería lesiva de la dignidad humana⁴⁶.

En quinto lugar, al menos desde Aristóteles, la justicia es considerada una virtud, que, entre nosotros, Couture definió como la "virtud consistente en la disposición constante del ánimo de dar a cada uno lo que le corresponde"⁴⁷.

⁴² <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>.

⁴³ https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.p.

⁴⁴ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1991), 108.

⁴⁵ Mariano R. Brito, "El cuidado de la familia por el Estado y la procuración del bien común en nuestros países", *Revista de Derecho Público*, N° 57-58 (1995): 170.

⁴⁶ Id., 205.

⁴⁷ Eduardo J. Couture, *Vocabulario Jurídico* (Buenos Aires: Depalma, 1976), 372.

Consecuentemente, la virtud de la justicia se da en la ocurrencia de tres condiciones: el otro como término, lo debido como objeto, y la igualdad como medida⁴⁸.

Según se considere a los sujetos (si son particulares o si uno es el Estado), el bien que se recibe o entrega y la medida del acto justo tendrán distintas características que incidirán en la estructura de la relación jurídica, permitiendo distinguir la justicia conmutativa de la justicia distributiva.

La justicia conmutativa ordena las relaciones mutuas entre personas privadas, de modo que la proporción no se da respecto de los sujetos sino respecto de las cosas que entre ellos median. En cambio, la justicia distributiva regula las relaciones de cada uno con el todo, por lo que tiene a su cargo el reparto proporcional de los bienes que corresponden a cada sujeto conforme a sus méritos y necesidades⁴⁹.

Así, mientras que en la justicia conmutativa la razón del débito es el intercambio de bienes privados, en la justicia distributiva aquella razón es el derecho a participar de los bienes comunes. Consecuentemente, en tanto en la justicia conmutativa, el bien o derecho de un sujeto se compensa con el débito u obligación de otro sujeto (que cumple su obligación con su propio patrimonio), en la justicia distributiva dicho bien o derecho tiene su contrapartida en el débito u obligación del Estado (que no tiene otro patrimonio que el afectado al cumplimiento del bien común y que sólo puede cumplirlo o realizarlo en relación con toda la comunidad, en la proporción que corresponda a cada una de sus partes)⁵⁰. Por eso, se dijo antes que el bien común es esencialmente distributivo.

Y también por eso agrega el Papa que:

En las condiciones actuales de la sociedad mundial, donde hay tantas inequidades y cada vez son más las personas descartables, privadas de derechos humanos básicos, el principio del bien común se convierte inmediatamente, como lógica e ineludible consecuencia, en un llamado a la solidaridad y en una opción preferencial por los pobres⁵¹.

En cuanto virtud, la solidaridad implica la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común. Enseña el Papa que esa solidaridad debe ser no sólo actual sino con las generaciones futu-

⁴⁸ Rodolfo Carlos Barra, *Principios de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Abaco, 1980), 58.

⁴⁹ Augusto Durán Martínez, *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General* (Montevideo, 1999), 140.

⁵⁰ Barra, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., tomo 1, 159.

⁵¹ Papa Francisco, Encíclica Laudato Si', 24 de mayo de 2015, N° 158, 122.

ras porque “Ya no puede hablarse de desarrollo sostenible sin una solidaridad intergeneracional”⁵².

Como bien se ha destacado:

La gestión de los intereses colectivos es la tarea fundamental de la Administración pública. Por eso, la sensibilidad ante lo público como deseo de hacer efectivo el bien común, es uno de los retos más importantes que tiene planteada la Administración como organización y los funcionarios como colectivo de personas individuales que son, en definitiva, los responsables de la buena marcha del aparato administrativo (...). La tarea de la gestión de los intereses colectivos tiene un contenido ético de notable envergadura. Por eso, exige de quienes ocupan cargos públicos, una especial ejemplaridad en la medida que tienen el trascendente deber de gestionar constantemente los intereses públicos⁵³.

4. Requerimientos que impone la globalización

Dando un paso más respecto a sus documentos antes citados, en la Encíclica *Fratelli Tutti* de 3 de octubre de 2020, el Papa avanza en la atención de una nueva dimensión del bien común a causa de la globalización (Nº 29) como realidad distinta al globalismo (Nº 12), requerida de pensar y gestar un mundo abierto (Nº 87) con horizonte universal (Nº 146), en el que “la sociedad mundial no es el resultado de la suma de los distintos países, sino que es la misma comunión que existe entre ellos”⁵⁴ (Nº 149).

De este modo, siguiendo útil distinción a la que he acudido anteriormente⁵⁵, se mira a la globalización como un proceso de interconexión, distinguiible de otros fenómenos como son la globalidad y el globalismo⁵⁶.

Por una parte, la globalidad es la conciencia de vivir en una sociedad mundial interrelacionada, de modo que ningún país ni grupo puede vivir al margen de los demás, lo que conduce a encarar los problemas globalmente.

Por otra parte, el globalismo se define como la concepción de acuerdo a la cual el mercado mundial sustituye a la política, de modo

⁵² Id., Nº 159, 122.

⁵³ Jaime Rodríguez Arana, *La dimensión ética* (Madrid: Dykinson, 2001), 332.

⁵⁴ Papa Francisco, *Fratelli Tutti*, 3 de octubre de 2020, Nº 149, https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html.

⁵⁵ Carlos E. Delpiazzo, “Universalización de derechos, economía disruptiva y Derecho Administrativo Global”, *Revista de Derecho Público*, Nº 50 (2016): 27; y Carlos E. Delpiazzo, “Dos determinantes actuales del Derecho Administrativo Global”, en *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje internacional de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI* (Madrid: INAP, 2016), 95.

⁵⁶ Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización* (Barcelona: Paidós, 1998), 27.

que puede considerarse una ideología caracterizada por la pretensión de llevar a cabo la superación de los mercados nacionales por un mercado integrado mundial paralelo a la institucionalidad estatal. Según este enfoque, la globalización de la economía procede a través de la liberalización comercial, la desregulación de los mercados, la privatización y, en algunos casos, la integración regional, tendiendo a la mercantilización de las relaciones sociales y produciendo un debilitamiento del poder de los Estados nacionales, especialmente de su poder normativo.

A partir de la nueva dimensión (global) del bien común, el Papa señala como nuevos requerimientos los siguientes: (i) la superación del descarte mundial, especialmente por razones de edad, pobreza y raza (Nº 18 y ss.); (ii) una genuina amistad social dentro de la sociedad como condición de posibilidad de una verdadera apertura universal (Nº 99); (iii) una auténtica fraternidad (Nº 103); y (iv) la revalorización de la solidaridad (Nº 114).

Y agrega: "Para hacer posible el desarrollo de una comunidad mundial, capaz de realizar la fraternidad a partir de pueblos y naciones que viven la amistad social, hace falta la mejor política puesta al servicio del verdadero bien común"⁵⁷ porque:

La sociedad mundial tiene serias fallas estructurales que no se resuelven con parches o soluciones rápidas meramente ocasionales. Hay cosas que deben ser cambiadas con replanteos de fondo y transformaciones importantes. Sólo una sana política podría liderarlo, convocando a los más diversos sectores y a los saberes más variados⁵⁸.

En pos de "una economía integrada en un proyecto político, social, cultural y popular que busque el bien común"⁵⁹. Para ello, hay que "construir en común"⁶⁰ (Nº 203).

II. Perspectiva del interés general

Como concepto asociado al bien común, el interés general, no obstante, las dificultades para definirlo⁶¹, es evidente que el mismo es superior al interés individual, habiendo sido definido por Alessi como el

⁵⁷ Papa Francisco, *Fratelli Tutti*, 3 de octubre de 2020, Nº 154, https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html.

⁵⁸ Id., Nº 179.

⁵⁹ Id.

⁶⁰ Id., Nº 203.

⁶¹ Guillermo Muñoz, "El interés público es como el amor" (separata de las XXXIV Jornadas Nacionales y IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Santa Fe, 2008); y Jaime Rodríguez Arana Muñoz, "El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones públicas", *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, Nº 8 (2010): 16.

“interés colectivo primario formado por el conjunto de intereses individuales preponderantes en una determinada organización jurídica de la colectividad”⁶².

Por lo tanto, consiste en el interés de la sociedad, entendida como el conjunto de personas ligadas de manera orgánica por un principio de unidad que supera a cada una de ellas, constituyéndose en el bien común que posibilita el conjunto de condiciones aptas para obtener la plena suficiencia de vida en sociedad y alcanzar el fin último del hombre, de acuerdo con su propia naturaleza⁶³.

En opinión de Brito, es un estado de plenitud ontológica de la sociedad; es el bien que puede ser participado por todos y cada uno de los miembros de la comunidad humana. Por eso, entiende que puede ser definido positivamente por la asistencia y apoyo prestado a los habitantes y entes sociales menores para la realización de sus fines sin exonerarlos de su protagonismo originario, y negativamente por la abstención de la acción estatal directa en cuanto hace a la libertad interior de cada uno. Su carácter preeminente sobre el interés particular (de un individuo o grupo) obedece precisamente a que aprovecha y beneficia a todos y cada uno de los miembros del cuerpo social⁶⁴.

En el Estado de Derecho la limitación de derechos no puede fundarse en cualquier interés sino únicamente en el superior interés general –que no puede ser el interés de un grupo o parte del colectivo social– ya que debe ser ampliamente abarcativo, es decir, equivalente al bien común.

III. Aproximación al interés público

Por lo que refiere al interés público se opone al interés privado ya que ambos operan en espacios distintos. Al decir de Escola:

El interés público no es de entidad superior al interés privado ni existe contraposición entre ambos: el interés público sólo es prevalente con respecto al interés privado, tiene prioridad o predominancia por ser un interés mayoritario, que se confunde y asimila con el querer valorativo asignado a la comunidad (...). Si el interés público y el interés privado tienen la misma identidad sustancial, si son cualitativamente semejantes, distinguiéndose sólo cuantitativamente, de suerte que el primero deba prevalecer o primar sobre el segundo, va de suyo que el interés privado no puede ser sacrificado al interés público, aun cuando pueda ser desplazado o sustituido por éste (...). Sólo cuando se identifica el interés público con el interés propio del Estado, de la Administración, del Partido, del soberano, del jerarca, etc.,

⁶² Renato Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, tomo I (Barcelona: Bosch, 1970), 184-185.

⁶³ Soto Kloss, “La democracia ¿para qué? Una visión finalista”, ob. cit., 18.

⁶⁴ Mariano R. Brito, “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo”, *La Justicia Uruguaya* tomo XC, sección Doctrina: 13.

podría pretenderse que ese supuesto interés público –que no es tal– llega no sólo a desplazar sino a sacrificar y extinguir cualquier interés privado que se le opusiera, incluso sin ningún tipo de reparación, pues ambos tendrían una entidad sustancial diferente, siendo la del primero superior y derogante de la del segundo. Esta sería en concreto la causa de la tan mentada razón de Estado, con la cual se quiere amparar todo avance y toda lesión de los intereses privados, que quedan así ligados a tal sujeción, en relación con el interés público⁶⁵.

Desde el punto de vista del Derecho positivo uruguayo, bien dice el art. 20, inc. 2º de la ley anticorrupción N° 17.060 de 23 de diciembre de 1998 que:

El interés público se expresa, entre otras manifestaciones, en la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas, en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, en la rectitud de su ejercicio y en la idónea administración de los recursos públicos⁶⁶.

IV. Relaciones

Aunque en el lenguaje cotidiano muchas veces las expresiones bien comunes, interés general e interés público se usan indistintamente, se trata de tres conceptos distintos, aunque vinculados.

En tal sentido, es destacable la enseñanza de Durán Martínez al respecto:

Es un lugar común, desde Aristóteles a nuestros días, afirmar que el hombre es un animal político. Pero no se agota en lo político. El hombre tiene una dimensión individual, una dimensión social, que conlleva la política, pero no se confunde con ella, y una dimensión trascendente. Y todas esas dimensiones se funden en una unidad, son inescindibles porque la persona humana es una sola (...). El interés privado se relaciona con esa dimensión individual del todo ser humano que lo hace ser único y diferente de sus semejantes, y por eso es valioso y digno de tutela. Y también se relaciona con esa dimensión social que nos hace integrar una comunidad natural, como lo es la familia, base de la sociedad, y de esas otras comunidades intermedias que trascienden la familia pero que son, de alguna manera, de nuestro dominio particular, no necesariamente en exclusividad, pero sin llegar a ser público. El interés público se relaciona con nuestra dimensión social en el aspecto que conlleva lo político, pero también, aún sin conllevar lo político, trasciende de lo meramente privado al ocupar un espacio que necesariamente es compartido por requerirlo el desarrollo de la personalidad (...). Interés privado e interés público operan en espacios distintos y, aunque por momentos tengan contornos difusos, no se confunden pero tampoco se contradicen, pues se relacionan con las diversas dimensiones de la naturaleza humana que, como se ha visto, sin inescindi-

⁶⁵ Héctor Jorge Escola, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1989), 249.

⁶⁶ Ley 19.823, de 2019, art. 6, IMPO (Impresiones y Publicaciones Oficiales), <https://www.imo.com.uy/bases/leyes/19823-2019/6>.

bles. Precisamente, esa unidad de naturaleza humana se contempla con el interés general, que incluye al interés privado y al interés público. Es de interés general la adecuada satisfacción del interés privado y del interés público, lo que se logra con la creación de la situación de hecho necesaria para el desarrollo de la persona humana. Dicho en otras palabras, es de interés general la configuración del bien común⁶⁷.

Y agrega:

El bien común, fin del Estado, es un estado de hecho. Es el estado de hecho propicio para el desarrollo de la persona humana. Es algo objetivo, no depende de los agentes de su realización y no coincide exactamente con el fin específico de cada una de las entidades estatales, aunque dichos fines específicos naturalmente se encuentran subordinados a ese bien común (...). No consiste en la simple suma de los bienes particulares de cada sujeto del cuerpo social. Siendo de todos y de cada uno es y permanece común, porque es indivisible y porque sólo juntos es posible alcanzarlo, acrecentarlo y custodiarlo, también en vistas al futuro⁶⁸.

