

## LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

### De la subsidiariedad a la solidaridad

PABLO OCTAVIO CABRAL<sup>1</sup>

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |  
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |  
pp. 216-255. Recibido 18/03/2022 - Aceptado 22/03/2022

**Sumario:** En este trabajo se intenta encontrar alguna explicación respecto de la relación entre los derechos fundamentales reconocidos en los textos constitucionales y su efectividad concreta en cada sociedad específica, a partir del modelo político ideológico de organización institucional y jurídica del Estado. Es decir, el tipo de regulación de estos derechos fundamentales y sus garantías (primarias y secundarias), adquiere posibilidades de efectividad a partir del tipo de principio rector de todo el sistema jurídico político institucional, es decir la existencia de las garantías jurídicas contra las desigualdades dependerá también del impacto en el sistema constitucional del principio de *subsidiariedad* o del principio de *solidaridad*.

**Palabras clave:** Subsidiariedad; Solidaridad; Derecho Administrativo.

**Abstract:** This paper attempts to find an explanation regarding the relationship between the fundamental rights recognized in constitutional texts and their concrete effectiveness in each specific society, based on the political-ideological model of institutional and legal organization of the State. That is, the type of regulation of these

<sup>1</sup> Abogado (UNLP, 1997), Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP, 2003), integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico –UNLP–, Director de la Revista Derechos en Acción –UNLP–, docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Sub Director Nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación.



fundamental rights and their guarantees (primary and secondary), acquires possibilities of effectiveness from the type of guiding principle of the entire institutional political legal system, that is, the existence of legal guarantees against inequalities. It will also depend on the impact on the constitutional system of the principle of subsidiarity or the principle of solidarity.

**Key words:** subsidiarity, solidarity, administrative law

## I. INTRODUCCIÓN

En la hermana República de Chile, se consolidó durante décadas un modelo de Estado neoliberal que generaba evidentes desigualdades sociales que, durante mucho tiempo fueron toleradas por su pueblo, hasta que tales inequidades –especialmente en el goce y disfrute del derecho a la educación– fueron resignificadas por la mayoría de personas excluidas o sojuzgadas –en especial los jóvenes–, produciendo una masiva protesta social en las calles, como reacción a situaciones de igualdad intolerables y excesivas. Posteriormente esa lucha se institucionalizó y hoy se está reformando la constitución nacional en dicho país.<sup>2</sup>

Este caso –al igual que otros– me lleva a preguntarme si, mientras las desigualdades jurídicas derivada del propio funcionamiento mercantil de los derechos patrimoniales son aceptadas o toleradas por la mayoría: ¿Los derechos sociales fundamentales que reconocen –por ejemplo, el acceso a la educación– son exigibles? ¿Se trata de derechos subjetivos ejecutables ante los jueces?, ¿Son válidas y aplicables las garantías contra esas desigualdades?

Posiblemente encontremos alguna explicación, no sólo en la regulación específica de estos derechos fundamentales y sus garantías (primarias y secundarias), sino en el principio rector de todo el sistema jurídico político institucional, es decir la existencia de las garantías jurídicas contra las desigualdades dependerá también del impacto en el sistema constitucional del principio de *subsidiariedad* o del principio de *solidaridad*.

El pleno de la Convención Constitucional aprobó el lunes 11 de

<sup>2</sup> Cordero Vega, Luis, Lecciones de Derecho Administrativo, La Ley – Thomson Reuters–, Santiago de Chile, 2015.

abril de 2022 el primer artículo del borrador de la nueva Constitución Política de Chile, el cual deja atrás la definición de Chile como un Estado subsidiario<sup>3</sup> y pasa a ser una república solidaria bajo un modelo de Estado social y democrático de derecho:

**“Artículo 1:** Chile es un Estado social y democrático de derecho. Es plurinacional, intercultural y ecológico (inc.1). Se constituye como una **República solidaria**, su democracia es paritaria y reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza (inc.2). La protección y garantía de los derechos humanos individuales y colectivos son el fundamento del Estado y orientan toda su actividad. Es deber del Estado generar las condiciones necesarias y proveer los bienes y servicios para asegurar el igual goce de los derechos y la integración de las personas en la vida política, económica, social y cultural para su pleno desarrollo (inc.3).”

Según explicó el constituyente Jaime Bassa; “la Constitución vigente establece el principio de subsidiariedad del Estado, es decir, un Estado que puede participar en la economía solo cuando los privados no quieran o no puedan hacerlo. Esto, ya que es un Estado abstencionista y no intervencionista, cuyo rol en la actividad económica se ve limitado a reforzar la actividad de personas y grupos intermedios frente a su desinterés o insuficiencia”<sup>4</sup>.

Por su parte, el profesor de derecho constitucional y convencional constituyente, Fernando Atria, explicó lo siguiente: “El Estado social, en esta Constitución, es la superación del Estado subsidiario o neoliberal. El Estado neoliberal niega los derechos sociales, transformándolos en mercancía y organizándolos conforme a los principios

3 Constitución de la República de Chile, art. 1º, inciso 3º: “El estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

4 Ver Diario Concepción, miércoles 13 de abril de 2022, nota: “Convención aprueba Artículo 1 de la nueva Constitución: “Chile es un Estado social y democrático de derecho”.

del mercado. El Estado neoliberal está dispuesto a subsidiar a los más pobres, de modo de aliviar las consecuencias de su pobreza. Pero se desentiende de la demanda de igualdad, de construir esferas en las que concurráramos todos como iguales. El Estado social adquiere la forma política de república solidaria. ¿Qué es una república solidaria? *Solidaridad*, es uno de esos conceptos cuyo significado originario es jurídico, y se usaba para describir una forma especial de responsabilidad, llamada solidaria, que respondía a la lógica *de uno para todos, todos para uno*: cada uno de varios deudores responde por el total, cada uno de varios acreedores puede requerir el pago del todo... Esta idea: que las instituciones fundamentales orientadas a asegurar derechos sociales han de ser instituciones informadas por el principio de solidaridad, y que por eso Chile ha de ser un Estado Social y Democrático de Derecho que asuma la forma política de una república solidaria, está en el centro de lo que el pueblo chileno ha estado demandando desde al menos dos décadas. El hecho de que fuera una demanda ignorada, neutralizada por la Constitución tramposa, es parte fundamental de lo que llevó a que esa constitución fuera desahuciada por el pueblo en octubre de 2019. El artículo 1º propuesto es, así, una manifestación del poder constituyente del pueblo.”<sup>5</sup>

Encontrándose el país trasandino en un proceso de suplantación del principio rector de subsidiariedad por el de solidaridad, creo particularmente interesante repasar cómo estas pautas o estándares son interpretados en nuestro derecho administrativo argentino.

## II. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y LAS TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En las últimas décadas en nuestra región, los textos constitucionales dejaron de ser un instrumento de organización instrumental del

5 Agrega Fernando Atria que: “Del derecho civil la idea de solidaridad transitó a la política, para describir la misma unificación de intereses que fue parte fundamental de las luchas laborales y sindicales a través de los cuales los trabajadores demandaron y obtuvieron el reconocimiento de derechos sociales: al trabajo, a la seguridad social, a la salud, a la educación, a la vivienda. Y entonces “solidaridad” empezó a ser usada para describir las instituciones a través de las cuales esta idea se realiza, que son instituciones que descansan en la misma idea de “uno para todos, todos para uno”: instituciones que asumen, a diferencia del mercado, que tenemos un interés común en asegurarnos recíprocamente las condiciones materiales de la libertad, en seguridad social, en salud, en educación, etc.”. Blog personal del autor.

poder -mediante la asignación de competencias ejecutivas, legislativas o judiciales- transformándose en el vehículo por el que valores y principios se incorporan a los sistemas jurídicos.

Este fenómeno genera problemas de legitimación en el propio sistema y nos obliga a repensar el modo en que el poder judicial interpreta creativamente el ordenamiento jurídico. Explica Duquelsky Gómez que; “la incorporación de principios altera la concepción positivista tradicional de que el derecho es simplemente un conjunto o un sistema de normas. En ese sentido es ilustrativa la ya clásica crítica de Dworkin a la teoría de las reglas de Hart. El eje de su propuesta consiste en señalar que, a diferencia de lo que sostiene el positivismo, el derecho no está integrado solo por normas sino también por directrices y principios. Ahora bien, la crisis del legalismo normativista y el surgimiento de esta larga lista de teorías *no positivistas* —muchas además constitutivas o al menos íntimamente ligadas al llamado *neoconstitucionalismo*—, han generado una doble preocupación: en un sentido, que, ante la falta de límites derivada de la vaguedad propia de la incorporación de principios, y la consecuente ampliación del poder de los jueces, se pongan en riesgo garantías constitucionales de los ciudadanos. En otra línea, que el mayor poder asumido por los jueces derive en un detrimento de la voluntad popular expresada a través de la representación legislativa.”<sup>6</sup>.