Desarrollando dichos vínculos, expresa que el interés general:

Es un freno al legislador en lo que se refiere a la limitación o hasta la privación del goce del ejercicio de derechos humanos. El art. 7º de nuestra Constitución es muy claro al respecto (...). Pero el interés general no solamente tiene una función de limitación o de restricción. También desempeña una función activa o positiva. En efecto, la fuerza expansiva de los derechos humanos hace que el interés particular y el interés público, ambos integrantes del interés general, requieran ser satisfechos por acciones positivas y no solamente por acciones negativas. El Estado, principal responsable –aunque no único– del logro del bien común, se ocupa de los derechos prestacionales, precisamente porque son derechos fundamentales que deben ser respetados para posibilitar que todos y cada uno de los seres humanos puedan vivir su vida en plenitud⁶⁹. ■

⁶⁷ Augusto Durán Martínez, "Derechos prestacionales e interés público", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 73 (2010): 629.

⁶⁸ Id.

⁶⁹ Id.

Subsidiariedad, Poder Público y bien común

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*

REDAV, N° 29, 2024, PP. 65-86

Resumen: El artículo analiza la crisis del Estado de bienestar estático, argumentando que su excesivo intervencionismo y control social han terminado por asfixiar la libertad individual y anular la iniciativa de las organizaciones intermedias. Ante este agotamiento, se propone la transición hacia un Estado de bienestar dinámico, fundamentado en la dignidad humana como valor supremo.

Palabras clave: Bien común – Dignidad humana – Estado de bienestar

Abstract: *This article analyzes the crisis of the "static welfare state", arguing that its excessive interventionism and social control have ultimately stifled individual liberty and suppressed the initiatives of intermediate social bodies. In response to this decline, the author proposes a transition toward a "dynamic welfare state" rooted in human dignity as its guiding principle.*

Keywords: Common good – Human dignity – Welfare State

Recibido

17-06-2025

Aceptado

15-08-2025

Introducción

El bien común, el Poder Público y la subsidiariedad, son cuestiones capitales que surgen cuando se estudia a fondo la relación existente entre el Estado y la Sociedad. Un tema hoy de gran actualidad especialmente en un tiempo en que las ideologías cerradas están dominando el panorama mundial de las ideas y sistemas políticos.

En esta materia, nada mejor que recordar una de las máximas de los profesores de la Escuela de Friburgo, los patrocinadores de la teoría de la economía social de mercado, que creían firmemente en que el ideal de relaciones entre Estado y Sociedad debía estar regido por esta máxima: tanta libertad como sea posible y tanta intervención pública como sea imprescindible. Algo que se desconoce por doquier pues vivimos más bien en un mundo en el que podemos constatar justo lo contrario: tanta libertad como sea necesaria y tanta intervención pública, tanto poder público, como sea posible.

* Catedrático de Derecho Administrativo y Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

En términos generales, se puede afirmar que la principal función del Estado es la de garantizar en las mejores condiciones el ejercicio de los derechos y las libertades de los ciudadanos. Es decir, la dignidad del ser humano, matriz cultural y antropológica de nuestra civilización, es más que un principio ético o filosófico capital, central. Es, además, y sobre todo, un principio jurídico, el más relevante de todos. Por eso, las estructuras públicas, los procedimientos públicos, las funciones públicas, los presupuestos públicos, deben diseñarse y construirse precisamente en función de la dignidad humana, no al revés, como suele acontecer en nuestras realidades nacionales y supranacionales. Por la sencilla y poderosa razón de que la dignidad del ser humano es de tal calibre jurídico que podemos afirmar en alta voz que se levanta y se yergue, omnipotente y todopoderosa, frente a cualquier embate o intento del poder político o financiero por laminarla, por arrumarla.

Es decir, en palabras del profesor Durán, el Estado es un ser instrumental finalizado al logro del bien común; está al servicio de la persona humana en toda su dimensión. Es más, como recalca el catedrático uruguayo, si su accionar no sirve para esto, es ineficaz y, por tanto, ilegítimo¹.

El Estado existe y está para atender a la persona, que es su centro y su raíz, así como la justificación, primera y última, de sus políticas y decisiones. El Estado, pues, existe y se justifica para hacer posible la libertad de las personas. El Estado debe proteger, defender y promover los derechos fundamentales, individuales y sociales, de los hombres y las mujeres. Se trata de una tarea que llamamos promocional pero que, sin embargo, en ocasiones, no pocas, brilla por su ausencia porque el Estado, traicionando su legítima función, invade y se adentra en el sacrosanto mundo de la libertad hasta conseguir doblegar hasta las más íntimas convicciones personales.

La actualidad del principio de subsidiariedad, su necesidad, cada vez mayor, viene motivada por la profunda crisis del modelo que denomino del Estado de bienestar estático. Aquel que buscó, de día y de noche, a todas horas, por todos los medios a su alcance, la forma, sutil o grosera, de aniquilar las iniciativas sociales pensando, craso error, que la encarnación del ideal ético estaría en relación con la intensidad de la presencia estatal en la vida social. En Europa estamos de vuelta de este modelo y desde las posiciones más moderadas y sensatas se postula la versión dinámica del Estado de bienestar, aquel en el que las personas puedan realizarse libre y solidariamente en la vida social, sin más presencia pública que aquella que ayude o facilite el libre y solidario desarrollo de la personalidad de cada individuo.

¹ Augusto Durán Martínez, "Principio de eficacia y Estado subsidiario", en *Estudios de Derecho Público, Volumen I* (Montevideo, 2008), 18.

En efecto, hoy el modelo de Estado de bienestar, en su versión estática, ha fracasado, además de por lo equivocado de su planteamiento porque es imposible de implementar en la realidad. Tarde o temprano, esa inmensa capacidad de intervención concentrada en los poderes públicos caerá ante la colossal crisis financiera del Estado. Si a eso añadimos, además, que la propia función reguladora, inspectora, supervisora, de vigilancia del Estado ha sido bien deficiente durante la crisis económica, entonces el panorama general es complejo, bien complejo y, para muchos, insufrible.

El actual colapso del Estado de bienestar, insisto, en su versión estática, se ha ido produciendo poco a poco. A base, fundamentalmente, de incrementar la intervención pública en la vida social, no para fomentar la libertad o para garantizarla, sino precisamente para todo lo contrario, para ir controlando, para ir ahormando, para ir conformando a la sociedad a través del uso clientelar y unilateral de la principal institución conformadora del Estado social que es la subvención.

En realidad, hemos llegado a la situación que conocemos por muchas causas. Una de ellas, no menor, reside en que el mercado, el espacio de las transacciones, ha sido dominado en estos años por la obsesión por el lucro que, lisa y llanamente, según el diccionario de la Real Academia Española, no es más, ni menos, que toda ganancia obtenida sin contraprestación. Es decir, el beneficio por el beneficio sin otras consideraciones.

I. Estado y bien común

El Estado es la comunidad de un pueblo asentada sobre un determinado territorio, dotado del más alto poder de dominio, para la fundamentación completa de su bienestar general². Esta definición, una de las mejores que se pueden encontrar en el marco del Derecho Natural, recoge expresamente el término *bienestar*. ¿Por qué será? Porque una de las funciones esenciales del Estado es la puesta en marcha de las instituciones que hagan posible la obtención autorresponsable de sus propios fines en el marco del bien común. En este sentido, el Estado debe adoptar las medidas oportunas en interés del bien general, del bien común que rectamente entendido e implementado asegura y preserva la vitalidad social.

El bien común, el bien general, es precisamente la finalidad general del Estado. Es más, el poder estatal es el medio del que dispone la autoridad política para alcanzar el bien común, para conseguir precisamente el bienestar de la sociedad como un todo. En este sentido, el

² Johannes Messner, *Ética social, política y económica a la luz del derecho Natural* (Madrid: Rialp, 1967), 813-814.

poder es servicio, servicio objetivo al bien común, al bien general. El bien común en realidad consiste en hacer posible a los ciudadanos su realización en libertad y solidaridad, no de cualquier forma, menos todavía como sujetos inertes, manipulables. En palabras más claras: el Estado debe garantizar el marco y las condiciones necesarias para que los ciudadanos puedan desarrollar íntegramente, en libertad solidaria, su personalidad.

El bien común, pues, constituye el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el libre y solidario desarrollo de su personalidad.

En efecto, sobre el bien común, que es la expresión filosófica del concepto sociológico de bien o bienestar general o del jurídico-administrativo interés general. Hoy, sin embargo, el bien común aparece desnaturalizado en tantas y tantas decisiones de política social, económica o financiera que sólo se dirigen al bien propio de cada operador sin sensibilidad social, sin compromiso con el conjunto. En efecto, el bien de todas y cada una de las personas que componen la sociedad en cuanto tales sólo es posible cuando las decisiones, especialmente en el mundo económico y financiero se inspiran, en esa solidaridad social a que apelaba en sus escritos nada menos que León Duguit. En este sentido, el bien común es el bien de todos, familias, personas físicas, jurídicas, instituciones sociales, cuerpos intermedios que se unen en comunidad social. No es un bien que se busque por sí mismo, sino para las personas que forman parte de la comunidad social y que solo en ella pueden conseguir su bien realmente y de modo más eficaz.

Francisco, en un discurso a dirigentes públicos y sociales el 27 de julio de 2013, decía que la hermandad entre los hombres y la colaboración para construir una sociedad más justa no son un sueño fantasioso sino el resultado de un esfuerzo concertado de todos hacia el bien común. Les aliento, señalaba el Papa, en éste su compromiso por el bien común, que requiere por parte de todos: sabiduría, prudencia y generosidad. Tres cualidades que hoy, a pesar de ser tan cacareadas en los libros sobre el arte del gobierno, en general, al menos del otro lado del océano, brillan por su ausencia con las consecuencias que de ello se derivan y que contemplamos a diario.

Un análisis sosegado de estas palabras proyectado sobre el funcionamiento, en estos años, de poderes políticos y financieros en términos generales, nos demuestra hasta qué punto la ausencia del bien común ha estado, y está presente, en la toma de decisiones en estos ámbitos, más preocupados de la obtención de beneficios crematísticos al precio que sea y de la consecución de votos por cualquier método. Por eso la crisis actual es, esencial y radicalmente, una crisis moral y por eso la salida a la crisis interpela y desafía la conciencia moral de quienes tienen a su cargo la toma de decisiones en estos campos y también ani-

ma a los ciudadanos en general a tomarse en serio la participación en la vida política, económica, social y cultural. La publicación en este tiempo de los llamados papeles de Panamá no hace más que reforzar los compromisos que surgen de la ética y la moral en este proceloso mundo que nos toca vivir.

II. Estado, poder, bien común y subsidiariedad

El poder estatal tiene un evidente sentido de servicio al bien común y es el poder supremo entre los poderes sociales naturales porque, como dice Messner, el cumplimiento de las tareas particulares de todas las pequeñas comunidades depende de que el Estado cumpla sus tareas sociales más básicas. Sabemos que los hombres pertenecemos inmediatamente a pequeñas comunidades (familia, Ayuntamiento, Provincia, Corporación profesional) y que el primer deber del Estado es crear los presupuestos, las condiciones para cumplir las tareas que a esas comunidades impone la naturaleza. En este sentido, el Estado sería una vinculación de comunidades de forma que en las relaciones bilaterales del Estado con respecto a la pequeña y gran comunidad debe respetar y promover los derechos originarios comunitarios³.

En este sentido, la responsabilidad de construir el bien común compete, además de a las personas particulares, al Estado, porque el bien común es la razón última del ejercicio de la autoridad política. Es más, si la Política no se ordena al bien común no cumple de ninguna manera su primigenia y capital función.

El propio fin del poder estatal, en la medida en que se orienta hacia el cumplimiento de las funciones sociales básicas de protección del orden jurídico y de aseguramiento del bienestar, implica evidentes limitaciones. Primera: el Derecho Natural y los derechos naturales adquiridos de los ciudadanos, los derechos humanos o derechos fundamentales de la persona, de las comunidades, de las minorías, de otros Estados, de la Iglesia, etc. Y segunda: los medios imprescindibles para garantizar una situación de bienestar. Estos límites son flexibles ya que las exigencias del bien común son variadas y diversas según las distintas soluciones. Pero como regla general puede afirmarse que la presunción jurídica está contra la extensión del poder estatal.

¿Por qué? Porque precisamente el poder estatal se justifica en la constitución natural del orden colectivo de las funciones sociales fundamentales. Como sabemos, la responsabilidad o la competencia individual precede a la global o universal. Es decir, lo que los individuos y las pequeñas comunidades sean capaces y estén dispuestos a hacer deben hacerlo, sin interferencias del Estado. El principio de subsidia-

³ Messner, ob. cit., 299.

riedad es un principio fundamental de toda autoridad, pues, en sentido estricto, una estructura social de orden superior no debe interferir, menos invadir o condicionar, en la vida interna de un grupo social de orden inferior, anulándolo y privándolo de sus competencias. Más bien debe auxiliarlo, ayudarlo, sostenerlo en caso de necesidad y facilitarle una relación armónica con las demás instituciones y corporaciones en orden a la plena realización del bien común.

En efecto, la subsidiariedad es un criterio fundamental para la ordenación de la vida social, política y económica. En modo alguno justifica, como se ha pretendido entender, por ejemplo en el Derecho Comunitario Europeo y en muchos ordenamientos nacionales, la intervención directa del ente político superior cuando el inferior, a causa de la falta de trasferencias de poderes y competencias, no está en condiciones de atender ciertas funciones en relación con sus ciudadanos. Más bien, en estos casos, el Estado debe dotar de medios a los entes territoriales inferiores para que puedan administrar las funciones que le son propias en beneficio de sus habitantes.

Es verdad que el principio de subsidiariedad aparece como tal no hace mucho, en 1892 con León XIII, aunque su contenido, como sabemos, obviamente es muy antiguo. Tomás de Aquino, comentando a Aristóteles, señala que la exagerada unificación y uniformidad amenaza la sociedad compuesta por una multiplicidad de estructuras, al igual que desaparecen la sinfonía y la armonía de las voces cuando todas cantan en el mismo tono (*In. Pol.*, II, 5). Dante Alighieri, en el mismo sentido, apunta en su *De Monarchía* (I, 14) que en modo alguno debe decidir inmediatamente el Emperador todos los pequeños asuntos de cada ciudad, pues las naciones, reinos y ciudades tienen sus características diversas que han de ser consideradas leyes especiales. Más adelante, la subsidiariedad estuvo muy presente en las polémicas entre los curialistas y sus detractores durante el siglo XIV. Ya en el siglo XIX, antes de las Encíclicas sociales, Höffner recuerda que el Obispo Ketteler formuló este principio adecuadamente permitiéndose hablar de derecho subsidiario entendido éste como el derecho del pueblo, derivado de la razón y la verdad, a realizar y procurar por sí mismo, en su casa, en su comunidad, en su patria, lo que puede hacer por sí mismo.

Tal y como enseñó León XIII en la *Rerum Novarum* en 1892, la subsidiariedad está entre las directrices más constantes y características de la doctrina social de la Iglesia. En efecto, tal y como reconoce el catecismo de la Iglesia Católica en su numeral 1882, es imposible promover la dignidad de la persona si no se cuidan la familia, los grupos, las asociaciones, las realidades territoriales locales, en definitiva, aquellas expresiones aggregativas de tipo económico, social, cultural, deportivo, recreativo, profesional, político, a las que las personas dan vida espontáneamente y que hacen efectivo su efectivo crecimiento social. Como

señala San Juan Pablo II en *Sollicitudo Rei Socialis* numeral 15, es éste precisamente el ámbito de la sociedad civil, entendida como el conjunto de las relaciones entre individuos y entre sociedades intermedias, que se realizan en forma originaria y gracias a la subjetividad creativa del ciudadano.

Tal creatividad subjetividad del ciudadano, que debiera ser objeto de fomento y aliento desde los Poderes públicos, más bien se intenta aniquilar y eliminar para que no aflore al espacio público ninguna iniciativa que ponga en cuestión ese pensamiento único que se inocula, sutil o groseramente, desde las terminales de las tecnoestructuras dominantes, sean del poder político, sean del poder mediático o financiero.

Esta red de relaciones que emergen de la creatividad subjetiva del ciudadano que es consciente de la relevancia de su participación en el espacio público, da lugar al tejido social y constituye la base de una verdadera comunidad de personas que, como apunta San Juan Pablo II en *Centssimus annus* numeral 49, hacen posible formas más elevadas de sociabilidad. En *Quadragesimo anno* numeral 203, en 1931, Pio XI señaló que este principio, importantísimo de la filosofía social, implica que como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos. Pio XII escribió el 5 de agosto de 1950, en esta línea, que el Estado no es una omnipotencia opresora de toda legítima autonomía. Su función, su magnífica función, es más bien favorecer, ayudar, promover la íntima coalición, la cooperación activa, en el sentido de una unidad más alta, de los miembros que, respetando su subordinación al fin del Estado, cooperan de la mejor manera posible al bien de la comunidad, precisamente en cuanto que conservan y desarrollan su carácter particular y natural. Ni el individuo ni la familia deben quedar absorbidos por el Estado.

Estas palabras de Pio XI, pronunciadas en 1931, están de palpitante y rabiosa actualidad, especialmente en el viejo y enfermo continente. Un espacio territorial que antaño fue baluarte y estandarte de la libertad solidaria y que hoy, por mor de una mal entendida subsidiariedad, justifica y legitima desde la cúpula operaciones de distinta naturaleza dirigidas a amputar derechos a la Comunidades territoriales menores y a anular cualquier atisbo de iniciativa social. Por eso Francisco recordó el 25 de noviembre de 2014 en el mismo corazón de Europa, en la sede del Consejo de Europa, la necesidad de construir de nuevo el viejo con-

tinente desde el servicio y la centralidad de la dignidad humana, pues, de lo contrario, interpretando la subsidiariedad justo para lo contrario de lo que es, el camino se tuerce y el grado de intervención pública llega a ser, como acontece ya en este tiempo, insoportable.

El principio de subsidiariedad implica que los Entes políticos superiores, el Estado lo es por autonomía, en lugar de oprimir y cegar la funcionalidad de los Entes territoriales inferiores, debe trabajar para que estas se encuentren en las mejores condiciones posibles de gestión y administración de lo general al servicio objetivo del bien común. Por eso en *Quadragesimo anno* Pio XI escribe, en el numeral 203, que las sociedades de orden superior deben ponerse en una actitud de ayuda (*subsidium*) –por tanto de apoyo– promoción, desarrollo, respecto a las inferiores. Así, de esta manera, como fácilmente puede colegirse, los cuerpos e instituciones intermedias, tan importantes para la pujanza social, podrán desarrollar armónicamente las funciones que les son propias, sin tener que cederlas o entregarlas, como hoy acontece tantas veces ante la omnipotencia de la presencia estatal, a otras instituciones sociales o políticas de orden superior, que acaban por absorber y sustituir dichas instituciones y cuerpos intermedios.

La subsidiariedad puede entenderse en sentido positivo y en sentido negativo. En sentido positivo se refiere a la ayuda económica, legislativa, institucional, ofrecida a las instituciones territoriales inferiores para que puedan realizar las tareas que les son propias de la mejor forma para promover, fomentar y defender la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas. En sentido negativo, la subsidiariedad hace referencia a una serie de implicaciones en negativo que obligan al Estado a abstenerse de cualquier medida restrictiva de las comunidades menores y esenciales de la vida social.

Höffner funda el principio de subsidiariedad tanto en la libertad y dignidad del hombre cuanto en la estructura y características de las pequeñas comunidades, que disponen de tareas y derechos que no pueden ser realizadas adecuadamente por instituciones más amplias. En efecto, el principio de subsidiariedad protege, por una parte, el ser y vida propios de los individuos y de las pequeñas comunidades ante los abusos de las estructuras sociales y políticas más amplias, de modo, que desde esta perspectiva, subsidiariedad equivale a autonomía o, lo que es lo mismo, a autonormación, autogobierno y autoadministración en el marco de las competencias propias. Por otra parte, subsidiariedad significa ayuda de arriba abajo, no anulación, merma o limitación, de lo de abajo por lo de arriba. La intervención auxiliar de las instituciones más amplias, superiores suele decirse, viene exigida por dos razones: porque los individuos o las pequeñas comunidades fallen en sus funciones y también porque se trate de tareas que realmente solo puedan llevarse a cabo por instituciones más amplias o superiores. Como las

personas y las pequeñas comunidades no son autárquicas sino que están integrados en estructuras sociales más amplias, no sólo tienen tareas propias, sino también tareas comunitarias y sociales que realizar al servicio de las personas.

Bien común, subsidiariedad y bienestar son conceptos que están más unidos de lo que parece. Por eso, en el estudio sobre el llamado Estado del Bienestar y su crisis deben desarrollarse convenientemente estos conceptos. El bien común, ya lo hemos señalado, es la clave porque implica ayuda, ayuda para que los individuos puedan conseguir los fines esenciales de la vida⁴. no ayuda para el individualismo, ayuda para el ejercicio de lo que he llamado libertad solidaria.

El principio de subsidiariedad, lógicamente, limita considerablemente la operatividad del poder estatal y responsabiliza a las personas en el cumplimiento de sus fines vitales y sociales. Como principio superior filosófico-social tiene tres importantes corolarios. Primero: un sistema social es tanto más perfecto cuanto menos impida a los individuos la consecución de sus propios intereses. Segundo: un sistema social es tanto más valioso cuanto más se utilice la técnica de la descentralización del poder y la autonomía de las comunidades menores. Tercero, y muy importante, un sistema social será más eficaz cuanto menos acuda a las leyes y más a la acción de fomento y a los estímulos para alcanzar el bien común. El libre desarrollo de la persona, en un contexto de bien común, es un dato capital.

Por eso, el principio de subsidiariedad supone tanta libertad como sea posible y tanta intervención estatal como sea imprescindible. En realidad, como sabemos, el ideal del orden social se orienta hacia la mayor libertad posible en un marco de mínima regulación estatal. Los pueblos que han tenido más leyes no es que hayan sido los más felices. Sin embargo, hoy por hoy existe una fuerte convicción, tan errada como irreal, de que el progreso social depende de la intervención estatal. La cuestión, sin embargo, reside en reducir la intervención a ese marco de ayuda ínsito en la idea del bien común, porque no se puede olvidar que la gran paradoja, y tremendo fracaso de la versión estática del Estado del Bienestar, ha sido pensar que la intervención directa producía automáticamente mayor bienestar general. La fórmula es, más bien, la que parte de la subsidiariedad: cuanto más se apoye a la persona y a las Comunidades menores en que se integra, más se fomentará la competencia y la responsabilidad y el conjunto tendrá una mayor autonomía. Porque no se puede olvidar que el principio de subsidiariedad protege los derechos de las personas y de las pequeñas comunidades frente a un Estado que, históricamente, ha cedido a la sutil tentación de aumentar considerablemente su poder. Pero lo más importante,

⁴ Johannes Messner, *Ética general y aplicada* (Madrid: Rialp, 1969), 228.

independientemente de la fuerza evidente de este principio básico de la ética política, es que el bien común se alcanza más fácilmente si los propios individuos y las pequeñas comunidades viven y se desarrollan en un contexto de responsabilidad e ilusión por conseguir sus fines existenciales.

Es evidente que el modelo del Estado de bienestar, tal y como está concebido actualmente, está agotado. Sus estructuras están sobrecargadas porque ha pretendido hacerlo todo sin contar con los individuos. Por otra parte, su rigidez burocrática le ha hecho perder contacto con las fuentes que le proporcionarían vitalidad, entre ellas la familia⁵. Y, fundamentalmente, este modelo de Estado ha caído preso del poder político en unos casos y del poder financiero en otros. El poder político se ha apropiado de sus instituciones y ha convertido lo que es la principal acción de fomento, la subvención, en la principal fuente de control social. Como el ansia de control social creció y creció así, igualmente, con la misma intensidad y frenesí, se ampliaron los programas y planes de ayudas y subsidios, concebidos para el control social, hasta que la caja de todos se quedó vacía. Y, por otra parte, el poder financiero consiguió, a través del tráfico de influencias y del *buen hacer* de don dinero, captar o, mejor, capturar no pocas veces las instituciones reguladoras que en lugar de ser entidades independientes o neutrales, como las denomina la doctrina, se han convertido en ocasiones en cómplices de tantos desaguisados financieros como hemos visto en estos años. ¿Cómo se explica que un famoso *broker* neoyorquino haya podido sostener durante décadas un negocio piramidal tras, al menos, siete u ocho inspecciones de la Comisión del Mercado de Valores de los Estados Unidos de América?

Las políticas sociales del Estado asistencial, que, originariamente, eligieron a la familia como objeto preferente de sus prestaciones, han acabado por vaciar de casi todo contenido relevante a la institución familiar hasta imponer una determinada manera de entender esta institución como si la función del Estado fuera la de construir intelectualmente conceptos y después proyectarlos unilateralmente sobre la vida social.

Ahora bien, para superar esta situación una solución podría pasar por traspasar la barrera del Estado de bienestar hacia lo que denominaríamos la Sociedad de bienestar. Esto supone no sólo poner el acento en lo vital (Sociedad) frente a lo estructural (Estado), sino que también evoca una nueva noción de bienestar: en vez de una recepción

⁵ Alejandro Llano, "Familia y convivencia social" (IX Congreso Nacional de Orientación Familiar, Madrid, 11-13 de noviembre de 1994). "El Estado del Bienestar ha intentado implantar la ficción de que todo lo serio de la vida se reduce a las transacciones de poder, dinero e influencia que acontecen en el Estado y el mercado. La primera víctima ha sido, paradójicamente, la familia".

pasiva de prestaciones, una intervención activa en una tarea común⁶. La vida social tiene calidad cuando a sus actores natos se les permite que realicen sus proyectos originales y se les otorga una ayuda a la que tienen derecho. En este sentido resulta de gran interés el artículo de Don Eberley, *Más allá de la política social*, publicado en *The Wall Street Journal* el 3 de noviembre de 1995, hace ya casi veintiséis años, y del que, por su interés, reproduczo un párrafo bien significativo:

Para restaurar la sociedad civil tenemos que dar marcha atrás en el modo de plantear los problemas sociales. En la historia americana anterior, el debate se centraba en la naturaleza profunda: del hombre y sus obligaciones. Ahora discutimos acerca de estructuras impersonales, a saber, acerca del gobierno y del mercado. Muchos conservadores y muchos liberales intervencionistas hablan de un modo racional y frío sobre los programas de gobierno o los sistemas de mercado, la mejora de los incentivos y la tasa de crecimiento económico, que se supone son los verdaderos indicadores del bienestar nacional. Y es que el siglo XX ha convertido al sujeto moral en sujeto económico y psicológico, sometiéndolo según los casos a estímulos económicos o a tratamientos terapéuticos. Si tenemos que restaurar la sociedad, el siglo XXI tendrá que recuperar la noción del hombre como portavoz de unos valores morales inherentes⁷.

Para detectar las causas culturales del debilitamiento de la sociedad civil, Eberly cita el diagnóstico del sociólogo Sorokin, para quien la contradicción básica de nuestra cultura es la simultánea glorificación y degradación del hombre; manifestación de lo cual es el actual utilitarismo, que ha producido un hombre totalmente mecanicista, materialista y extremadamente individualista.

Tocqueville, con su clarividencia proverbial señaló que la fuerza de América consistía en la tendencia a unirse en asociaciones voluntarias, mientras que la principal preocupación a largo plazo sería el egoísmo que lleva a cada ciudadano a vivir aparte, extraño al destino del resto. Le preocupaba que esta forma de individualismo, combinada con el nacimiento de la sociedad de masas, produjera el omnipresente Estado burocrático que ha provocado tantos estragos en la vida social a partir de su hábil alianza con el denominado consumismo insolidario.

En este sentido, las políticas públicas de este tiempo, del color que sean, refuerzan esta forma de concebir la sociedad como habitada por individuos libres sin limitaciones, mimados con promesas, armados de múltiples derechos legales, inundados de posibilidades de consumo,

⁶ Id. "Para que las familias consigan peso social, es necesario que salgan de su aislamiento privatizado e irrumpan solidariamente en el espacio social. La teoría y la práctica social conocen ya muchas y eficaces formas de cooperativismo, asociaciones de auto-ayuda, movimientos ciudadanos, iniciativas docentes y organizaciones de voluntariado".

⁷ Don Eberley, "Más allá de la política social", *The Wall Street Journal*, 3 de noviembre de 1995.

sin deberes ni obligaciones y sin embargo más súbditos que ciudadanos y, por ello, manipulables y controlables con suma facilidad.

III. Regulación, economía, bien común y Estado social de bienestar

El crecimiento continuo y desmedido del Estado en la economía, hoy en franco apogeo, es el rasgo más característico de la evolución de la economía, de la sociedad y de la política de este tiempo. El impacto de la crisis económica de 1929 hizo reflexionar a muchos sobre la consistencia del mensaje neoclásico. El desencanto con el sistema capitalista que le sucedió, el ascenso del socialismo, la actuación de las autoridades económicas para paliar los efectos de las guerras y el paradigma keynesiano explican el aumento de la intervención del Estado en la vida social. Hoy, la actual crisis económica nos sitúa ante interrogantes similares aunque ahora la dimensión moral y ética de la crisis aconseja reflexiones y planteamientos de fondo, que atiendan nada menos que a los fundamentos y principios sobre los que descansa el entero orden social, político y económico.