En la definición del concepto de los principios jurídicos —como vimos- se mezclan diferentes corrientes filosóficas del derecho, así como regulaciones normativas y posiciones doctrinarias encontradas. La primera distinción que haremos es entre los principios generales del derecho y aquellos principios jurídicos de una rama específica de la ciencia jurídica como los principios del derecho constitucional o los principios del derecho administrativo. En este punto no nos referiremos a los principios específicos de un área jurídica en particular, sino de aquellas directrices que se aplican a la totalidad del derecho.

La clásica definición positivista de los principios generales del derecho expuesta por Carnelutti dice que éstos no son algo que exista fuera sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas, agregando gráficamente que se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: son el

6 Duquelsky Gómez, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41 (2018) ISSN: 0214-8676 pp. 193-209.

espíritu o esencia de la ley<sup>7</sup>.

Así, los principios se obtienen inductivamente del análisis de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Se parte de las normas individuales que integran el sistema jurídico y se obtiene un principio superior o general que orienta el derecho positivo particular.

Desde una postura crítica del iuspositivismo, Ronald Dworkin define los principios como estándares que han de ser observados porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Aquí los principios son previos o anteriores al ordenamiento jurídico positivo y constituyen verdades supremas del derecho nacidas de la lógica y la ética y que por ser racionales y humanas son universales<sup>8</sup>.

Eduardo García de Enterría describió a los principios generales del derecho como una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el sustrato mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica<sup>9</sup>.

Buscando una delimitación del concepto seguiremos un trabajo de Genaro Carrió donde destaca los diversos significados que en los ámbitos jurídicos se le otorga a la palabra principios, vinculándolo; 1) Con las ideas de “propiedad fundamental”, “núcleo básico”, “característica central”; 2) Con las ideas de regla, guía, orientación o indicación generales; 3) Con las ideas de “fuente generadora”, “causa” u “origen”; 4) Con las ideas de “finalidad”, “objetivo”, “propósito” o “meta”; 5) Con las ideas de “premisa”, “inalterable punto de partida para el razonamiento”, “axioma”, “verdad teórica postulada como evidente”, “esencia”, “propiedad definitoria”; 6) Con las ideas de “regla práctica de contenido evidente”, “verdad ética incuestionable”; 7) Con las ideas de “máxima”, “aforismo”, “proverbio”, “pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición”<sup>10</sup>.

El concepto de principios jurídicos que utilizaremos aquí, si-

7 Carnelutti, Francesco, *Sistema di Diritto Processuale Civile, I. Funzione e composizione del processo*, 1936, Padova, p. 120.

8 Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.

9 García de Enterría, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder”, 1983, Ed. Civitas, Madrid, p. 42 y ss.

10 Carrió, Genaro R., “Notas sobre Derecho y lenguaje”, edición corregida y aumentada, 1994, Ed. Abeledo-Perrot, p. 209.

guiendo a este autor, no coincide con las diversas ideas antes expuestas, sino que presenta las siguientes características: 1) Son pautas de segundo grado, ya que presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas. 2) Están orientadas a quienes se encuentran en posición de justificar decisiones con base en normas de primer grado. 3) Disponen pautas referidas a cómo y cuándo deben aplicarse las reglas sobre las que versan, qué alcance darles, cómo combinarlas, etc. Asimismo, en determinados casos completan las llamadas “lagunas del derecho”. 4) Tienen un cierto grado de neutralidad tópica, o de relativa indiferencia de contenido, ya que trasponen los límites de distintos campos de regulación jurídica. 5) Los llamados principios generales del derecho integran nuestro ordenamiento jurídico, y disposiciones positivas expresas se refieren a su aplicación a la hora de resolver una cuestión litigiosa por parte de un juez.

La función de los principios de derecho se puede sintetizar en las siguientes tres misiones: i) Informadora: Los principios se dirigen al legislador, quien los debe considerar al momento de legislar, actuando como fundamento del ordenamiento jurídico; ii) Normativa: Sirven para llenar los vacíos legislativos actuando en forma supletoria en caso de ausencia de norma; por ello se afirma que los principios son medios de integrar el derecho; iii) Interpretadora: Esta función es trascendente para la interpretación realizada por los jueces, quienes se deben orientar, al momento de fallar, por estos principios del ordenamiento jurídico.

Estas miradas clásicas sobre los principios generales del derecho adquieren una especial relevancia a partir de la instalación de las teorías pos positivistas y la aparición de las visiones neo constitucionales que desembarcaron en nuestro ordenamiento jurídico vigente, a través de la reforma constitucional de 1994 –principalmente a través de la incorporación de tratados internacionales de protección de derechos humanos- y –luego de ello- en el proceso de constitucionalización del derecho privado.<sup>11</sup>

Así, el nuevo Código Civil y Comercial argentino –que vino a reemplazar la obra de Vélez Sarfield<sup>12</sup>- realiza una modificación estruc-

11 Ver Ruiz Manero, Juan, *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018.

12 El Código Civil de Vélez Sarfield, en su art. 15 imponía a los jueces la obligación de fallar o resolver los casos que les son planteados por las partes. Decía esta norma que “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto

tural de la forma en que se construye y desarrolla el fenómeno jurídico en nuestra nación, ya que dispone la interpretación y aplicación de las normas a partir y desde los principios y valores jurídicos de una forma coherente con el ordenamiento (arts. 1° a 3°, Ley N° 26.994).

En palabras de Amos Grajales: “Por ello el cambio no es de aquellos que puedan entenderse como intra sistémicos, sino que claramente modifican las bases sobre las que se sostiene el propio sistema. O, mejor dicho, cambia lo que entendemos que resulta ser ese sistema mismo. Lo que hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial se entendía por derecho, lo que hasta ese momento se entendía cuál era la función del juez, mutó. Lo que antes era subsunción hoy es, además y principalmente, ponderación; lo que antes era subsidiario, hoy es lo primordial. Todo ello con un solo artículo del Código de apenas cuatro renglones (art. 2° del Código). Los jueces ya no podrán ser la boca inanimada de la ley.”<sup>13</sup>

En efecto, el artículo 2 de código civil y Comercial de la Nación establece: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.” En el siguiente artículo dispone el nuevo código: “Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.”

En el actual sistema jurídico argentino los jueces adquieren una centralidad, no solo en la interpretación del derecho, sino en la construcción de nuestro ordenamiento convencional, constitucional y

de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. El art. 16 del mismo texto establecía una pauta de interpretación de las cuestiones civiles que se ha extendido a la totalidad del ordenamiento: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”. En autos “Petruccelli, F. y otro v. Municipalidad de la Capital” resolvió la Corte Suprema de la Nación que la regla de interpretación prevista en el art. 16 excede los límites del Derecho Privado para proyectarse como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno (Corte Sup., fallo del 13/6/1989, publicado en JA 1990-II-93).

13 Grajales, Amos, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como “la boca de los principios”. De la subsunción a la ponderación”, SJA 2015/07/29-3; JA 2015-III. Ver también: Grajales, Amós Arturo y Negri, Nicolás, *Argumentación jurídica*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014.

legal. Siguiendo a Grajales; “El sentido de la norma ya no será descubierto en elementos propios de la norma o en las palabras que el legislador hubiera podido dejar a la posterioridad en la exposición de motivos de las leyes o en otros textos contemporáneos a ella. Poco importa ya lo que ha querido decir el legislador sino intentar otorgar un significado de las palabras de la norma que sea compatible con los principios y valores de la comunidad y con los tratados de derechos humanos suscriptos por el país. Es importante reiterarlo, el art. 2° del Código es un salto a la discrecionalidad y a la creación por parte del juez. Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad (Nino). Si la norma fue creada con anterioridad a un tratado de derechos humanos, poco importa lo que quiso el legislador si ello no es compatible con esas nuevas normas supranacionales.”<sup>14</sup>

En base a dicha transformación del mecanismo de resolución de casos y aplicación del derecho por parte de los jueces adquiere relevancia las llamadas teorías de la argumentación jurídica.

A partir del trabajo del jurista alemán Robert Alexy<sup>15</sup>, cuyas ideas fueron difundidas en Hispanoamérica por el profesor Manuel Atienza<sup>16</sup> –para quién el derecho consiste fundamentalmente en argumentar-, la presencia y peso de las teorías de la argumentación jurídica es innegable en la actualidad del derecho argentino. Según explica Omar Vázquez Sánchez, la teoría de la argumentación jurídica: “ha supuesto una renovada óptica del quehacer jurídico: este nuevo enfoque jurídico, por cierto, difícil de retroceder en los modernos estados constitucionales, nos viene a recordar la importancia de la argumentación en los procesos de creación, interpretación, aplicación, decisión, etc., del Derecho. Es decir, el Derecho en el constitucionalismo

14 Grajales, Amos, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como “la boca de los principios”. De la subsunción a la ponderación”, SJA 2015/07/29-3; JA 2015-III.