La figura clave de esta ruptura con el modelo anterior fue la de Keynes. A diferencia de los neoclásicos, Keynes pensaba que el ahorro y la inversión podían situarse en condiciones de equilibrio que no tenían por qué ser las de pleno empleo. Su punto de vista partía del convencimiento de que el mercado no era capaz de garantizar el mantenimiento de un nivel de actividad suficiente que permitiera el pleno empleo de los recursos productivos y de que tampoco existe esa mano invisible que, como por arte de magia, lograba el equilibrio entre las unidades de gasto y las de producción. Con este argumento Keynes ponía en entredicho la veracidad de uno de los postulados básicos de la economía clásica que sostenía que toda oferta crea su propia demanda. Por tanto, la incapacidad del mercado justificaba la intervención del Estado en la economía con medidas estabilizadoras que elevaran la demanda agregada y que evitaran los vaivenes cíclicos del capitalismo.

Con anterioridad al Keynesianismo existieron otras escuelas que se opusieron al modelo neoclásico. Una de ellas fue el historicismo alemán, que tuvo un gran protagonismo en la articulación de la estrategia económica que marcó las pautas del desarrollo de la Alemania Imperial. Tres eran las líneas principales de esta corriente.

En primer lugar, se apartaba de la metodología de la ciencia económica defendida tiempo atrás por los clásicos; en concreto, el método deductivo resultó duramente atacado por los historicistas quienes lo sustituyeron por el método inductivo.

En segundo lugar, defendían la mayor presencia e intervención del Estado en la economía y el establecimiento de medidas proteccionistas. Los historicistas consideraban que la vida económica no es una situación estática, sino un proceso continuo que atraviesa etapas sucesivas de desarrollo hasta alcanzar la madurez. En este proceso de cambio, el Estado debe crear las condiciones adecuadas que faciliten el tránsito desde la fase más primitiva hasta la más desarrollada. A este respecto, pensaban que el arancel proteccionista era un instrumento primario en la adaptación de la sociedad a unas instituciones económicas en constante proceso de transformación. Su papel difiere notablemente según la etapa específica de desarrollo, ya que no es útil para un país que se encuentra en una etapa inicial ni para quien ha llegado al final. En cambio, resulta indispensable para los países que, contados con los recursos naturales y humanos necesarios, marchan hacia la culminación de su desarrollo.

Por último, la escuela alemana apoyó la cartelización bajo el argumento de que llevaba, ineludiblemente, hacia una política de desarrollo económico.

La otra escuela opuesta a los postulados clásicos fue el marxismo, cuya fracasada plasmación se produjo a través del modelo soviético. El pensamiento marxista coincidió en parte con el historicismo, aunque integró alguna de las ideas más importantes de la economía clásica. Sus tesis principales resultaban de la crítica de algunos aspectos del pensamiento clásico y del funcionamiento de la sociedad capitalista. Las críticas más importantes se centraban en la distribución del poder que genera el sistema capitalista; en la distribución desigual de la renta; en los problemas que, sobre la producción y el empleo, generaban los vaivenes cílicos del sistema; y finalmente; en el monopolio, tendencia básica que influiría de modo decisivo en el destino final del capitalismo. En contraposición, el pensamiento marxista proponía la creación de una sociedad alternativa basada en el control total de los medios de producción por parte del Estado que permitiría supuestamente la consecución de la utopía de una sociedad feliz, sin explotadores y con abundancia material, a través de una gran revolución social.

No obstante, para entender el avance del Estado del Bienestar en la postguerra es preciso volver al pensamiento keynesiano, sin el que no hubiera sido posible. En su obra *Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero* Keynes expuso con claridad sus ideas acerca del orden económico, que se desarrollaban en tres sentidos. En primer lugar, el Estado debe jugar un papel activo en la economía, a fin de orientar la política de gasto y, más en concreto, la de inversión. En segundo lugar, desechó el principio neoclásico del presupuesto equilibrado, con lo que la neutralidad de la Hacienda Pública dejaba de tener sentido. Por último, la política salarial y de seguros sociales no originaba siempre in-

flación y paro, sino que, debidamente coordinada con el resto de la política económica, era capaz de impulsar la producción, de facilitar una distribución más igualitaria de las rentas y de promover el pleno empleo. A ello había necesariamente que añadir un sistema tributario muy progresivo y personalizado.

La idea moderna del Estado del Bienestar quedó plasmada en el Libro Blanco sobre pleno empleo en una sociedad libre realizado por Beveridge en 1941. La beligerancia contra el paro y la articulación de una nueva política de prestaciones sociales quedaban fijadas como una nueva política económica, de raíces keynesianas. Tras el final de la II Guerra Mundial, el modelo se impuso con el triunfo electoral de socialistas de todo tipo en Europa. Hoy, sin embargo, debido a la versión estática y cerrada del intervencionismo de la que han hecho gala no pocos dirigentes políticos, el gasto público se desmadró y al no crecer al mismo ritmo que los ingresos, llegó el colapso.

En el ámbito económico, el modelo encontró nuevos apoyos en los descubrimientos de los economistas del bienestar. En efecto, Samuelson, entre otros, desarrollaron en los años cincuenta los fundamentos microeconómicos de la teoría moderna del gasto público, con base en la definición de conceptos tales como los bienes públicos, bienes preferentes y externalidades. El eje central de su estudio eran los *fallos* del mercado, entendiendo por tales las deficiencias que experimenta el funcionamiento libre de la economía para asignar eficientemente los recursos en la producción de algunos bienes y servicios, para generar una distribución más equitativa de la renta y para garantizar un desarrollo sostenido y estable de la economía sin vaivenes cíclicos.

Estas ideas ayudaron a ampliar el grado de intervención del Estado, con el deseo de corregir los fallos del mercado, y animó a los realizadores de la política económica a crear un sistema de economía mixta, al que se consideraba capacitado para suplir las deficiencias del mercado. Este modelo funcionó sin grandes dificultades hasta principios de los setenta del siglo pasado, ayudado en gran medida por la prosperidad del momento que permitió conseguir el pleno empleo y mejorar las condiciones de protección social. Pero, su posterior incapacidad para reducir la inflación y el desempleo, y para responder a fenómenos como la crisis del petróleo, han frenado su desarrollo y obligado a construir visiones alternativas. Entre ellas, la que denomino Estado de bienestar dinámico, en la que la actividad de fomento se convierte, no en la tumba de tantos millones de seres humanos que quedan atrapados en esa tupida red de control y manipulación en que acaba convirtiéndose la misma subvención o auxilio, sino en ayuda real a las iniciativas sociales razonables que se pongan en marcha.

La función del bienestar constituye la segunda función social básica del Estado, después del mantenimiento de la paz y el orden interior

y exterior⁸. En realidad, la función del bienestar se refiere a la vida económica y social y sus principales campos de aplicación son las bases ordenadoras de la economía nacional.

La función del bienestar, que tiene mucho que ver, no sólo etimológicamente, con el bien común, puede alcanzarse a través de la intervención directa del Estado en la vida económica y social o a través de la aplicación del principio de subsidiariedad. En este sentido, conviene distinguir entre Estado-Providencia y Estado social del Bienestar.

El Estado Providencia (*Welfare State*) es el que se ocupa inmediatamente de todas las necesidades y situaciones de los individuos desde *la cuna hasta la tumba*. Es un modelo de Estado de intervención directa, asfixiante, siempre presente, que exige elevados impuestos y, lo que es más grave, que va minando poco a poco lo más importante, la responsabilidad de los individuos. Establece un sistema obligatorio de seguridad social cuyos efectos están a la vista. Trae consigo una poderosa y omnipotente burocracia que crece y crece sin parar. En fin, este modelo de Estado del Bienestar es el que ha fracasado estrepitosamente en Europa en este tiempo por no confiar en el principio de subsidiariedad como elemento de regulación de la tarea estatal de bienestar y, por tanto, por no seguir un principio del bien común a partir de la promoción de las condiciones básicas para que el ciudadano se desarrolle en libertad y responsabilidad.

En realidad, el Estado social del Bienestar no supone que la regla deba ser la de mayor intervención del Estado en la vida económica y social; ni tampoco que se deba practicar una no intervención de los Poderes públicos en la sociedad. El Estado, es necesario recordarlo, tiene una función ordenadora en la vida económica y social, tiene un cometido fundamental: establecer el orden en el que se consiga la mayor medida posible de bienestar general y se promueva el libre desarrollo de la persona en beneficio de la generalidad. Por eso, como acertadamente señala Messner, la finalidad de la política económica, que siempre tiene un claro sentido instrumental, es la creación de los medios adecuados para que la economía alcance su fin social: una mayor productividad socioeconómica y un mayor nivel de vida de todos los ciudadanos⁹. La elevación de la productividad socioeconómica implica que todas las instituciones económicas deben orientarse en su actuación a este objetivo. Y, para alcanzar el mayor nivel de vida posible es necesario un justo reparto del producto social de manera que, también al servicio de esta finalidad han de orientarse la política monetaria, la política crediticia, la política de salarios de precios o de impuestos, la política coyuntiva y de pleno empleo, la política agraria, sindical¹⁰. Tam-

⁸ Messner, *Ética general y aplicada*, ob. cit., 307.

⁹ Id., 308.

¹⁰ Id.

bien la política fiscal ha de ser analizada en este contexto: debe orientarse hacia el bienestar económico y social.

El Estado social de Derecho, que parte del principio de subsidiariedad, supone que el propio Estado no debe ejercer actividad económica propia, a menos que la iniciativa privada sea insuficiente para cubrir las necesidades sociales o que el bien común exija su presencia en la vida económica. Por tanto, debe recordarse que la actividad económica estatal se justifica solamente, como es lógico, en caso de bienes y servicios de necesidad pública. En relación con la empresa privada, después de lo escrito ya, se entenderá perfectamente que el Estado debe estar presente para garantizar el cumplimiento del bien común.

Estudiemos ahora, para después comprobar lo que ha pasado, cuál es la posición del Estado social del Bienestar en materia de política social. En primer lugar, conviene definir lo que debemos entender por política social. La política social, según Messner, consiste en las medidas e instituciones del Estado para proteger a los grupos sociales que dependen del trabajo contra todo perjuicio en la participación del bien común. Entre las medidas de la política social, cada vez más necesarias, están una protección de la salud digna y humana, una protección del salario a través de la seguridad social general y una protección de los convenios colectivos para que las condiciones de trabajo permitan la realización del hombre en su plenitud. También en estos casos la acción del Estado está vinculada por el principio de subsidiariedad, de forma que en muchas ocasiones la integración social es posible dejando a los individuos y grupos que los representa la iniciativa en esta materia. Conviene recordar que la acción social del Estado debe extenderse a la protección de la salud, del salario y del contrato. En caso de que el Estado intente actuar sobre otros riesgos de la vida, entonces ya nos encontramos con un modelo de Estado de Bienestar de corte intervencionista que intenta asfixiar a la persona. En nuestro tiempo, la intervención en esta materia de la política social es desproporcionada pues se ha conseguido, en no pocos casos, incrementar el presupuesto público para mantener a colectivos cada vez más numerosos de personas. Hoy, se destinan grandes dotaciones presupuestarias a los subsidios sin que se haya, ni mucho menos, orientado la acción pública al bien común. Todo lo contrario, en la medida en que los servicios públicos son de peor calidad, en la medida que crece irresponsablemente la burocracia y en la medida en que desaparece la iniciativa y la responsabilidad personal, nos encontramos ante un panorama desalentador.

El Estado debe garantizar el cumplimiento de los derechos humanos en el marco del bien común. Por eso, el modelo del Estado social del Bienestar implica que la acción pública, en el marco de la subsidiariedad, se oriente hacia la dignidad de la persona, que es la fuente y la garantía del bien común, de manera que la intervención, cuando sea

necesaria, tiene siempre esta connotación de servicio al hombre que vive en comunidad. De ahí que sea incompatible con el modelo del Estado social del Bienestar la creencia de que el mercado por sí mismo todo lo arregla. Sabemos que el liberalismo económico a ultranza implica fallas sobre los derechos humanos; por eso, la intervención pública debe legitimar un orden económico al servicio del hombre. Quizás, en este sentido puede entenderse la doctrina de la llamada economía social de mercado, que me parece que se encuentra en la entraña de lo que debe entenderse por el Estado social del Bienestar¹¹.

El protagonismo del Estado o del mercado ha sido el gran tema del debate económico del siglo XX. Ya desde muy pronto, como nos recuerda el profesor Velarde Fuertes, encontramos el célebre trabajo de Enrico Barone publicado en el *Giornale degli Economisti* (1908): *El ministro de la producción en un Estado colectivista*, a partir del cual comienza un amplio despliegue de estudios de los teóricos de la economía sobre la racionalidad económica de una organización socialista como los de Wiesser, Pareto y sus discípulos. La crisis económica que sigue a la Primera Guerra Mundial pone en tela de juicio el pensamiento capitalista y alimenta formas intervencionistas que el economista Mandilesco se encargaría de configurar económicamente. De igual manera, tanto el New Deal de Roosevelt como la encíclica *Quadragesimo anno* se muestran críticas hacia el capitalismo. En 1917 comienza la amarga experiencia comunista en Rusia y en los países convertidos a la paradójica sociedad sin clases. En 1989, tras un largo y épico sufrimiento colectivo, cae una de las grandes farsas de la historia: el comunismo. El desmantelamiento del credo comunista ha traído consigo, lo comentaremos más despacio, la crisis del planteamiento socialista. Es lógico si se tiene en cuenta que nos encontramos en uno de esos momentos de la Historia en las que resulta muy difícil, a la vista de lo acontecido, apostar por modelos de corte intervencionista.

En verdad, la época de la prosperidad de 1945 a 1973 mucho ha tenido que ver con una política de intervención del Estado en la vida económica. Quizá porque entonces la maltrecha situación económica que generó la conflagración, no permitía, porque no se daban las condiciones, otra política económica distinta. Ahora bien, como recuerda el profesor Velarde Fuertes, en torno al llamado círculo de Friburgo surge un conjunto de pensadores críticos frente a las bases teóricas del Estado del Bienestar. Entre ellos, destacan Walter Eucken, Ludwig Erhard o Friedrich Von Hayek. Realmente, la importancia del pensamiento de estos economistas, conocidos como representantes de la economía social de mercado, es muy grande y su actualidad innegable. Eucken, por ejemplo, se planteó la cuestión de la actividad estatal en materia económica. Su planteamiento es irrefutable: el problema es de orden

¹¹ Id., 309-310.

cuantitativo, no cualitativo. El Estado ha de influir en el marco institucional y en el orden dentro del cual se desarrolla la actividad económica. El Estado, según Eucken, y la doctrina de la economía social de mercado, ha de fijar las condiciones en que se desenvuelve un orden económico capaz de funcionamiento y digno de los hombres, pero no ha de dirigir el proceso económico. En resumen: el Estado debe actuar para crear el orden de la competencia, pero no ha de actuar entorpeciendo el proceso económico de la competencia. Como es bien sabido, el *milagro alemán* debe mucho a esta interesante doctrina de la economía social.

Ludwig Erherad entendió claramente la función del Estado cuando escribía en su célebre obra *Bienestar para todos* que el ideal que yo sueño es que cada cual pueda decir: yo quiero afianzarme por mi propia fuerza, quiero correr yo mismo el riesgo de mi vida, quiero ser responsable de mi propio destino. Vela tú, Estado, porque esté en condiciones de ello.

El Estado de Bienestar que ha tenido plena vigencia en la Europa de entreguerras es un concepto político que, en realidad, fue una respuesta a la crisis de 1929 y a las manifestaciones más agudas de la recesión. Sin embargo, como sabemos muy bien, en su evolución histórica ha ido adquiriendo las características propias del Estado fuertemente interventor en detrimento de las libertades del hombre hasta llegar hoy a una situación insostenible, en la que hay unanimidad general y que se ha bautizado como la crisis del Estado de Bienestar. La causa principal: que el Estado se ha excedido en su afán interventor y, además, no siempre la mayor carga fiscal ha supuesto mejores y más eficaces servicios públicos.

En realidad, debe reconocerse que en virtud del Estado del Bienestar se consiguió que el Estado asumiera como obligación las ayudas a quienes perjudicaba el funcionamiento del mercado y que los sindicatos se integraran en la determinación de los distintos intereses colectivos de carácter laboral. Es verdad que la aparición del Estado del Bienestar supuso una conciencia más social por parte del Estado y también de los ciudadanos. Sí, pero ha traído consigo una evidente crisis de responsabilidad personal, pero que muy preocupante, que ha transformado al ciudadano en un mero espectador pasivo a quien es necesario que dé cuerda el poder público para actuar en el escenario público.

Quiero significar que aunque se critique el Estado del Bienestar, es de justicia reiterar que surge de una convicción moral, como dice Karl Popper, sumamente humanitaria y admirable. Lo que ha pasado es que se ha olvidado el principio de subsidiariedad que, probablemente, permite llegar a mejores resultados, con menos costes y con mayor participación social. Debe reivindicarse nuevamente que el principio

rector que justifica la intromisión del Estado en el plano económico y social es el de la subsidiariedad¹². Y no es que la subsidiariedad equivalga, como ya hemos señalado, a un Estado débil. Más bien, ocurre todo lo contrario porque la fortaleza o debilidad de un Estado pienso que no se debe medir por el tamaño del sector público sino por la sensibilidad frente al bien común de los ciudadanos. Para conseguirla, el Estado debe transferirles, razonablemente y en un marco del bien común, las competencias que le son propias. ¿Por qué? Porque, entre otras razones, después de años de rodaje del sistema, ya nadie duda de que la titularidad estatal no es más que una de las formas en que políticos y burócratas de turno mantienen o disfrazan su hegemonía sobre la sociedad y una de las causas más comunes de los abusos y arbitrariedades que provoca la acción interventora del Estado¹³.

IV. Reflexión final: La dimensión dinámica del Estado de bienestar

El sistema del Bienestar en su versión estática ha fracasado, pero ello no quiere decir que la solución venga de la mano del liberalismo doctrinario. No. La experiencia del Estado del Bienestar ha sido importante porque nos ha ilustrado sobre lo que no se debe hacer. En este sentido, no es baladí recordar que el Estado no puede dejar que el sistema se dirija por el mercado o por las fuerzas sociales, limitándose a dejar hacer. El Estado está al servicio del hombre y no al revés. Por tanto, desde el Estado se debe promover sin descanso el bien común, se deben potenciar las llamadas instituciones intermedias; en definitiva, se debe intentar contribuir a crear el marco más adecuado para que el ser humano se pueda realizar como tal.

En estos años, y de la mano del Estado de Bienestar, se ha multiplicado el déficit público, se han deteriorado los servicios públicos, se ha disparado el gasto público y, lo que faltaba, el desempleo también ha aumentado. La corrupción ha hecho acto de presencia con inusitada fuerza, la función pública no termina de convertirse a la idea del servicio a los ciudadanos y, lo que es más grave, quizás queriendo ayudar al ciudadano se han perdido tantos y tantos esfuerzos en una omnipo-tente burocracia ávida de más poder. Estos son algunos, no todos, de los elementos que han acompañado a un modelo de Estado que, tristemente, no pasará a la historia por haber contribuido a mejorar la calidad en el ejercicio de los derechos humanos. Sin embargo, nos ha enseñado, una vez más, el peligro de intentar arreglarlo todo desde el aparato público.

¹² Juan Carlos Cassagne, *La intervención administrativa* (Buenos Aires: Depalma, 1992), 126.

¹³ Id., 127.

Una de las polémicas políticas más interesantes a las que podemos asistir en estos momentos es la de la función del Estado, más concretamente, la supuesta crisis del llamado Estado del Bienestar. O lo que es lo mismo, la crisis de los intervencionismos, de esos sistemas que todo lo fían a la acción benefactora, mágica, del gasto público y de la burocracias como fuentes de solución de todos los problemas. Para unos, el Estado es, en clave hegeliana, la misma y genuina encarnación ética y para otros, formados en los postulados más radicales de la Escuela de Chicago, en el mercado y sólo en el mercado está solución. Quizás, lo más razonable sea huir de los extremos y acercarnos a la razón, a la realidad.

¿Por qué ha entrado en crisis esta forma de entender las relaciones Estado-Sociedad? Me parece que, entre otras razones, porque el Estado, que está al servicio del interés general, del bienestar genera e integral de todos los ciudadanos, se olvidó, y no pocas veces, de los problemas reales de la gente. Claro, quienes se olvidaron fueron aquellos dirigentes que pensaron que la acción pública encierra en sí misma un efecto taumatúrgico que todo lo transforma en justo, igual y benéfico, especialmente para los desfavorecidos y excluidos del sistema. Las cosas, sin embargo, no ocurren así. Edgar Morín demostró años atrás que los servicios sociales franceses no eran más eficaces por más funcionarios o gasto público que se destinara a esta gran tarea. La clave estaba en que no se pensó en cómo se podía atender más humanamente a estas personas. En el mismo sentido, recuerdo la amarga queja de Jospín cuándo fue apartado en primera vuelta de las presidenciales francesas: nos hemos matado por el interés general, sólo que no hablamos con la gente sobre ello.

La reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro, en el corazón de su ser a las personas, a los ciudadanos corrientes, de carne y hueso. Es menester pensar más en las personas, no en ese concepto abstracto de ciudadanía que a nadie representa como no sea a las castas dirigente. Es necesario tener más presente en la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades o sus ilusiones. El modelo de Estado del Bienestar que llamo estático acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia. Se olvidó de su finalidad constitutiva y acabó siendo el mayor enemigo de la gente. Hoy, sin embargo, desde una perspectiva abierta, plural, dinámica y complementaria del interés general vinculado a la promoción y garantía de los derechos de las personas, el modelo del Estado de bienestar dinámico se nos presenta como una oportunidad para la libertad solidaria de los ciudadanos, no como un elemento de perturbación de las propias libertades de las personas, como todavía algunos, entre nosotros, siguen pensando.

Las prestaciones sociales, las atenciones sanitarias, las políticas educativas son bienes de carácter básico que un gobierno debe poner entre sus prioridades políticas, de manera que la garantía de esos bienes se convierta en condición para que una sociedad libere energías que permitan su desarrollo y la conquista de nuevos espacios de libertad y de participación ciudadana.

Este conjunto de prestaciones del Estado, que constituye el entramado básico de lo que se denomina Estado de bienestar no puede tomarse como un fin en sí mismo. Esta concepción se traduciría en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, con lo que el ámbito público se convertiría en una rémora del desarrollo social, político, económico y cultural. Además, una concepción de este tipo se traduciría no en el equilibrio social necesario para la creación de una atmósfera adecuada para los desarrollos libres de los ciudadanos y de las asociaciones, sino que podría llevar a una concepción estática que privara al cuerpo social del dinamismo necesario para liberarse de la esclerosis y conservadurismo que acompaña a la mentalidad de los derechos adquiridos.

Las prestaciones, los derechos, tienen un carácter dinámico que no puede quedar a merced de mayorías clientelares, anquilosadas, sin proyecto vital, que puede llegar a convertirse en un cáncer de la vida social. Las prestaciones del Estado tienen su sentido en su finalidad.

Sírvanos como ejemplo la acción del Estado en relación con los colectivos más desfavorecidos, en los que –por motivos diferentes– contamos a los marginados, los parados, los pobres y los mayores. Las prestaciones del Estado nunca pueden tener la consideración de dádivas mecánicas, más bien el Estado debe proporcionar con sus prestaciones el desarrollo, la manifestación, el afloramiento de las energías y capacidades que se ven escondidas en esos amplios sectores sociales y que tendrá la manifestación adecuada en la aparición de la iniciativa individual y asociativa. Un planteamiento de este tipo permitiría afirmar claramente la plena compatibilidad entre la esfera de los intereses de la empresa y de la justicia social, ya que las tareas de redistribución de la riqueza deben tener un carácter dinamizador de los sectores menos favorecidos, no conformador de ellos. Además, permitirá igualmente conciliar la necesidad de mantener los actuales niveles de bienestar y la necesidad de realizar ajustes en la priorización de las prestaciones, que se traduce en una mayor efectividad del esfuerzo redistributivo.

Desde esta perspectiva, hoy es menester buscar puntos de encuentro entre la actuación política y las aspiraciones, el sentir social, el de la gente. Bien entendido que ese encuentro no puede ser resultado de una pura adaptabilidad camaleónica a las demandas sociales. Conducir las actuaciones políticas por las meras aspiraciones de los diversos sectores sociales, es caer directamente en otro tipo de pragmatismos.

mo y de tecnocracia: es sustituir a los gestores económicos por los prospectores sociales.

La prospección social, como conjunto de técnicas para conocer más adecuadamente los perfiles de la sociedad en sus diversos segmentos es un factor más de apertura a la realidad. La correcta gestión económica es un elemento preciso de ese entramado complejo que denominamos eficiencia, pero ni una ni otra sustituyen al discurso político. La deliberación sobre los grandes principios, su explicitación en un proyecto político, su traducción en un programa de gobierno da sustancia política a las actuaciones concretas, que cobran sentido en el conjunto del programa, y con el impulso del proyecto.

Las nuevas políticas públicas se hacen, pues, siempre a favor de las personas, de su autonomía –libertad y cooperación–, dando cancha a quienes la ejercen e incitando o propiciando su ejercicio –libre– por parte de quienes tienen mayores dificultades para hacerlo. Acción social y libre iniciativa son realidades que el pensamiento compatible capta como integradoras de una realidad única, no como realidades contrapuestas.

Las nuevas políticas públicas no se hacen pensando en una mayoría social, en un segmento social que garantice las mayorías necesarias en la política democrática, sino que se dirigen al conjunto de la sociedad, y cuando son verdaderamente moderadas son capaces de conciliar a la mayoría social, aquella mayoría natural de individuos que sitúan la libertad, la tolerancia y la solidaridad entre sus valores preferentes.

Hace algún tiempo, Ludwig Erhard en su libro titulado *Bienestar para todos*, escribía que:

—el grito no debería ser: ¡Estado, ven en mi ayuda, protégeme, asísteme!, sino: No te metas tú, Estado, en mis asuntos, sino dame tanta libertad y déjame tanta parte del fruto de mi trabajo, que pueda yo mismo organizar mi existencia, mi destino, y el de mi familia¹⁴. ■

¹⁴ Ludwig Erhard, *Bienestar para todos: Resurgimiento de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial* (1957), <https://dokumen.pub/bienestar-para-todos-resurgimiento-de-alemania-despues-de-la-segunda-guerra-mundial-1957nbsped-9781987017373-1987017374.html>.

Gobernanza y buena administración

Hernán A. Celorio*
REDAV, N° 29, 2024, pp. 87-105

Resumen: El presente análisis explora la interdependencia entre la Gobernanza y la Buena Administración como pilares del Derecho Administrativo contemporáneo. Se argumenta que ambos conceptos requieren una estructura jurídica sólida que responda a la evolución del Estado Social de Derecho y al creciente activismo estatal.

Palabras clave: Activismo estatal – Buena administración – Gobernanza

Abstract: *This analysis explores the interdependence between Governance and Good Administration as pillars of contemporary Administrative Law. It argues that both concepts require a solid legal framework that responds to the evolution of the Social State under the Rule of Law and increasing state activism.*

Keywords: *State activism – Good administration – Governance*

Recibido

02-06-2025

Aceptado

15-09-2025

I. Conceptualización preliminar

Toda apreciación jurídica exige como paso inicial la determinación de su objeto, en el ámbito preciso de su proyección, de modo tal de habilitar una focalización correcta de su dimensionamiento, extremo aún más exigible cuando se apunta a una correlación de actividades, instrumentos, institutos o principios.

No escapa a nuestro enfoque que pareciera equivoco correlacionar elementos o aspectos de esencia diversa, pero entendemos que una visión integral al presente es una exigencia de la dinámica evolutiva del Régimen Administrativo, y a su conjuro, corresponde el análisis coherente de todos los elementos con incidencia pragmática en su configuración.

En el caso, la simple referencia a Gobernanza y Buena Administración, en términos concatenados, exige de por sí, la incorporación de un tercer componente, cuál es su vertebración jurídica inherente al Derecho Administrativo de plena aplicabilidad, en cuanto permitirá estructurar el plexo jurídico que dotara de consistencia efectiva a las notas de buena administración, de esencia principal, en conjunción con los de

* Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires. Expresidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo Profesor de Derecho Administrativo.

gobernanza, de naturaleza acordes a la definición de políticas públicas, con notorio anclaje sociopolítico. Debe precisarse que las referencias conceptuales esbozadas excluyen toda derivación definitoria, pues bien alertaba Muñoz Machado acerca del riesgo de limitarse a preocupaciones excluyentes sobre definiciones, cuando puntualizaba que el devaneo tradicional sobre los elementos propios de la configuración de la actividad administrativa ha supuesto ingentes esfuerzos sin resultados positivos, que bien pudieren ser concretados a través de aproximaciones descriptivas, más acordes a la dinámica evolutiva de esta rama jurídica, cuyo “dato notorio es su extraordinario apego a la realidad social, vinculación que le impone una acomodación a las nuevas necesidades y se traduce en un proceso evolutivo constante”¹.