15 Alexy, Robert: *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Editorial Palestra, Lima, Perú, 2007.

16 Atienza, Manuel: *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013.

es argumentación”<sup>17</sup>. Si bien aquí no procede ni es posible desarrollar todas las implicancias de su impacto en nuestra tarea, sí es mi intención referirme al impacto de esta construcción teórica de la interpretación del derecho nacional.

### III. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO Y SU POSICIONAMIENTO IDEOLÓGICO FRENTE A LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Pasando ahora al sector del campo jurídico ocupado por el *Derecho Administrativo*, relevaré superficialmente las posturas ideológicas (en este caso destacando el rol del estado y la justicia distributiva) de los autores más relevantes del período estudiado. Tal relevancia se encuentra determinada por la centralidad de su posición dentro del campo en estudio y la acumulación de diversos capitales que les permiten a estos doctrinarios decir que dice el derecho administrativo. Sus posiciones ideológicas –en muchos casos- dieron contenido a concretas políticas públicas de los últimos gobiernos nacionales.

En líneas generales la doctrina administrativista referida propone al derecho administrativo como una herramienta de protección de los derechos individuales (libertad, propiedad) frente al Estado, postulando un equilibrio entre autoridad y libertad. Entiendo una pieza clave para desentrañar el sentido de justicia distributiva de la doctrina administrativista hegemónica es su posicionamiento frente a la posibilidad de efectivizar judicialmente los derechos económicos, sociales y culturales.

Por ejemplo, Agustín Gordillo, desde una de sus primeras obras (“Introducción al Derecho Administrativo”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1962; “Tratado de Derecho Administrativo”, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1974) desarrolla un capítulo dedicado a las “Bases políticas, constitucionales y sociales del derecho administrativo”. Allí, partiendo de definir al derecho administrativo como la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial contra ésta, expone la oposición entre igualdad y libertad, articulados en posturas políticas e ideológicas sobre las cuales se construyeron dos modelos de estatalidad (Estado liberal de Derecho

17 Vázquez Sánchez: “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 12, 2009, pp 99-134.

y Estado de Bienestar) proponiendo un equilibrio y complementariedad entre las garantías individuales y las garantías sociales.

Sobre la posibilidad de efectivización de los derechos sociales, cuestión que plantea en su tratado de derecho administrativo desde las primeras ediciones, se inclina por su carácter programático. Dice al respecto que; “Según la formulación que se les dé, tales derechos sociales podrán aparecer como auténticos derechos subjetivos de los habitantes, exigibles concretamente desde la misma sanción de la norma constitucional y sin necesidad de norma legislativa alguna que los reglamente, o podrán en cambio resultar meros derechos programáticos, normas de buen gobierno que carecen de efectividad real mientras los órganos legislativos o administrativos del Estado no deciden por su cuenta efectivizarlos”, agregando como conclusión que “generalmente la enunciación constitucional de tales derechos tendrá un mero carácter programático, y no será el actual y real conferimiento al individuo de un derecho subjetivo...”<sup>18</sup>.

Luego de la reforma constitucional de 1994, el Profesor Gordillo edita dos obras en las que abordó dos cuestiones de actualidad para el derecho administrativo de la década del noventa; los derechos humanos<sup>19</sup> y la reforma del Estado<sup>20</sup>. Sobre la cuestión de la efectivización de los derechos sociales, a la luz del nuevo texto constitucional y la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos, el autor mantuvo su postura clásica, radicalizando su posición contraria a la posibilidad de judicializar los derechos sociales.

Así sostuvo este autor que; “Nadie duda que es políticamente hermoso, hasta poéticamente atractivo, sostener que todo el mundo tiene derecho a tener satisfechas todas sus necesidades básicas en cualquier campo, sea él salud, vivienda, educación, cultura, progreso. Pero en esa fraseología se desliza un grave inconveniente: quienes así hablan o escriben se olvidan que han hecho un cambio de paso, y ya no están hablando de derecho como si fueran abogados o juristas, hombres del foro o de la justicia, profesores o estudiantes de derecho, sino que hablan de derecho como si fueran personas que desconocieran el sig-

18 Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1974, p.III-28.

19 Gordillo, Agustín y Flax, Gregorio: *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007.

20 Gordillo, Agustín; *Después de la Reforma del Estado*, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

nificado técnico jurídico de la palabra en el ámbito forense. Es como si tal vez pensarán que la palabra puede usarse también para describir aspiraciones o pretensiones que no son susceptibles de ser llevadas con éxito ante un tribunal de justicia en parte alguna del mundo. Allí, obviamente quienes emplean de ese modo la palabra “derecho” no hacen sino crear un mar de confusiones. Podrán fundarlo sin duda en consideraciones políticas, axiológicas, sociológicas, éticas, morales, religiosas, en principios universales; podrán invocar textos de carácter internacional que de algún modo u otro lo digan: pero lo cierto, lo concreto, es que no pueden ignorar que no pueden interponer una demanda contra el Estado y ganarla con ese planteamiento. No obtendrán sentencia favorable en ninguna instancia, perderán simplemente el juicio, al menos hoy por hoy. Es indispensable no crear en el joven alumno confusiones entre el derecho y otras ciencias sociales, o la política, o las aspiraciones, los sueños, los compromisos éticos, las obligaciones de solidaridad, etc.”<sup>21</sup>

En su obra “Después de la Reforma del Estado”, Gordillo se refirió a la política de desregulación del mercado y de privatización de empresas y actividades estatales desarrolladas en la década del 90, compartiendo la necesidad de realizar tales transformaciones, aunque dejando sentada la necesidad de completar las reformas pendientes.

Así dijo que “Ya a comienzos de la década del 80 los organismos en un cambio de orientación. Anticipaban el nuevo papel del Estado en el proceso económico y social. En poco tiempo más la crisis económica se transforma en crisis política, con el fin del gobierno soviético y el triunfo del libre mercado, la crisis del modelo burocrático, la sensación del fracaso de la empresa y en general la propiedad pública, privatizaciones por doquier. Desregulación desmonopolización, privatización, dejan de ser banderas políticas inglesas o norteamericanas, son políticas económicas mundiales, del Oeste y del Este, de las naciones y organismos multinacionales de los cuales depende nuestro crédito externo: *las ideologías son más potentes que los Estados*. También en nuestro país, desde luego, se comenzó en esa década a postular la desregulación y a prestar atención a la protección del consumidor...La reforma que venimos de explicar ha desarmado mucho del viejo aparato estatal, pero le ha faltado ajustar el resto a la nueva dinámica que ha creado. Corre con ello el riesgo de quedar

21 Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997, p.VI-34.

claudicante frente a la nueva realidad que ha creado.”<sup>22</sup>

Concluyo con la transcripción de la opinión de Jorge Luis Salomoni sobre la obra del autor en análisis: “Agustín gordillo, por su parte, no solamente coincide con los autores citados (Cassagne y Ariño Ortiz), sino que avanza un paso más en la argumentación, en lo que aquí importa, al sostener que el intervencionismo estatal anterior a la reforma del Estado no reconocía legalidad constitucional, o mejor aún, que el intervencionismo fue producto de una jurisprudencia permisiva y no de la propia teoría del Estado plasmada en nuestra constitución. Podría decirse que tal aseveración (de Gordillo) constituye más que una hermenéutica jurídica, una exposición ideológica del autor. La exposición de la visión ideológica con que mira al ordenamiento jurídico.”<sup>23</sup>

Juan Carlos Cassagne, por su parte, desde una postura iusnaturalista, declaró la muerte del Estado benefactor y el nacimiento del Estado Subsidiario, rechazando todo dirigismo estatal con fundamento en que la intervención del Estado debe regirse siempre por el principio de la suplencia o subsidiariedad; “La quiebra del modelo que caracterizó al denominado Estado benefactor está a la vista de todos. La sociedad ya no acepta que el Estado intervenga activa y directamente en el campo económico-social asumiendo actividades que corresponde realizar a los particulares iure proprio. El pretexto de la soberanía, la defensa nacional, la justicia social o la independencia económica, no sirven más como títulos que legitiman la injerencia estatal en las actividades industriales o comerciales, y, aún, en los servicios públicos que pueden ser prestados por particulares... En síntesis, si el bien común que constituye el fin o causa final del Estado posee naturaleza subsidiaria y se encuentra subordinado al mantenimiento y al desarrollo de la dignidad de las personas que forman parte de la sociedad civil, el Estado no puede absorber y acaparar todas las iniciativas individuales y colectivas que se generan en el seno de aquélla. En otros términos, que la subsidiariedad es una obligada consecuencia de la propia naturaleza de la finalidad que el Estado persigue y el presupuesto indispensable para el ejercicio de

22 Gordillo, Agustín; *Después de la Reforma del Estado*, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996, p.I-25.

23 Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 344.

las libertades del hombre”<sup>24</sup>

Respecto de la justicia, adhiere a la postura de Santo Tomás de Aquino, en tanto la considera como el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho. Para Cassagne, el alcance de la justicia distributiva respecto de cada persona debe ser valorada a la luz de criterios morales –calidad, aptitud o función de cada miembro del cuerpo social- para en base a ellos determinar la porción que la sociedad le debe a cada una de ellas. Así sostiene que “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 existir ni imponerse el orden y la paz, por la sencilla razón de que la comunidad no puede proporcionar lo que las partes integrantes no hubieran puesto en ella”<sup>25</sup>. Por otra parte, se opone a aceptar que en el ámbito del derecho público exista una identificación con la justicia distributiva.

José Roberto Dromi, se enmarca en las posiciones generales descriptas respecto del régimen jurídico administrativo. Así sostiene que: “El orden predica obligadamente el poder y el derecho. El orden se expresa en derecho y se organiza como poder, Poder y derecho son atributos esenciales, propios del orden, exigidos por la esencia del ser estatal. Luego, en su actuación, poder y derecho especificarán en la existencia una organización y un ordenamiento jurídico, público y administrativo de carácter básico, que explicita las relaciones fundamentales entre sociedad (Estado, autoridad, Administración) y persona (individuo, libertad, administrado).”<sup>26</sup>

Rodolfo Barra defendió con éxito su tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina el 17 de marzo de 1980 bajo el título “El derecho administrativo como sistema de derecho público en el marco de la justicia distributiva”. En junio del mismo año la tesis fue publicada, con prólogo de Juan Carlos Cassagne, bajo el título “Principios de derecho administrativo”, contenido casi veinte años más tarde replicado en su primer tomo del “Tratado de

24 Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo I, p. 65.

25 Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo I, p. 59.

26 Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 7.

Derecho Administrativo”<sup>27</sup>. El prologuista de su ópera prima afirmó que: “La aceptación de esa visión cristiana del derecho, concebido como el objeto de la justicia, con sus distintas especies, no implica, como bien se señala en la obra, que la sociedad de nuestros tiempos deba desatender el peligro que representa la ampliación progresiva de las competencias estatales, lo cual puede conducir a la despersonalización del hombre, sumergido en un proceso de socialización creciente, donde todo lo espera del Estado”.

Así, Barra desarrolla en su obra las relaciones existentes entre los principios que rigen la justicia distributiva y las instituciones de derecho público y se propone “la distinción radical entre el derecho público y el derecho privado, en función de las distintas especies de la virtud de la justicia y su relación con el bien común, como adecuado instrumento para una mejor comprensión del derecho administrativo...En realidad, la base de este estudio, no pretende más que recordar las enseñanzas de la perenne filosofía tomista y de la moderna doctrina social pontificia, para aplicar sus conclusiones a una rama determinada de la ciencia jurídica”<sup>28</sup>.

Inicia el desarrollo de sus ideas sosteniendo la prevalencia del principio de subsidiariedad respecto de las funciones del sector público; “por el cual la competencia del Estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares –individuos o agrupaciones intermedias- no puede o no deba desarrollarse. La aplicación del principio de subsidiariedad importará regular los límites de las competencias estatales y, por consiguiente, fijar los alcances de todas las competencias sociales”<sup>29</sup>. Si bien releva la aparición del Estado Social o de Bienestar, concluye a su respecto que “Se nos presenta así una dramática paradoja: la extensión de las competencias estatales, respondiendo a una exigencia del bien común, puede significar la tumba de este mismo bien común por la importante cuota de socialización despersonalizante que trae aparejada”<sup>30</sup>.

27 Barra, Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Abaco, Buenos Aires, 2002, Tomo I.

28 Barra, Rodolfo Carlos, Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 23.

29 Barra, Rodolfo Carlos, Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 37.

30 Barra, Rodolfo Carlos, Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 56.

Como ya veremos en los siguientes puntos, los orígenes del principio de subsidiariedad, defendido abiertamente tanto por Barra como Cassagne y aplicado por Dromi, se pueden encontrar en la teoría social de la iglesia (Encíclica *Quadragesimo Anno*; “toda actividad social es subsidiaria por esencia y su misma definición”) y en la obra de Johannes Messner –referencia reiterada en la obra de Barra- para quien; “El principio de subsidiariedad muestra que el bien común no es un fin en sí. El principio de subsidiariedad es por ello el principio social cristiano, que rechaza toda forma de independencia colectivista (absolutización) de los fines sociales, del Estado de fuerza totalitario como del Estado de previsión socialista...El principio de subsidiariedad expresa la igualdad originaria de todos los derechos morales, de los del individuo y de los de las comunidades naturales: de las comunidades con finalidades fundadas en la naturaleza social humana”<sup>31</sup>.

Concluye en su tesis que el derecho público es el derecho del Estado en sí mismo y en sus relaciones con la sociedad aplicándose allí la virtud de la justicia distributiva, en la que “el reparto o asignación de prestaciones es autoritario y heterónomo. La entrega de la cosa debida no sólo es de interés para las partes de la relación específica. Lo es también comparativamente, para las partes de la relación virtual. Fundamentalmente, es de interés para el resto del cuerpo político, cuya subsistencia como tal depende de que en cada caso concreto se realice el bien común. Por ello la asignación de prestaciones es autoritaria, dado que requiere del ejercicio del poder estatal. Como tal asignación de prestaciones no depende de la voluntad de las partes, se afirma que el reparto es heterónomo, salvo que la derogación –la decisión de las partes de que a la hipótesis no se le aplique la consecuencia prevista en la norma- no perjudique a terceros (en especial al sujeto acreedor virtual) y se justifique en razones de interés público”<sup>32</sup>.

#### IV. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

En los diferentes niveles de la estructura piramidal de nuestro or-

31 Messner, , 1960, p. 864.

32 Barra, Rodolfo Carlos, Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 128.



denamiento jurídico, como vimos, los principios jurídicos ocupan un lugar relevante a partir de la generalización de las teorías neo-constitucionalistas, el post-positivismo, las teorías de la argumentación jurídica y la modificación del sistema de interpretación judicial del derecho.

En esa línea vertical podemos ubicar a los principios generales del derecho en la cima, por debajo los principios constitucionales (y convencionales) y más cercano a la base piramidal, a los principios de derecho administrativo. Todos ellos interactúan, implicando muchas veces éstos últimas derivaciones de aquellos, constituyendo un entramado complejo en el que resulta difícil establecer diferenciaciones dogmáticas y dibujar líneas de corte por las cuales el principio de legalidad se distingue cuando hace referencia a la teoría general del derecho, cuando es parte de los principios constitucionales (y convencionales) o son derivaciones que se aplican y rigen las relaciones jurídicas de la administración con los ciudadanos.

Esto sucede, como veremos, tanto con el principio de subsidiariedad como con el principio de solidaridad, cuya cristalización podemos ubicar en el texto constitucional, pero que obedece a principios también generales del derecho y se incardinan indiscutiblemente dentro del ordenamiento jurídico administrativo.

## V. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

El *principio de subsidiariedad*, para una parte de la doctrina administrativista de nuestro país, resulta la base fundamental de nuestra organización político institucional, limitando y determinando las posibilidades de intervención del Estado en la sociedad civil y el mercado.

Una primera cuestión a analizar se centra en la posición –filosóficamente iusnaturalista, políticamente conservadora y económicamente neoliberal- de los autores que han propuesto y promovido la incorporación del principio de subsidiariedad a nuestro ordenamiento jurídico.