Nuestra notoria preferencia por las conceptualizaciones también amerita límites, para evitar caer en un equívoco bastante común, consistente en proyectar conceptos jurídicos válidos a conformaciones fácticas ajenas a su formación original, lo cual puede conducir a errores de distinta naturaleza. En primer lugar, a aquellos encuadrables bajo la perspectiva derivativa, consistente en ignorar que la concepción original correcta en función del supuesto fáctico que la motiva, no puede aplicarse en plenitud a extremos diversos. Típico ejemplo del *misunderstanding* derivativo, son erróneos alcances adjudicables al concepto de *competencia* en cuanto su caracterización sustancialmente limitativa, de técnicas de delegación, en su origen en cuanto hace a las atribuciones de órganos administrativos y más aún en cuanto a la configuración objetiva de la *voluntad Administrativa*, que en modo alguno puede proyectarse a la efectiva acción de la Administración en su contexto de eficiencia exigible, que como tal supone planteos de delegación más acordes con técnicas de ciencias de la administración. Tampoco cabe obviar un segundo campo minado, surgido de no entender la notoria realidad de que los conceptos importan en la medida en que sean valiosos metodológicamente, y por ende son herramientas a utilizar y “el Derecho sería uno de esos lenguajes vivos, de modo que los conceptos jurídicos están abocados a mutar en el transcurso del tiempo”², y sin desconocer que inadvertidamente, muchas veces, nuestra educación jurídica se perfila en planteamientos que consideramos obsoletos e inadecuados.

Además, a estas prevenciones, cabe añadir que la ya aludida dinámica evolutiva originaria se ve considerablemente acelerada por la gravitación tecnológica reciente, que adquiere una relevancia excepcional en las áreas que no suponen perspectivas excluyentes, como son

¹ Santiago Muñoz Machado, “Las concepciones del Derecho Administrativo”, *Revista Administración Pública*, N° 84 (Madrid, 1977): 10 y ss.

² Silvia Diez Sastre, *La Formación de Conceptos en el Derecho Público* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 31.

las propias de la Gobernanza y por ende, a su respecto, mayores recaudos deben arbitrarse en la proyección a las mismas, de consideraciones jurídicas específicas. A este respecto, es específicamente oportuna la reflexión del Profesor Cassese, que atento al hecho de que las funciones constituyen el elemento central de la Administración propio de un Derecho Administrativo que desplaza con más intensidad su objeto a la correcta actuación de la Administración, en aras de la consecución de fines normativamente exigibles, precisa que hoy, “en la Legislación Administrativa, conviven, las dos tradiciones del Derecho Administrativo, la del periodo inicial, y la de su ‘madurez’”³. La primera de ellas, con fuerte gravitación forense, y la propia de su “madurez” con notoria prevalencia funcional finalista.

No es del caso insistir sobre consideraciones adicionales sobre alcances del Derecho Administrativo, pues a los efectos de la relación gobernanza y buena administración, en el espectro acotado de esta presentación, es suficiente, y en cuanto atañe a buena administración dos notas sustanciales bastan. La primera, su naturaleza principal, consagrada entre otra normativas, por el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, principio bajo el cual “se va desarrollando una moderna teoría sobre el accionar administrativo que acentúa la dimensión social del hombre”⁴; y que precisamente por tal naturaleza, insufla todas las áreas de la actividad administrativa, con amplio reconocimiento de nuevos derechos de los administrados, como contrapartida del deber de la Administración. Y, adicionalmente, es de alta relevancia registrar que tal principio general es de tal amplitud que comprende una veintena de principios entre los cuales destacan el principio de servicio objetivo a los ciudadanos, los de proporcionalidad y racionalidad, el principio de eficacia y el de confianza legítima⁵.

En esta proyección, es significativa la íntima consustanciación entre buen gobierno (gobernanza) y buena administración a punto tal que Rodríguez Arana los identifica en las líneas genéricas puntualizando que “el Buen Gobierno o la Buena Administración no es solo una característica que debe distinguir a sus aparatos gubernamentales o administrativos, sino un Derecho exigible ante los Tribunales”⁶.

Párrafo especial corresponde al concepto de gobernanza. La Real Academia Española lo define como “arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social o

³ Sabino Cassese, *Las bases del Derecho Administrativo* (Madrid: INAP, 1994), 14-16.

⁴ Juan Carlos Cassagne, *Los grandes principios del Derecho Público* (Buenos Aires: La Ley), 428-29.

⁵ Martín Galli Basualdo, *La buena administración* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2019), 72-74.

⁶ Jaime Rodríguez Arana Muñoz, *El buen gobierno y la buena administración* (Navarra: Thomson Aranzadi, 2006), 11-13.

institucional duradero, produciendo un sano equilibrio entre el Estado, la Sociedad Civil y el Mercado de la Economía⁷; y aún más lejos de cuestionar los alcances de esta definición, extremo que implicaría absurda soberbia, debemos precisar que en su seno conviven acción y finalidad excluyente, lo cual supone severa limitante en la apreciación de las relaciones entre gobernanza y buena administración. En efecto, un correcto análisis jurídico exige contemplar la acción gubernativa, en su amplio espectro, no solo en sus condiciones positivas, sino también en aquellas que pudieren ser cuestionables por presentar falencias respecto a los resultados hábiles pretendidos. Por ello, entendemos preferible a efectos de esta presentación, la caracterización de Pierre Rosanvallon, que en su obra *El Buen Gobierno* caracteriza la acción gubernamental como “gestión cotidiana de la cosa pública, instancia de decisión y de mando”⁸.

Sin perjuicio de lo expuesto, es evidente que corresponde apuntar a una confluencia positiva, de los planteos de gobernanza y buena administración, dado que en esencia las notas propias de ambas son coincidentes, entendida la gobernanza, en los términos definitorios de la Real Academia, pero una actitud pragmática torna exigible una visión más completa, que a la par de auscultar eventuales desviaciones, también valore elementos sociopolíticos de base, que por su alta incidencia en la conformación del perfil de gobernanza, corresponde ser acotados y dinamizados para asegurar su pleno ajuste al marco amplio de la buena administración, conforme a los postulados de la Carta de la Unión Europea de Niza (art. 41) y de sucesivos Convenios Internacionales, contestes (v.gr. Carta Iberoamericana del CLAD).

Este perfil pragmático, indispensable para la efectiva consecución de los derechos, convencionalmente estructurados, orienta a consideraciones jurídicas, que no pueden obviarse, y que actualizan conceptos muy arraigados y de significativa profundidad, como aquellos vinculados a interpretaciones estrictas del principio de división de poderes.

Así, la reafirmación de tal principio, no puede suponer negación de la amplitud presente de las facultades del Poder Ejecutivo, en desmedro de las propias del tradicional legislativo, ni desconocer la configuración del llamado *Administrative State*, que concentra atribuciones otrora netamente legislativas y también de naturaleza jurisdiccional, más allá de la procedencia impoluta de una revisión judicial suficiente. Así, es dable observar que el centro de gravedad de la exigencia democrática operado en función del principio de representatividad, en sede parlamentaria, imperceptiblemente y a veces también en forma manifiesta se desplaza hacia la relación gobernante – gobernado, en áreas

⁷ Real Academia Española, “gobernanza” (Diccionario de la lengua española) <https://www.rae.es/drae2001/gobernanza>.

⁸ Pierre Rosanvallon, *El buen gobierno* (Buenos Aires: Manantial, 2015), 15-17.

directas del Poder Ejecutivo, perfilando una crisis de representación, que se orienta, según Rosanvallon a una suerte de presidencialización de las democracias. Indudablemente, este fenómeno obliga a actualizar los mecanismos y recaudos jurídicos, que habilitan vías adecuadas para la correcta proyección del principio de buena administración, y consecuentemente gobernanza positiva. Baste a título ejemplificativo, verificar la imperiosa necesidad de configurar mejores parámetros de tutela administrativa efectiva, sin desdeñar la plena vigencia de la tutela judicial tradicional, condición necesaria de todo régimen jurídico respetuoso de los derechos fundamentales, pero no cabalmente suficiente.

II. Vertiente jurídica

Corresponde al Derecho Administrativo constituirse en la vertebración jurídica de las políticas públicas, y consecuentemente en raigambre definitoria de los alcances efectivos del principio de buena administración y de debida gobernanza. Por ello, también supone un planteo acorde con aquello que Cassease refería como periodo de madurez del mismo, que apunta a una vocación finalista, que excede las limitantes del énfasis primordial en su instrumentalidad. La función de la Administración Pública es servir con objetividad los intereses generales; y con ese horizonte, como explicita el Prof. Rodríguez Arana Muñoz la Buena Administración, el Buen Gobierno ha de realizarse mirando permanentemente las necesidades colectivas de los ciudadanos desde los parámetros del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario⁹.

Esta concepción conlleva la necesidad de adecuar el instrumental técnico-jurídico existente a los cometidos a satisfacer, aspecto profundizado por la dinámica tecnológica, que excluye el excesivo rigor en parámetros formales tradicionales, que pudieren operar en desmedro de la efectividad de las acciones que la Gobernanza requiere. En definitiva, quedan superadas concepciones autocomplacientes, cuyo eje central se concentraba en el perfeccionamiento formal de los institutos administrativos, sin valorar su incidencia exterior, y obviamente desde la tradición administrativista forense, la proyección actual nos arrastra a consideraciones en las cuales la preocupación esencial radica en dotar a la Administración del entramado jurídico acorde a los cometidos estatales, constitucionalmente exigibles. Señalaba el Prof. Cassease, que la Administración debe ser contemplada en relación a sus Funciones,

⁹ Jaime Rodríguez-Arana, "La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa", *Revista Misión Jurídica*, Vol. 6, N° 6 (2013): 23-56.

siendo los cometidos estatales los factores determinantes de las mismas¹⁰.

Este período de madurez obliga un singular esfuerzo al jurista, pues no solo debe amalgamar planteos jurídicos diversos, en función del *target* aludido, sino que también debe arbitrar las vías de integración a través de las cuales puedan fluir conceptos originados en otras ramas del conocimiento (v.gr. ciencias de la administración, y sociología) sin cuya correcta valoración resultaría esquiva la posibilidad de concebir un nivel de gobernanza, acorde con el interés general de los ciudadanos. Más aún, la nueva convergencia entre Sociedad y Estado en la cual además de la reafirmación del principio de subsidiariedad, surgen con gravitación elementos significativos de concatenación de acción pública y privada, incluyendo figuras privadas en la función Administrativa, que torna muy presente la aseveración de Alejandro Nieto de que “en definitiva, de lo que se trata es de que el Jurista, en cuanto Técnico del Derecho, formule y ponga a disposición de la Sociedad, Técnicas concretas para viabilizar la realización de los intereses colectivos y generales”, sin descuidar que “la Administración Pública ha estado dominada por los juristas y es inadmisible que lo secundario se convierta en fundamental”.

III. Visión integral – eficiencia

Tradicionalmente, entendemos que ha existido un divorcio no explícitado entre las proyecciones del Derecho Administrativo, y las concepciones de políticas públicas; en modo alguno han sido manifestados, pero resultan claras del análisis de la evolución en ambos casos. También cierto es, que la madurez del Derecho Administrativo, en la referencia de Casse, acentuando la trascendencia de la finalidad y, abroquelando este concepto en la servicialidad de la Administración Pública, ha abierto un campo estupendo para conjugar en forma asertiva, ambas perspectivas, y en ese relevante capítulo que hoy se nos dispensa, la Buena Administración nos habilita el cauce mas proficuo para un desarrollo integral correcto.

Desarrollo integral supone un correcto ensamblaje jurídico, que coordine pautas precisas de legitimidad no inhibitorias de cauces hábiles para la consecución de los objetivos a cumplimentar por la Administración, para una debida satisfacción de derechos fundamentales exigibles. Ello implica una visión integral, a valorar en dos aspectos esenciales, a saber: integralidad en la concepción jurídica intrínseca, e integralidad en el diseño de políticas públicas, en las cuales la conformación jurídica es relevante, pero no excluyente.

¹⁰ Casse, ob. cit., 13-2.

1. Integralidad jurídica intrínseca

Esta perspectiva apunta a conformar un plexo jurídico contemplativo de todas las áreas a las cuales la Administración, en la concepción finalista reseñada, debe proveer con adecuada responsabilidad y eficiencia, so riesgo de quedar entrampada en un laberinto jurídico, ajeno a la realidad que le corresponde regular. Para ello, cabe insistir en la imperiosa necesidad de actualizar planteos jurídicos, contestes a épocas de proyecciones restrictivas del accionar estatal, para fluir con nitidez en los espacios constituidos, por las épocas actuales de Administración Activa, alconjuro de las prescripciones constitucionales del Estado Social de Derecho o similares (v.gr. Constitucionalismo del Bien Común en su interpretación lata).

A tales efectos, consideración esencial es una acertada caracterización del instrumental jurídico utilizable, y en tal sentido ya es evidente, el progreso alcanzado en cuanto a la valoración del reglamento como instrumento prevalente en el efectivo accionar administrativo, superando conceptos clásicos restrictivos acerca de los alcances concretos del principio de división de poderes, y también desdeñando el análisis tradicional prevalente sobre el acto administrativo, para elaborar un cuerpo doctrinario de mucha mayor complejidad sobre generación y alcances de la actividad reglamentaria, conjugando con realismo las diversas facetas constitutivas del llamado Estado Garante, en composición con el Estado Prestacional, todo ello enmarcado en el ya referido Estado Social de Derecho.