Han sido en primer lugar, los profesores Juan Carlos Cassagne<sup>33</sup>

33 Cassagne, Juan Carlos; *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992; *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008; *El Estado Populista*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017. Recientemente en el artículo: “Sobre el principalismo y el

y Rodolfo Carlos Barra<sup>34</sup> -ambos siguiendo a Johannes Messner<sup>35</sup>- y Roberto Dromi<sup>36</sup>, los que desarrollaron con más entusiasmo una construcción teórica para sostener la vigencia de dicho principio en nuestro país. Estos tres doctrinarios, además de la influencia de sus obras en la academia y la formación de abogados en Argentina, tuvieron una importante participación en la política institucional de la década de los noventa, defendiendo la reforma neoliberal del Estado y cumpliendo importantes roles en las empresas privatizadas<sup>37</sup>, en

---

neo constitucionalismo”, publicado en el Diario La Ley del 25 de octubre de 2021, sostuvo: “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 Garante, que representa la recepción del principio de subsidiariedad (51) en este modelo de Estado que propicia la doctrina europea actual. Desde hace tiempo venimos sustentando esta última concepción bajo el nombre de Estado Subsidiario, cuyas raíces se encuentran en la Doctrina Social de la Iglesia (52), sin perjuicio de la interpretación que se apoya en textos de nuestra Carta Magna, como los artículos 14, 19 y 28 de la CN (53). 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 intermedios de la sociedad, cuyas iniciativas resultan ser las más adecuadas y eficientes para la satisfacción de las necesidades humanas, tanto individuales como colectivas”

34 Barra, Carlos Rodolfo, *Principios de derecho administrativo*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980. Dice: “Esta distribución de competencias nos lleva naturalmente a la formulación del principio de subsidiariedad por el cual la competencia del Estado alcanza sólo a aquellos ámbitos de la vida social en los que la actividad de los particulares –individuos o agrupaciones intermedias- no pueda o no deba desarrollarse.”, p.36. Más recientemente del mismo autor;

35 Messner, Johannes, *Ética social, política y economía a la luz del derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967.

36 Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998. Dice: “Subsidiariedad. Otro valor innegable. La sociedad reivindica para sí el intransferible derecho a la iniciativa privada privilegiada, de intervención estatal restringida, que permita el desarrollo social pluralista, con división de competencias, sin monopolios y con servicios públicos prestados desde fuera del Estado por un modelo de administración pública no estatal. Sólo después que el hombre no pueda, que el mercado no acceda, el Estado debe. Antes no.”, p33.

37 Juan Carlos Cassagne ocupó distintos roles en las empresas privatizadas en la década del noventa por el gobierno de Carlos Menem. Según la propia página personal del abogado en cuestión: “Completa su experiencia

el proceso de desregulación desde el Poder Ejecutivo Nacional<sup>38</sup> y en el acompañamiento de estas medidas desde la cúspide del Poder Judicial de la Nación<sup>39</sup>.

Dichas posturas fundadas en las enseñanzas de la iglesia deberían adecuarse a su actual doctrina en la que se identifica a la fraternidad como valor central en la organización de nuestras sociedades, se redefine al individualismo y las construcciones colectivas –principalmente estatales- para lograr el bien común.

En la última encíclica, fechada el 3 de octubre de 2020, el Papa Francisco reflexionó sobre el rol del Estado en las sociedades capitalistas como la nuestra: “Hay sociedades que acogen parcialmente este principio. Aceptan que haya posibilidades para todos, pero sostienen que a partir de allí todo depende de cada uno. Desde esa perspectiva parcial no tendría sentido «invertir para que los lentos, débiles o menos dotados puedan abrirse camino en la vida». Invertir a favor de los frágiles puede no ser rentable, puede implicar menor eficiencia. Exige un Estado presente y activo, e instituciones de la sociedad civil que vayan más allá de la libertad de los mecanismos eficientistas de determinados sistemas económicos, políticos o ideológicos, porque realmente se orientan en primer lugar a las personas y al bien común. Algunos nacen en familias de buena posición eco-

---

empresaria y profesional el hecho de haber sido socio fundador del Estudio Cárdenas, Cassagne & Asociados en el año 1991, y ha integrado a partir de 1992 el Directorio, como Presidente o Síndico, respectivamente de empresas distribuidoras de gas y de electricidad en el área metropolitana y en el Gran Buenos Aires. Fue Presidente del Directorio (1992-1998) de la Compañía Distribuidora de Gas Natural en Buenos Aires (Metrogas). En 1999 fue designado Presidente del Directorio de Aguas Argentinas S.A. y miembro del Directorio de IDEA (Instituto para el Desarrollo Empresarial de la Argentina). Síndico de Edenor (1992-2001) y de Edesur (2001-2003), habiendo integrado también el Directorio de Telefónica Argentina (2000-2003).”

38 Roberto Dromi se desempeñó como [Ministro de Obras y Servicios Públicos](#) de la República Argentina durante la presidencia de [Carlos Menem](#), entre 1989 y 1991, diseñó y llevó adelante la primera etapa del proceso de [privatizaciones](#) -que fue una de las características de la administración Menem- y entre sus acciones se destacó la privatización de la empresa [Aerolíneas Argentinas](#) y de los caminos, mediante el sistema de [peajes](#) privados (fuente wikipedia).

39 Rodolfo Carlos Barra fue designado como ministro de la corte Suprema de Justicia de la Nación, durante la presidencia de Carlos Menem, asumiendo el 25 de abril de 1990 y renunciando el 10 de junio de 1996.

nómica, reciben buena educación, crecen bien alimentados, o poseen naturalmente capacidades destacadas. Ellos seguramente no necesitarán un Estado activo y sólo reclamarán libertad. Pero evidentemente no cabe la misma regla para una persona con discapacidad, para alguien que nació en un hogar extremadamente pobre, para alguien que creció con una educación de baja calidad y con escasas posibilidades de curar adecuadamente sus enfermedades. Si la sociedad se rige primariamente por los criterios de la libertad de mercado y de la eficiencia, no hay lugar para ellos, y la fraternidad será una expresión romántica más.”<sup>40</sup>

La encíclica papal *Fratelli Tutti* también aborda la relación entre mercado, Estado y sociedad; “El mercado solo no resuelve todo, aunque otra vez nos quieran hacer creer este dogma de fe neoliberal. Se trata de un pensamiento pobre, repetitivo, que propone siempre las mismas recetas frente a cualquier desafío que se presente. El neoliberalismo se reproduce a sí mismo sin más, acudiendo al mágico “derrame” o “goteo” —sin nombrarlo— como único camino para

---

40 Carta Encíclica Fratelli Tutti del Santo Padre Francisco sobre la Fraternidad y la Amistad Social, 3 de octubre de 2020, Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana. Afirmó: “La fraternidad no es sólo resultado de condiciones de respeto a las libertades individuales, ni siquiera de cierta equidad administrada. Si bien son condiciones de posibilidad no bastan para que ella surja como resultado necesario. La fraternidad tiene algo positivo que ofrecer a la libertad y a la igualdad. ¿Qué ocurre sin la fraternidad cultivada conscientemente, sin una voluntad política de fraternidad, traducida en una educación para la fraternidad, para el diálogo, para el descubrimiento de la reciprocidad y el enriquecimiento mutuo como valores? Lo que sucede es que la libertad enflaquece, resultando así más una condición de soledad, de pura autonomía para pertenecer a alguien o a algo, o sólo para poseer y disfrutar. Esto no agota en absoluto la riqueza de la libertad que está orientada sobre todo al amor. Tampoco la igualdad se logra definiendo en abstracto que “todos los seres humanos son iguales”, sino que es el resultado del cultivo consciente y pedagógico de la fraternidad. Los que únicamente son capaces de ser socios crean mundos cerrados. ¿Qué sentido puede tener en este esquema esa persona que no pertenece al círculo de los socios y llega soñando con una vida mejor para sí y para su familia? El individualismo no nos hace más libres, más iguales, más hermanos. La mera suma de los intereses individuales no es capaz de generar un mundo mejor para toda la humanidad. Ni siquiera puede preservarnos de tantos males que cada vez se vuelven más globales. Pero el individualismo radical es el virus más difícil de vencer. Engaña. Nos hace creer que todo consiste en dar rienda suelta a las propias ambiciones, como si acumulando ambiciones y seguridades individuales pudiéramos construir el bien común.”

resolver los problemas sociales. No se advierte que el supuesto derrame no resuelve la inequidad, que es fuente de nuevas formas de violencia que amenazan el tejido social. Por una parte, es imperiosa una política económica activa orientada a «promover una economía que favorezca la diversidad productiva y la creatividad empresarial», para que sea posible acrecentar los puestos de trabajo en lugar de reducirlos. La especulación financiera con la ganancia fácil como fin fundamental sigue causando estragos. Por otra parte, «sin formas internas de solidaridad y de confianza recíproca, el mercado no puede cumplir plenamente su propia función económica. Hoy, precisamente esta confianza ha fallado». El fin de la historia no fue tal, y las recetas dogmáticas de la teoría económica imperante mostraron no ser infalibles. La fragilidad de los sistemas mundiales frente a las pandemias ha evidenciado que no todo se resuelve con la libertad de mercado y que, además de rehabilitar una sana política que no esté sometida al dictado de las finanzas, «tenemos que volver a llevar la dignidad humana al centro y que sobre ese pilar se construyan las estructuras sociales alternativas que necesitamos»<sup>41</sup>

Volviendo a los administrativistas en estudio, quienes son una parte del pensamiento social de la Iglesia Católica, entiendo que por su identificación con las doctrinas religiosas de esa creencia deberían adecuar sus interpretaciones a los cambios realizados en los últimos tiempos por el actual Papa Francisco. Resulta a todas luces evidente que el principio de subsidiariedad interpretado a la luz de la encíclica *Quadragesimo Anno*<sup>42</sup> -promulgada por el Papa Pío XI el 15 de mayo

41 Carta Encíclica *Fratelli Tutti* del Santo Padre Francisco sobre la Fraternidad y la Amistad Social, 3 de octubre de 2020, Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana.