Además, de estas observaciones, sustancialmente instrumentales, surgen otras de mayor gravedad que se orientan a la configuración pragmática de derechos exigibles, por cuanto han sido formalmente consagrados, y cuya efectivización pareciera no ser compatible en su conjunto, generándose áreas difusas que algunos autores perciben como colisión de derechos. Sabido es que una simple constatación de lógica jurídica excluye el concepto de colisión, en cuanto siempre cabe la interpretación coordinada, pero cierto es que la afirmación efectiva de derechos fundamentales necesitados de Administración activa puede verse vulnerado por la concreción de otras de similar jerarquía (v.gr. por consideraciones de limitantes económicas a la acción pública). A estos planteamientos doctrina autorizada responde señalizando que de existir conflictos acaecen entre el derecho fundamental y sus límites, única colisión posible y que debe dirimirse con énfasis esencial en el principio de proporcionalidad¹¹. Más allá de la aceptación de esta posición dogmática, lo cierto es que una visión realista indica con notable transparencia las dificultades económicas que implican la satis-

¹¹ Francisco Bastida Freijedo, *Teoría General de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Tecnos, 2005), 141-49.

facción plena de los derecho económicos, sociales y culturales, proyectados como derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo¹², extremo que suena parojoal, entre otras, ante la paralela constante ampliación de los límites de la responsabilidad estatal que, inclusive en un momento, llegó a un régimen de responsabilidad objetiva global, en la normativa española, y en un contexto de restricciones presupuestarias que en el caso de España, forzaron una enmienda constitucional (art. 135 de la Constitución Española)¹³.

Así, en síntesis, es indispensable una visión jurídica integral que permita un plexo jurídico de cabal aplicabilidad, en el contexto de la sociedad, a cuyo ordenamiento está dirigido.

2. Integralidad en el diseño de políticas públicas

La conectiva con buena administración y más aún con gobernanza, nos anoticia de la imperiosa necesidad de contar con un plexo jurídico adecuado, necesario, pero como ya fuera señalado no suficiente, en cuanto es absurdo pensar en gobernanza, sin contemplar lo atinente al diseño de políticas públicas, y tampoco es razonable perfilar políticas públicas, en un contexto limitado a una visión jurídica, pues también cumplen un rol relevante, elementos propios de ciencias de la administración, sociología y el amplio abanico de ciencias sociales, que la dinámica tecnológica expande con impresionante celeridad, sin contar los aspectos económicos, legales, y globales de específica trascendencia. La aseveración del profesor Cassese en cuanto a perfilar al Derecho Administrativo como el Derecho de Sociedad nos presenta justos parámetros del enfoque aludido, precisado al señalar que debe visualizarse:

Un Derecho Administrativo impulsado por la necesidad que la Sociedad tiene de las Administraciones Públicas, y ordenado con el fin de que estas presten servicios, y en consecuencia, el centro de gravedad no está en el juez ni en los controles, sino en la legislación, en los reglamentos administrativos y en la Eficacia¹⁴.

Por ende, las claves jurídicas de las políticas públicas, deben enraizarse en la concepción político-social de la comunidad a la cual se orienta, para configurarse en elemento definitorio de la gobernanza hábil pretendida, y, a tal respecto, entre múltiples elementos a considerar, lo atinente a la relación Estado-Sociedad ocupa posición prevalente en cuanto los alcances del principio de subsidiariedad, han de plasmar el modo de gobernanza, en el cual se ha de ponderar un perfil pragmático del principio de buena administración.

¹² Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta, 2009).

¹³ Oriol Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la Administración* (Madrid: Civitas, 2002), 37-48.

¹⁴ Sabino Cassese, *Derecho Administrativo, historia y futuro* (Madrid: INAP, 2011), 373-83.

A. Subsidiariedad y concatenación público-privada

Sin una visión actual de los alcances del principio de subsidiariedad no es dable concebir un criterio moderno de configuración de políticas públicas dado que éste constituye el vector definitorio del principio de concatenación público-privada que hace a la esencia vital de la moderna relación Estado-Sociedad, conteste a los nuevos cometidos estatales exigibles.

Por ello, la precisión correcta del concepto de subsidiariedad al presente, con su implícito consecuente cual es la cabal configuración de la acción privada en los marcos constitucionales vigentes, en pos de los objetivos de interés general, pergeñados para la acción estatal, es el elemento decisivo para una caracterización hábil de los principios de gobernanza, que conforma hoy un parámetro esencial de la acción pública, acorde a un ajustado análisis de la relación Estado-Sociedad.

Según se consignara, luce el Derecho Administrativo como altamente evolutivo, lo cual, a todas luces suena a verdad de Perogrullo pero como bien apuntaba Ortega y Gasset, en *Meditaciones de la Técnica*, no cabe amilanarse en su aseveración, pues, el problema real radica en no entenderlas, extremo que sucede con lamentable asiduidad, inclusive en campos correlativos a la dogmática administrativista¹⁵. Como ya hemos referido, el Derecho Administrativo es altamente evolutivo, pero al mismo tiempo fuertemente conservador, en dos polos, que debemos respetar y confluir en función de una realidad compleja, en la cual la magnitud y expansión de los cometidos estatales conduce a un activismo estatal, con necesaria profundización principalista, para evitar desbordes publicísticos que vulneren pautas de interdicción de arbitrariedad, pues sin duda tal continuidad principal constituirá el ancla que asegure al ciudadano ante este fragoroso océano evolutivo. Con especial acierto, el prof. Rivero Ortega puntualizaba que “la crisis económica nos ha mostrado la apremiante necesidad de replantear nuestro modelo administrativo” y a tal extremo, nos incumbe corresponder con una actualización dogmática, que mantenga incólume la raigambre principal consolidada¹⁶. Por ello, en síntesis, se debe encarar el replanteo de institutos tradicionales sin afectar su esencia garantista.

Las pautas de subsidiariedad no constituyen excepción. Nota fundamental radica en la aseveración de la cabal vigencia del principio de subsidiariedad, lo cual no inhibe de perfilar alcances diferenciales del mismo, atento a las nuevas exigencias del activismo estatal propio de la constitucionalización del Estado Social de Derecho, y de la dinámica

¹⁵ Hernán Celorrio, “Neoconstitucionalismo y Acto Administrativo”, *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 18 (2018): 393-95.

¹⁶ Juli Ponce Sole, “Crisis Económica, Economía y Eficacia” (Ponencia presentada en las Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Derecho Administrativo, febrero 2011), 91 y ss.

regulatoria implícita, y más aún de la integración privada en el ejercicio de la función administrativa; y en dicho espectro, varias pautas deben valorarse.

En primer término, según ya fuera señalado, son decisivas precisiones conceptuales que eviten quedar inmersos en consideraciones que estimamos obsoletas pese a lo cual ciertas derivaciones de las mismas obstan al correcto análisis de situaciones actuales. Así, en modo alguno hoy podemos calificar de antinómica la relación Estado y Sociedad, y menos aún pretender que intervencionismo y subsidiariedad por naturaleza se oponen, cuando en verdad el planteo correcto es la concatenación de la acción pública y la actividad privada, tanto en el área ejecutiva, como en la normativa, tal como la continua expansión de notas de *soft-law* lo acreditan, sin olvidar tampoco las figuras arbitrales, en la vertiente jurisdiccional.

También es significativo, según se expusiera, captar con amplitud, la incidencia y magnitud de los cometidos estatales, derivados del neo-constitucionalismo, no sólo por su constitución cuantitativa, corolario de la expansión de los derechos fundamentales, sino por la diversidad de naturaleza, atento que su debida satisfacción implica conductas públicas activas, a diferencia de las correspondientes a los llamados derechos de primera generación, propios del constitucionalismo tradicional. Obviamente, el activismo estatal fluye a través de una severa dinámica regulatoria y de una profusa acción administrativa directa, integradas en una concepción intervencionista, que han de integrarse en debida forma con la acción privada, sin desnaturalizar su vertebración en el principio de subsidiariedad, con notorias exigencias sobre los postulados de buena administración.

Tal sensible ejecución en la calidad de la acción estatal torna de plena evidencia la falencia de operar en términos estrictos, con conceptos forjados y consolidados en estadios anteriores, de actitudes estatales limitadas; y conociendo que el activismo estatal delineado proyecta vertiginosamente conductas diversas, acentuadas también por pautas internacionales (v.gr. regulaciones financieras), el *target* a perseguir radica en impedir que tal vorágine socave fundamentos principales. Así, con concepción realista, que como tal consolide su plena vigencia amerita notoria aplicabilidad al principio de subsidiariedad, y a su complementación con adecuado enfoque de la concatenación público-privada ya referida, y la interacción privada en el ejercicio de la función administrativa.

Parafraseando a Muñoz Machado¹⁷, quien aludiendo a la actividad reglamentaria, puntualizaba que en un sentido amplio, podría con-

¹⁷ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2 (Madrid: BOE, 2015), 11-29.

templarse en ella toda la acción administrativa, cabe afirmar que en una dimensión abierta, la actividad de fomento cubre gran parte de la acción estatal, y se constituye en núcleo esencial del diseño de políticas públicas tendientes a la debida satisfacción de los cometidos estatales expansivos.

B. Pragmática de buena administración

Tampoco puede ser ajeno al análisis ciertas referencias pragmáticas a buena administración, correlativas al diseño de políticas públicas. En efecto, la conceptualización clásica de la buena administración, adquiere hoy una nueva dimensión, acorde a la necesidad de una Administración Pública más transparente, más participativa y más cercana a la ciudadanía digital, para servir objetivamente al interés general y promover los derechos inherentes a la dignidad humana en su plenitud, conforme a las nuevas demandas de la sociedad digital; bien entendido que la contrapartida al derecho fundamental a la buena administración ciudadana, es el deber coherente de la Administración Pública. Así, el incumplimiento de esos deberes por la Administración genera derechos exigibles por los ciudadanos y condensa un principio que procura mayor celeridad y eficacia administrativa.

Lo expuesto acredita con evidencia la necesidad de enfoques pragmáticos contingentes adecuados al status socioeconómico de la sociedad receptora de las políticas públicas focalizadas en la operativa de buena administración, pues su instrumentación al tender objetivamente al interés general, debe excluir aproximaciones que si bien pueden mejorar condiciones sectoriales, en modo alguna resultan satisfactorias al interés general de la sociedad. Por ello, el plexo jurídico que las sustente debe comprender pautas de flexibilidad operativa que así lo permitan, y también debe entenderse la relevancia de una apreciación previa de los supuestos de hecho, a los cuales se proyectan las políticas diseñadas. A título ejemplificativo, baste referir dos supuestos de notable gravitación actual de conformación universal, aunque de profundidad diversa: la crisis anómica y las crisis económicas.

Respecto a la primera, generalmente subvalorada, es de alta significación por cuanto es muy extendida, y se agudiza a compás del descreimiento social en los liderazgos políticos y la desazón relativa a las expectativas económicas, restando el eslabón sustancial sobre el cual responden las figuras de concatenación público-privadas, y la correcta esencia del principio de subsidiaridad, que supone una proyección coherente de objetivos comunes entre Estado y Sociedad, y en modo alguno implica una relación antagónica. La falibilidad implícita en estos elementos se agrava al evaluar la específica relevancia de la actividad reglamentaria en la implementación de políticas públicas y en aspectos concretos de buena administración, orbita en la cual el consenso social amplio, es condición definitoria de buen suceso efectivo.

En lo atinente a las crisis económicas, nadie desconoce su incidencia, aunque surgen discrepancias sobre su alcance, por lo cual merece ciertas reflexiones específicas a desarrollar.

Conforme ya fuera precisado, la operativa pública, en épocas de crisis económica, asume restricciones de singular incidencia en cuanto hace a la buena administración y fundamentalmente en lo atinente a una apreciación integral de sus principios. Habitualmente estamos inclinados a perfilar los principios de buena administración, en función de la relación bipolar Administración-Administrado, excluyendo de su prisma operativo la referencia sustancial al binomio Administración-Políticas de Estado al desconocer que bajo esa segunda premisa conceptualmente equiparable a cometidos estatales, quedan comprendidos los administrados presentes y futuros por la obvia proyección prospectiva implícita en tales cometidos. Buena exemplificación de ellos se presenta en el tratamiento de los temas ambientales de naturaleza prospectiva cuya relevancia respecto a las contrataciones públicas ha sido certificada normativamente en el Título General de la Ley Española de Contrataciones del Estado (art. 1.3 Ley 9/2019).

La interrelación entre ambos institutos es aún más evidente en función de la crisis económica estructural que obliga a una cautela especial en materia de erogaciones para no afectar los principios de equilibrio fiscal y sostenibilidad financiera, sin perjuicio de su condición estratégica en la movilización de los factores básicos de la economía pública. La buena Administración asume principios que hacen al cabal respeto de la centralidad de la persona humana y entre ellos, los relativos a los condicionamientos económicos y sociales de su desarrollo, ante lo cual las erogaciones públicas, y en especial la contratación pública reviste carácter estratégico. A este respecto, es decisivo proyectar las consecuentes del principio de eficiencia al orden sustancial de la buena administración, y en tal sentido, surge de interés la sintética aseveración de Hughes en su *Public Management and Administration* (2003) quien refería que corresponde evolucionar del concepto de Administrar (procedimental) al de gestionar (resultados), dado que una administración prestacional requiere de productividad y eficiencia.

La crisis económica estructural pone de relieve la necesidad de precisar el enfoque de las contrataciones públicas, como concepto general, en su integridad, lo cual supone en reducida síntesis tres aspectos sustanciales. El primero apunta a la conformación de la relación no sólo atento a la posición convencional del cocontratante sino a la capacidad económica de ejecución efectiva del Estado, lo cual implica una complicada trama de elementos a coordinar que exceden los alcances simples de los régímenes de imprevisión, salvo que hubiesen sido preconfigurados en las condiciones originarias. En segundo término, tal integralidad apunta a concatenar las proyecciones del interés

general visualizado presente, con las correspondientes condiciones futuras; en análisis cabalmente adecuado a los principios de buena administración expuestos. Claro corolario de esta faceta lo constituye la legislación hispana de sostenibilidad financiera que limita las erogaciones asignables a contrataciones públicas, cuando puedan afectar el debido cumplimiento futuro de cometidos públicos. Y, finalmente un tercer campo, quizás fundamental, se vincula a la consustanciación del régimen amplio de contrataciones con las políticas públicas diseñadas. Bajo este prisma debe evaluarse la calidad estratégica de la contratación pública, en su naturaleza propia de elemento dinamizador de sensible actividad económica por su severa participación en el PIB y en los niveles ocupacionales, pero además lo propio en relación a actividades futuras, por su directa correlación con la generación de condiciones básicas de infraestructura.

En síntesis, nuevamente surge evidente, también, en función de la integralidad reseñada, la directiva de replantear institutos tradicionales en un contexto más amplio, con vasos comunicantes más fluidos, a sistemas de ciencias de administración y políticas públicas involucradas, postulado al cual no escapa el régimen de contrataciones públicas, conforme a la severa impronta realista que le ha significado la crisis económica estructural.

3. Gobernanza y eficiencia

Más allá de la simple verificación lógica, que indica la imposibilidad de concebir razonable gobernanza ni buena administración, sin énfasis determinante en la condición de eficiencia, las consideraciones anteriores sobre falencias económicas y limitantes anómicas, obligan a una referencia más exhaustiva de su calidad sustancial en la apreciación de la implementación de políticas públicas, y en especial, concatenadamente con los principios de legalidad en la acción administrativa, que tradicionalmente han opacado la profunda significación del requerimiento de accionar administrativo eficiente.

Sabido es que los cometidos estatales presentes mucho se alejan de las condiciones restrictivas severas de la acción estatal propias del esquema rígido liberal de antaño. Muy al contrario, los requerimientos del accionar público se incrementan y las proyecciones del Estado Social de Derecho, conducen a la exigibilidad de amplias conductas públicas activas. La dicotomía Estado-Sociedad Civil, con rasgos reticentes a la intromisión de aquel, se ha desdibujado para generar un promisorio ámbito de concatenación de quehacer público y privado y a su concurso, también se ha ampliado la coordinación prospectiva del Derecho Público y Privado en pos de la efectiva consecución de objetivos públicos y al incorporarse regulaciones ordinarias de origen exclusivamente privado (v.gr. *Soft Law*). Si este panorama legal pudiere sintetizarse en algún concepto simple con las falencias propias de toda reducción

conceptual extrema, debería precisarse que el Estado Social de Derecho ha pergeñado un activismo estatal con amplia proyección prestacional, en oposición a una Administración de accionar limitado, restringida a ciertos ámbitos básicos, acordes a los enfoques políticos del siglo XIX; y con la muy curiosa observación de que el andamiaje orgánico jurídico administrativo aún se encuentra seriamente apegado a aquellas convicciones tanto en su concepción basal como en los alcances operativos instrumentales arbitrados a la Administración.

Las exigencias del Estado Social de Derecho se concretan en un activismo estatal, plasmado en una dinámica regulatoria severa y en una actitud prestacional amplia que confrontada con situaciones de reconocida crisis económica estructural, ineluctablemente proyectan el principio de eficiencia, como vector cardinal de la operativa de la Administración, como con certeza observación señalara Ponce Sole, “la crisis económica refuerza la necesaria legitimidad administrativa por rendimientos”; dado que “los principios constitucionales de economía y eficiencia deben ser ponderados como componentes del Derecho a la Buena Administración”¹⁸.

Por ello, la condición de eficiencia adquiere en el Derecho Administrativo moderno una relevancia especial que la equipara a la tradicional condición de legitimidad, incorporándose en su espectro. Su vigencia no se debe exclusivamente a la configuración de estudios de crisis económica estructural, pero sin lugar a dudas, este status la proyecta con especial jerarquía y con particular incidencia en la contratación pública por los efectos considerables de este rubro en la operativa económica estatal. Del mismo modo, su integración en el concepto sustancial de buena administración refuerza la obligatoriedad de su consideración en el mismo plano tradicionalmente reconocido al principio de legalidad.

Más allá de las dificultades propias de su apreciación estricta, sobre todo en una eventual revisión judicial, cierto es que su proyección en el área de contrataciones públicas apareja la necesidad de ajustar controles preventivos y auditorías posteriores a criterios propios de ciencias de la administración y, en especial, de políticas públicas integrales, constituyéndose en un parámetro restrictivo adicional al ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

La eficiencia, en sentido amplio, surge como elemento esencial en la actividad administrativa por la conjunción de tres factores que se afianzan desde mediados del siglo pasado: la aludida nota de Activismo Estatal, la Fuerza Expansiva de los Derechos Fundamentales; y la crisis económica estructural, elementos que ya han sido suficientemente analizados *supra*, y cabe consignar con énfasis que a diferencia de la

¹⁸ Ponce Sole, ob. cit.

condición de legalidad que puede ser visualizada en cada elemento de la acción administrativa, individualmente, la condición de eficiencia exige la valoración integral, en la cual ciertas áreas de la acción pública, revisten mayor relevancia relativa, por su incidencia sustancial en el complejo económico-social a satisfacer como cometidos estatales.

IV. Gobernanza y régimen legal administrativo

Como ya indicara, sin desconocer la virtud de la definición de Gobernanza de la Real Academia, preocupada por un arte de gobernar con proyección laudatoria, bueno es concentrarse en aquella postura más simple de Rosanvallon, que limita la perspectiva de la acción de la gubernamental a la gestión cotidiana de la cosa pública, instancia de decisión y de mando, lo cual además de facilitarnos el acceso a una condición pragmática ineludible, nos orienta a un entramado realista de los elementos jurídicos que habiliten la viabilidad de cumplimentar los alcances de aquella concepción de la RAE, aceptada en líneas generales uniformemente. Así, con acierto, Galli Basualdo, la percibe como “modo o estilo de gobernar, y gestionar los asuntos públicos, garantizando la satisfacción del desarrollo sostenible de la comunidad: económico, social e institucional”¹⁹.

Lo cierto es que sin un correcto anclaje jurídico, no es posible, abordar una visión positiva de la gobernanza, y tal cimentación, no es por naturaleza incólume, sino que ha de corresponderse a las sucesivas etapas que el activismo estatal requiera, a tenor de la evolución constitucional que dinamice los cometidos estatales exigibles. Así una perspectiva actual, entre varios factores relevantes, prevalecen: la configuración del *Administrative State* y la interdicción de arbitrariedad. Basten muy breves referencias a estos aspectos.

I. Administrative State

Este concepto, de firme raigambre, en el Derecho Americano, apunta a la sensible concentración de atribuciones en el área del Poder Ejecutivo, en desmedro de la Asamblea Legislativa, y en muchos supuestos, también de la Revisión Judicial. Su configuración, constituye una clara exemplificación de requerimientos de celeridad y acción directa que la gobernanza eficiente, de admitirse esta expresión, supone, dadas las trabas que ordinariamente afectan un accionar hábil del órgano legislativo, que le impiden constituirse en vehículo aceptable para satisfacer demandas sociales. Así entendida, la procedencia necesaria del *Administrative State*, cabe recapitular conceptos jurídicos tradicionales adosados a concepciones rígidas de la división de poderes, cuya vigencia sería contradictoria con las exigencias que la doctri-

¹⁹ Galli Basualdo, ob. cit., 87-93.

na moderna adjudica a la gobernanza²⁰, sin excluir su perspectiva ética. En tal sentido, cabe reiterar la notable ampliación de los campos adjudicables a la función administrativa, no solo en desmedro de las funciones legislativas tradicionales, sino también en la incorporación de particulares a su ejercicio ordinario.

Párrafo especial corresponde a precisar que el dinamismo vigente del *Administrative State* se condice sustancialmente con mandatos orientados al bienestar o interés general como se prefiera, ínsitos en diversas cláusulas constitucionales, y que en análisis conjunto bosquejan el espectro del Constitucionalismo del Bien Común²¹; y en el mismo sentido puntualiza el prof. Santiago que “las frecuentes crisis y las delegaciones de las Legislaturas hacia el Ejecutivo le otorgan una centralidad clara”²².

2. Interdicción de arbitrariedad

Corolario lógico de la ampliación de atribuciones del Ejecutivo, en el marco del denominado *Administrative State*, lo conforma la necesidad de agudizar conceptos y más aún la pragmática efectiva que puntualice la plena vigencia de los principios atinentes a la interdicción de arbitrariedad; y no solo se trata de resaltar su relevancia, sino de ampliar significativamente sus alcances. En tal sentido, fundamenta el prof. Cassagne, que, si bien en la Constitución Argentina no existe un texto tan preciso como el art. 103 de la Constitución española, se prescriben un conjunto de preceptos que habilitan a afirmar que el principio de interdicción de la arbitrariedad administrativa tiene raigambre constitucional, y conjuga el principio de razonabilidad como fundamento explícito de la prohibición de arbitrariedad²³.

Constituye pauta de especial relevancia a señalar que dada la amplitud de los cometidos públicos derivados de las proyecciones del neoconstitucionalismo, el activismo estatal consecuente, con notorio incremento de las facultades del Ejecutivo, tornan insuficientes las notas garantistas inherentes a la Tutela Judicial Efectiva, siendo necesario elaborar institutos que permitan resguardar los derechos de los particulares en sede administrativa; no sólo por la dilación ordinaria de las tramitaciones judiciales normales, sino también por cuanto la eficacia de la acción administrativa requiere consideraciones temporales razonables. Sin duda, la correcta gestión administrativa, implica adecuada convergencia entre legalidad y eficiencia, y por ello, no es dable en be-

²⁰ Jaime Rodríguez-Arana, *Principios de ética pública* (Madrid: Montecorvo, 1993), 47 y ss.

²¹ Conforme Cass Sunstein y Adrian Vermeule, *Law and Leviathan* (Cambridge: Harvard University Press, 2020), 4-7.

²² A. Santiago y I. Boulin, *Derecho Constitucional y Políticas Públicas* (Buenos Aires: Astrea, 2023), 61-68.

²³ Cassagne, *Los grandes...*, ob. cit., 162-68.

neficio de este último, limitar o retacear la estructura tuitiva consolidada por certera doctrina en garantía de derechos fundamentales, ante eventuales excesos en el ejercicio de potestades públicas.

v. Gobernanza y buena administración

Una correcta apreciación de la concepción actual del Derecho Administrativo debe plantearse en función de su estado de madurez, en la perspectiva del prof. Cassese ya aludida, y en la cual prevalece la dinámica funcional, en definitiva configuración de la condición servicial de la Administración Pública; debiendo ser bien entendido que a tal efecto no es suficiente una pauta de legitimidad exclusiva. Según recordara Ponce Sole con cita de R. B. Stewart, “la progresiva extensión y complejidad de las tareas administrativas revelaron la insuficiencia de este modelo de legitimación”²⁴. En verdad, sin excluir la preocupación por la legitimidad próxima a la evolución del principio de interdicción de arbitrariedad, en sentido amplio, la configuración del activismo estatal, motorizado por la dinámica del *Administrative State*, exigente de desarrollos pragmáticos de principios de economía y eficiencia, y de objetividad en la concreción de la función administrativa, en espectro ampliado, obliga a incorporar figuras jurídicas novedosas, y más aún a incorporar al análisis consideraciones emergentes de ciencias afines (v.gr. ciencias de la administración).

Conscientes de que la referencia jurídica excluyente es de notoria insuficiencia para encuadrar la acción de la Administración Pública constitucionalmente exigible, corresponde acentuar la preocupación por el correcto diseño de políticas públicas, que deben albergar todo el instrumental necesario a tal efecto, y por ende, verificar con esmero las condiciones sociopolíticas de origen, y las pautas económicas a atender, tanto como determinantes de objetivos a cumplimentar, como también limitativas de operatividad deseable. Precisamente, la consideración conjunta de tales elementos, hace a una perspectiva cabal de una gobernanza, entendida en su conexión cabal con la gestión pública, y no sólo como *desideratum* de proyección virtuosa, en la definición de la Real Academia. Ahora bien, es indispensable contemplar la íntima conexión entre gobernanza efectiva y diseño de políticas públicas, lo cual implica asegurar un ensamblaje jurídico hábil que lo sustente, y de ahí, la notoria incumbencia del *update* implícito en la dogmática del constitucionalismo del bien común, y la distintiva objetivación de la dinámica regulatoria tecnológica, en tanto supone descartar planteos jurídicos obsoletos.

²⁴ Juli Ponce Sole, *Derecho Administrativo Global* (Madrid: Marcial Pons, INAP, 2020), 91-94.

Precisamente, en función de los aspectos reseñados, cabe recuperar la posibilidad cierta y necesaria, de visualizar al Derecho Administrativo como vertebración jurídica de la gobernanza, en términos reales, y, obviamente, de su instrumento primordial, cual es la definición de políticas públicas; y más aún, en un análisis certero del instrumental existente, surge señalar el principio de buena administración, que bajo su ropaje jurídico, contiene los elementos de conocimientos afines, de indispensable integración, para una cabal consecución de sus objetivos. Así, “la Buena Administración es un concepto jurídico que puede ser una de las puertas de entrada a colaboraciones interesantes entre diversas aproximaciones, como las provenientes del Derecho de la Economía o de la Ciencia Política”²⁵. Sin duda, a nuestro entender, es el principio de buena administración, la vía adecuada para canalizar jurídicamente, el activismo estatal exigible constitucionalmente, y paralelamente, con la optimización del instrumental regulatorio, afianzar las perspectivas de constituir al Derecho Administrativo como Derecho de la Sociedad, según la visualización que el prof. Cassese, proyectara décadas atrás, al puntualizar que “el Derecho Administrativo, más que el Régimen Legal de la Administración, es el genuino Derecho de la Sociedad”.

No cabe escindir planteos de gobernanza, de criterios derivados del principio de la buena administración, más aún cuando la conceptualización clásica de la buena administración, en un mundo dominado por nuevas tecnologías, adquiere una dimensión exigente de amplia reconsideración del instrumento jurídico-administrativo tradicional, y en especial de la proyección específica de la actividad reglamentaria, y adicionalmente, cabe reafirmar la naturaleza de deber de la administración, como contrafigura del principio apuntado, lo cual integra bajo tal concepto, una serie de derechos públicos en los cuales se adicionan aquellos tradicionales de la inacción estatal, estructurados bajo las aureolas de la interdicción de arbitrariedad, con los modernos de la madurez de la dogmática administrativista, consecuentes del activismo estatal reinante.

Es indudable que el principio de la buena administración se constituye en la *liason* necesaria para consustanciar al Derecho Administrativo como plexo jurídico de las políticas públicas y por ende, asegurar clara referencia jurídica a la necesaria integración de conceptos originados en otras áreas de conocimiento, e indispensables para una debida gestión de gobierno, o bien de gobernanza en sentido integral, ni tampoco caben dudas de que el quehacer doctrinario a tal efecto, es sumamente arduo, pero siempre, alguna alusión a Alejandro Nieto, alecciona, pues como muy bien sentenciaba, “en definitiva, de lo que se trata, es de que el jurista en cuanto técnico del Derecho, formule y

²⁵ Ponce Sole, *Derecho*, ob. cit., 83-87.

ponga a disposición de la Sociedad, técnicas concretas para viabilizar la realización de los intereses colectivos y generales”²⁶. ■

²⁶ Alejandro Nieto, “La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo”, R.A.P., N° 76: 10 y ss.



REVISTA ELECTRÓNICA DE DERECHO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Número 29, Julio – Diciembre 2024
Segunda etapa

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)



www.ciddep.com.ve

www.ciddep.online



contacto@ciddep.com.ve



@ciddepVE