42 Encíclica *Quadragesimo Anno*, Pío XI. Carta Encíclica promulgada por el Papa Pío XI el 15 de mayo de 1931 En lo que aquí interesa, dice: “79. Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: 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

de 1931- entra en directa contradicción con la idea de superar el neoliberalismo y actualizar el rol del Estado –a partir de su necesaria intervención social para proteger a los más débiles- que se expone en las últimas encíclicas papales. Las diferentes visiones papales se originan –en mi opinión- en los contextos histórico, políticos y sociales en que fueron emitidas las encíclicas.

Además, encuentro aplicable a la interpretación que nuestros administrativistas realizan de la doctrina social de la iglesia una crítica efectuada por Fernando Atria a esta mirada sobre el principio de subsidiariedad. Dice: “En la tradición del pensamiento social católico, el principio de subsidiariedad establece que nada debe ser hecho por una organización compleja que pueda ser hecho satisfactoriamente por una organización más simple y pequeña. Pero nótese que nada obliga a identificar organización pequeña con mercado y al Estado como una organización más compleja y grande. Esta identificación es meramente arbitraria. Probablemente, no hay estructura más compleja que un mercado que funcione satisfactoriamente. Además, podría ser fácilmente manipulable, si se interpreta que el principio supone que una empresa chica o una cooperativa, es preferible a una empresa grande, con lo cual se pueden justificar formas de organización del aparato productivo muy diferentes de la actual.”<sup>43</sup>

También –ya en tiempos más cercanos- autores como Ignacio de

absorberlos. 80. Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija. Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función “subsidiaria”, el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación.”

43 Atria, Fernando; Larraín Guillermo; Couso, Javier y Joignant, Alfredo: *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Editorial Debate, Santiago de Chile, p. 152.

la Riva<sup>44</sup>, Néstor Pedro Sagués<sup>45</sup> y Santiago Castro Videla y Santiago Maqueda Fourcade<sup>46</sup> dedicaron en sus trabajos académicos líneas argumentativas en su favor. Destaco, con otra mirada al respecto, el profundo trabajo desarrollado por el Profesor Juan Martín González Moras, en especial su abordaje del principio de subsidiaridad, a partir de su aplicación al ámbito de los servicios públicos de la Unión Europea<sup>47</sup>. En el ámbito de la aplicación de este principio en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos –en tanto pauta de distribución de competencia entre los Estados nacionales de la región y los órganos del sistema-, Alfonso Santiago desarrolla la relación entre la subsidiaridad y el margen de apreciación nacional<sup>48</sup>.

Carlos Cassagne, antes de la reforma constitucional de 1994, reconoce que el principio de subsidiaridad no se encontraba explícitamente reconocido por el ordenamiento jurídico y por lo tanto era parte de aquellos principios del derecho natural<sup>49</sup>, que son parte o

44 De la Riva, Ignacio M: *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004. Este autor propone la idea de un Estado Subsidiario, a partir del desarrollo del principio de subsidiaridad.

45 Sagués, Néstor Pedro: “Principio de subsidiaridad y principio de antisubsidiaridad”, *Revista de Derecho Público*, Nros. 39/40, Santiago de Chile, p. 59.

46 Castro Videla, Santiago M y Maqueda Fourcade, Santiago, *Tratado de la regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2015.

47 González Moras, Juan Martín, *Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiaridad*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000. Ver también del mismo autor; *El servicio público como derecho social*, EDULP, La Plata, 2017. Sobre el principio de subsidiaridad en la Unión Europea, me resulta clara la explicación que dan los autores chilenos Atria, Fernando y otros, *El Otro Modelo... Allí dicen*: “

48 Santiago, Alfonso, *Principio de subsidiaridad y margen nacional de apreciación. Articulación del sistema interamericano de derechos humanos con los regímenes nacionales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2020.

49 Cassagne, Juan Carlos, *Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992: “En nuestro ordenamiento son numerosos los principios del derecho natural que se han incorporado al derecho positivo...Otros, en cambio, provienen estrictamente de la naturaleza de la persona o de las cosas (como el principio de subsidiaridad) y no obstante la conexión lejana que puedan tener con algún principio positivo, se incurre en

no del derecho vigente, según la postura *ius filosófica* que cada uno adopte. En mi opinión, antes de modificarse nuestra carta magna dicho principio no era derecho vigente en Argentina, más allá que la última dictadura militar –en un contexto institucional de un gobierno de facto y en plena violación de derechos humanos por parte del gobierno- las políticas neoliberales aplicaron el mencionado principio de subsidiaridad.

Luego de la reforma, este autor modifica su postura y sostiene la positivización del principio y explica su contenido y fundamentación normativa de la siguiente forma: “El principio de subsidiaridad que –en su faz pasiva- veda al Estado hacer todo lo que los particulares puedan realizar con su propia iniciativa o industria y que, consecuentemente, también obsta a que el Estado, como comunidad de superior jerarquía, lleve a cabo actividades que puedan cumplir las comunidades menores (provincias) o los llamados cuerpos intermedios, encuentra adecuado sustento en la Constitución Nacional. En efecto, ésta concibe los derechos de ejercer industria o comercio, de enseñar ya aprender, entre otros, como derechos a favor de los particulares y no del Estado (art. 14, CN), el que se encuentra limitado por el principio de legalidad (art. 19) y de razonabilidad (art. 28)”<sup>50</sup>

Recientemente, a finales del año 2021, publicó un trabajo sobre el principalismo y el neo-constitucionalismo, donde analiza el fenómeno de ampliación de las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y la incorporación de los principios al sistema normativo, reiterando la centralidad del principio de subsidiaridad y concluyendo que: “Ese Estado Subsidiario tiene por finalidad perseguir el bien común mediante los mecanismos que ponen en funcionamiento la asignación de las competencias establecidas en la Constitución. No está de más reiterar que este modelo de Estado debe orientarse a procurar la realización de sus fines, preservando incólumes la libertad, la igualdad y la propiedad de las personas, verdaderos objetivos centrales del derecho, principalmente de los derechos Constitucional y Administrativo, pero también aplicables al derecho privado, junto a la realización armónica de los nuevos derechos sociales y colectivos en el

una generalización creciente o analogía indebida si se los funda en el método de extensión interpretativa de las normas, cuya adopción generalizada afectaría a la seguridad jurídica.”

50 Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, tomo I, pág. 63.

marco de una justicia social sustentable y regida por el principio de subsidiariedad.”<sup>51</sup>

Aquel argumento central de la posición de este autor, resulta en mi opinión errado, pues que la Constitución nacional reconozca los derechos individuales como el de enseñar, comerciar o ejercer industria, no implica de ninguna manera que nuestro ordenamiento haya vedado al Estado asumir ese tipo de actividades, aun cuando las estén desarrollando el sector privado.

En primer lugar, porque el Estado tiene expresamente reconocidas sus facultades para determinar sus políticas públicas soberanas y promover el bienestar general, como por ejemplo en materia energética, alimentaria, comunicacional, de transporte, etc. Además del decimonónico inciso 18 del actual artículo 75 de la CN<sup>52</sup> –único al que refiere Cassagne para fundamentar la intervención subsidiaria del Estado<sup>53</sup>- el actual inciso 19 del mismo artículo –incorporado en la reforma constitucional de 1994-, dice que el Congreso de la Nación debe: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de

51 Cassagne, Juan Carlos, “Sobre el principalismo y el neo-constitucionalismo”, Diario La Ley del día lunes 25 de octubre de 2021, p. 1 y sgtes.

52 Art. 75, inciso 18: “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.”

53 Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, tomo I. Dice: “Sobre la faz activa del principio de la subsidiaridad (que lleva al Estado a intervenir en caso de insuficiencia o falta de iniciativa privada), la Constitución Nacional carece de prescripciones específicas, si bien podría interpretarse que la cláusula del progreso (art. 75, inc. 18) y el ejercicio de los llamados poderes resultantes o inherentes del órgano legislativo podrían llegar a fundar la inferencia estatal. Pero ello sólo sería posible en caso de insuficiencia de la iniciativa privada y nunca para justificar una intervención estatal progresiva, como ha acontecido entre nosotros.”, p 63.

su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”. En efecto, contrariamente a lo sostenido por sus promotores, el principio de subsidiaridad carece de prescripciones específicas dentro de nuestra Constitución, por lo que –según una mirada post positivista incluyente respecto de los principios jurídicos- y no integra nuestro sistema jurídico e institucional.

La segunda observación al planteo en cuestión, tiene que ver con la vinculación positiva de la Administración con el ordenamiento jurídico, y en la que rescato que efectivamente –como afirma el autor de referencia- el principio de legalidad y razonabilidad, sin lugar a dudas obliga jurídicamente al Estado. No coincido con dicha postura doctrinaria en los contenidos de esas obligaciones estatales, pues –desde mi mirada- el derecho positivizado a partir de la última reforma constitucional justamente pone en cabeza del Estado la promoción y desarrollo de las políticas públicas imprescindibles para garantizar los derechos humanos expresamente reconocidos por nuestro país e incorporados al bloque de constitucionalidad.

Quiero compartir aquí la mirada –que comparto- del profesor Jorge Luis Salomoni sobre la interpretación de Cassagne sobre este principio; “La formulación de Cassagne que sostiene el denominado principio rector proveniente del derecho natural, que justifica el grado de intervención del Estado en la economía, esto es, el Estado subsidiario, en contraposición con el denominado Estado social de derecho, puede colisionar, en mi opinión, con el plexo constitucional. Más aún, con la incorporación de la Cláusula del desarrollo humano y económico con justicia social, que el art. 75 inc. 19 obliga al Estado a proveer a todos y cada uno de los miembros de nuestra sociedad. Y además, con la incorporación de los tratados de derechos humanos a dicho ordenamiento, por el cual el Estado ha asumido un sinnúmero de obligaciones, que no consisten solamente en asegurar los derechos en su aspecto negativo, esto es, evitando que se violen los derechos adquiridos por el individuo, sino que constituyen obligaciones de plena actuación positiva, como lo establece el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el cual los Estados reconocen expresamente esas obligaciones, y por lo tanto, nacen para los individuos y la sociedad, esos derechos positivos que permiten reclamarlos para hacerlos realidad. El Estado resultante no

podría catalogarse como subsidiario o neutral.”<sup>54</sup>

Juan Martín González Moras, al estudiar los antecedentes remotos y más cercanos del principio de subsidiariedad –básicamente en el primer mundo-, desarrolla los aspectos centrales del modelo neoliberal<sup>55</sup> -basado en la obra de Robert Nozick<sup>56</sup>- en el contexto de la experiencia (des) regulatoria de los servicios públicos en la Unión Europea y en especial de la república italiana. En este marco concreto dicho autor emite la siguiente opinión, con la cual coincido plenamente: “En definitiva, aquello que queda claro es que las teorías neoliberales partirán del supuesto de una teoría de los derechos insostenible a la luz de los desarrollos constituyentes de los derechos humanos, a través de los distintos Pactos internacionales firmados luego de la década de 1940. Teoría de los derechos que, por otra parte, se había ya incorporado a la mayoría de las nuevas constituciones nacionales, propias del constitucionalismo social”<sup>57</sup>. En esta obra dedicada a los servicios públicos europeos su autor explica el movimiento para la reforma del Estado, el retorno de las concepciones neoliberales que postulan el Estado mínimo –segunda crisis del principio de legalidad- y la posterior incorporación del principio de subsidiariedad al Tratado de Maastricht.

Repasando la historia reciente de nuestra nación, la primera experiencia neoliberal en democracia puso en práctica todas las medidas derivadas del principio de subsidiariedad, reformando el Estado,

54 Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 342.

55 González Moras, Juan Martín, *Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000. Dice: “...las tres tesis básicas que componen la visión que comúnmente se ha dado en llamar neoliberal, esto es, una tesis moral: vinculada al retorno de la concepción individualista de los derechos del hombre; una política: basada en la defensa de la libre elección de las metas sociales, por parte de la sociedad civil, sin sujeción a pautas orientadoras de ningún tipo, lo cual constituiría una de las principales misiones del mismo Estado”. p.76.

56 Nozick, Robert: *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991. Dijo: “El Estado mínimo es el Estado más extenso que se puede justificar. Cualquier Estado más extenso viola los derechos de las personas.”, p.153.

57 González Moras, Juan Martín, *Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p.76.

desmantelando el sector público, privatizando sus empresas, desregulando los mercados, protegiendo los capitales privados nacionales y extranjeros, flexibilizando los derechos laborales, transfiriendo servicios a las esferas locales, etc., etc.<sup>58</sup>. Durante el gobierno de Carlos Menem –mediante la Reforma del Estado<sup>59</sup>- se ejecutaron las políticas que surgen de la mirada neoliberal que el principio político de subsidiariedad tan bien describe. Las posteriores experiencias de la Alianza en la que presidió Fernando De La Rúa y su versión aggiornada durante la presidencia del Ingeniero Mauricio Macri, también recurrieron a la subsidiariedad para fundamentar muchas de sus políticas neoliberales.

Traigo a colación aquí este principio, en primer lugar, porque entiendo que el mismo no se encuentra positivizado en nuestro ordenamiento jurídico, es más, en mi opinión se contraponen con el rol que la Constitución nacional reformada en 1994 le otorga al Estado en cuanto a la satisfacción de los derechos fundamentales de los integrantes del pueblo argentino. Como segunda cuestión, cabe decir que el mecanismo legislativo de regulación de tutelas procesales diferenciadas en favor de personas integrantes de grupos vulnerables y en protección de sus derechos humanos, es justamente una construcción jurídico-política que se contradice con el principio de subsidiariedad. La efectivización de los Derechos Humanos fundamentales constituye una herramienta efectiva de disminución del fenómeno de la pobreza y que el grado en la efectivización de los Derechos Sociales se encuentra directamente determinado por la forma de organización económica política de los Estados.

El modelo económico político del Estado Liberal (neoliberal, *laissez-faire*, según la tipología que se utilice) –cobijado en el denominado principio de subsidiariedad- es incompatible con la efectivización de los Derechos Humanos expresamente reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico positivo. El Estado liberal es a los Derechos Humanos (en especial los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales) lo que el Estado totalitario es a los Derechos Civiles y Políticos.

En este marco hipotético se pueden comparar dos modelos de estados, neoliberal y benefactor, seleccionando un área como edu-

58 Gordillo, Agustín, *Después de la reforma del Estado*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

59 Leyes 23.696 y 23.697.

cación, salud o vivienda y evaluar las políticas públicas concretas efectuadas a través de medidas legislativas y administrativas, los mecanismos judiciales de efectivización de derechos sociales y los resultados concretos en las áreas sociales en estudio.

El Comité señala que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. El abanico de modelos económicos con los cuales se podría dar cumplimiento a los derechos sociales es indistinto para el Comité<sup>60</sup>.

Cruzando la cordillera, en Chile –país en el que el neoliberalismo aplicó sus recetas desde la dictadura de Pinochet en adelante<sup>61</sup>– el constitucionalista Fernando Atria realizó también una argumentación en la que sostiene que el principio de subsidiariedad fue mal interpretado y aplicado erróneamente. Dice: “Lo primero que debe ser notado es que la hegemonía bajo la cual vivimos ha llevado a dar a este principio una lectura que es claramente sesgada y en el extremo, errada. En efecto lo que en Chile se denomina principio de subsidia-

60 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación General N° 3: “8. El Comité observa que el compromiso de “adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” ni exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda ser utilizado como vehículo para la adopción de las medidas de que se trata, con la única salvedad de que todos los derechos humanos se respeten en consecuencia. Así pues, en lo que respecta a sistemas políticos y económicos el Pacto es neutral y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laissez-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico. A este respecto, el Comité reafirma que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos, como se afirma entre otros lugares en el preámbulo del Pacto, se reconozcan y queden reflejados en el sistema de que se trata. El Comité también señala la pertinencia a este respecto de otros derechos humanos, en particular el derecho al desarrollo.”

61 Una mirada clásica del derecho administrativo chileno se puede leer en la obra: Soto Kloss, Eduardo: *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996. En especial el punto 3, de su capítulo II, titulado “La función del Estado: el principio de subsidiariedad (una aproximación a sus fundamentos)”, p. 130 y sgtes.

riedad se reduce a una prohibición de acción para el Estado: no puede actuar cuando hay iniciativa privada. Sin embargo, se trata de una lectura parcial y conveniente para el entramado constitucional heredado de la dictadura de un principio que en realidad es más general”<sup>62</sup>

Quiero terminar este acercamiento al principio de subsidiariedad y al modelo neoliberal con las apreciaciones de un administrativista brasileño que reflexiona sobre cuestiones similares a las aquí planteadas. Afirma Rafael Valim que, a partir de los postulados positivizados como objetivos institucionales en la Constitución de Brasil respecto del desarrollo nacional, la erradicación de la pobreza y reducción de la desigualdad: “Estos compromisos implican para el Estado brasileño un compromiso con la justicia social, antítesis del neoliberalismo. La ilusión liberal de que el Estado no debe intervenir en el desarrollo económico bajo la premisa de que el mercado es el instrumento más eficiente de asignación de recursos y desarrollo de la sociedad, se contrapone a un Estado con marcado protagonismo en la organización de los campos económico y social.”<sup>63</sup>

Más adelante, ya analizando el principio de subsidiariedad sostuvo que: “Si bien algunas voces sustentan una supuesta neutralidad del principio de subsidiariedad, no parece evidente su carácter liberal-individualista, que apela a la primacía de lo económico sobre lo social, colocando al mercado en la cúspide del edificio institucional. De esta primacía resulta, por consiguiente, un modelo de Estado al que muchos denominan Estado subsidiario, diametralmente opuesto al concepto de Estado social propio del Derecho brasileño. En este contexto, forzoso es subrayar que el orden constitucional brasileño no receptó el sentido funcional de principio de subsidiariedad... Como se evidenció líneas atrás, la ideología que informa el texto constitucional es claramente antagónica al contenido del principio de subsidiariedad.”<sup>64</sup>

Por último, el reconocimiento de este principio impacta sin duda en la garantía primaria del Estado de efectivizar a través de sus políti-

62 Atria, Fernando; Larraín Guillermo; Couso, Javier y Joignant, Alfredo: *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Editorial Debate, Santiago de Chile.

63 Valim, Rafael: *La Subvención en el Derecho Administrativo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017, p. 6.

64 Valim, Rafael: *La Subvención en el Derecho Administrativo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017, p. 15.

cas todos los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Entiendo entonces que, si bien los Estados Partes deben contar con un margen de discreción en la elección de las políticas económicas a los fines de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en materia de derechos económicos, sociales y ambientales, la adopción de un modelo económico neoliberal basado en el libre mercado y regido por el principio de subsidiariedad, resulta incompatible con el bloque de constitucional, con las obligaciones asumidas internacionalmente y con el concepto mismo de derechos sociales<sup>65</sup>.

Volviendo a Atria; “En efecto, cuando un bien se provee a través del mercado, la cuestión de si cada uno podrá obtener lo que quiere es una cuestión privada; cuando la provisión se hace conforme al régimen de lo público, esa provisión satisface un derecho social. La idea de que el Estado no debe participar de una actividad, en particular respecto de la provisión de derechos sociales cuando haya particulares dispuesto a hacerlo con fines de lucro, no es el principio de subsidiariedad, ya que, existiendo un derecho no satisfecho, mal se podría decir que tal principio se aplica. Lo que hay es puro y simple neoliberalismo.”<sup>66</sup>

## VI. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

Habiendo tomado posición respecto de la cuestión relativa a la inclusión del principio de subsidiariedad a nuestro derecho nacional –rechazando tal posibilidad–, corresponde indagar si existe algún otro principio general que pueda ser sustento de las tutelas procesales diferenciadas, en el marco de las medidas de acción positiva.

Además del principio de igualdad –fundamentalmente en su versión estructural–, quisiera dejar planteado algunos puntos respecto del principio de solidaridad –cuya fundamentación normativa podrá

65 Estas conclusiones fueron desarrolladas en el trabajo final del seminario “Seminario Pobreza y Desarrollo en Perspectiva de Derechos Humanos”, a cargo del profesor Javier Surasky, cursado durante la Maestría en Derechos Humanos: Cabral, Pablo Octavio y Gomara, Juan Pablo, “Los derechos económicos, sociales y culturales en contextos de políticas económicas neoliberales.”

66 Atria, Fernando; Larraín Guillermo; Couso, Javier y Joignant, Alfredo: *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Editorial Debate, Santiago de Chile.

indicarnos si se encuentra positivizado y si es parte de nuestro ordenamiento jurídico-.

Como explica el sociólogo Francois Dubet, la solidaridad resulta ser una condición de la igualdad. En su libro sostiene: “La creencia en la igualdad fundamental de todos es necesaria, pero no basta cuando se trata de la búsqueda activa de la igualdad social, que se funda en lazos y sentimientos de solidaridad, semejanza y fraternidad...no hay combate por la igualdad que no esté profundamente asociado a la afirmación de una fraternidad elemental. Las definiciones simbólicas e imaginarias de la solidaridad generan obligaciones de reciprocidad y reparto necesarias para la búsqueda de la justicia y la igualdad, a la vez que ofrecen recursos subjetivos a los individuos.”<sup>67</sup>

El profesor Pablo Gres realiza un análisis de la relación que existe entre el Derecho y la igualdad, utilizando como marco teórico la tradición del materialismo histórico, en el que aborda el principio de solidaridad y su contradicción con el modelo liberal de organización institucional. Sostiene que la igualdad abstracta y formal es la base de la competencia capitalista. El movimiento del capital hace incompatibles los intereses de la clase que posee y controla los medios de producción con los intereses de la clase trabajadora. Más aún, la lógica de la ganancia hace que cada individuo sea considerado como competencia para otro que tenga sus mismos propósitos, incluso dentro de su misma clase.<sup>68</sup>

Respecto del principio de solidaridad expresa: “Precisamente, ateniendo a la racionalidad competitiva del capital, Carlos de Cabo ha concluido que la solidaridad no tiene cabida en el sistema constitucional liberal, “sino que la insolidaridad es un principio constitucional necesario del sistema liberal. Precisamente porque es el constitucionalismo formal, del universalismo, de la abstracción, del sujeto (individual), en definitiva y paradójicamente «el constitucionalismo de la igualdad». El punto que destaca el profesor de Cabo no es menor. La solidaridad no debe ser omitida al momento de analizar el espectro valorativo de la modernidad. Ese horizonte de igualdad

67 Dubet, Francois, *Solidaridad ¿Por qué preferimos la desigualdad?* (Aunque digamos lo contrario), Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015, p.43.

68 Gres Chávez, Pablo, “Igualdad, derecho y capital: Una lectura crítica”. *Derechos En Acción*, 13(13), 339. <https://doi.org/10.24215/25251678e339>. Ver también: Gres Chávez, Pablo (2017). Notas sobre igualitarismo y materialismo histórico. *Derechos En Acción*, 5(5). <https://doi.org/10.24215/25251678e092>.



y libertad que la modernidad levantó como bandera de lucha está íntimamente relacionado con la solidaridad, sobre todo cuando de lo que se trata es de las reivindicaciones de la clase trabajadora. En este sentido una interesante definición de la solidaridad, profundamente arraigada en el materialismo histórico, es ofrecida por Michael Albert. Para él, *la solidaridad es una noción muy básica que se preocupa por el bienestar de los demás, en lugar de obstaculizar su desarrollo. Cuanto mayor sea el grado de solidaridad, más óptimo será nuestro bienestar*<sup>69</sup>.

Para Gres, la igualdad, la libertad y sobre todo la solidaridad ofrecen un panorama para superar la contradicción inmanente al sistema jurídico, característica de la formación social actual, y por ende la forma jurídica burguesa moderna. Siguiendo a Carlos De Cabo, explica que -en formaciones sociales configuradas con arreglo a otro modo de producción- el principio constitucional de solidaridad tendría unas características bien distintas: sería precisamente el elemento estructurante y no el corrector del sistema.<sup>70</sup>

Por su parte, el constitucionalista chileno Fernando Atria, al estudiar -y poner en crisis desde una mirada ideológica- el carácter jurídico de los derechos sociales, analiza el principio de solidaridad de esta forma: “La idea de solidaridad, expresada comunitariamente en el lema ‘de cada cual, de acuerdo a sus capacidades, a cada cual de acuerdo a sus necesidades’ que la sociedad comunista inscribiría en sus estandartes después de abolir el derecho burgués es una que enfatiza la obligación comunitaria de atender al bienestar de cada uno de sus miembros. En la correlación derecho-deber la prioridad justificatoria se invierte cuando se trata de la idea de solidaridad: la solidaridad no puede ser expresada primariamente en términos de derechos (subjetivos), porque ella: implica la idea de ‘tenderle la mano’ a la otra persona, un elemento de supresión del yo y sacrificio hacia el otro, y el derecho por su misma naturaleza como un medio de adjudicar y el principio de ‘ganar o perder’ viola el momento de

69 Gres Chávez, Pablo, “Igualdad, derecho y capital: Una lectura crítica”. *Derechos En Acción*, 13(13), 339. <https://doi.org/10.24215/25251678e339>.

70 Gres Chávez, Pablo, “Igualdad, derecho y capital: Una lectura crítica”. *Derechos En Acción*, 13(13), 339. <https://doi.org/10.24215/25251678e339>. En dicho trabajo cita a: De Cabo Martín, Carlos. (2006). *Teoría constitucional de la solidaridad*. Marcial Pons. Madrid. p. 44.

autonegación que subyace al encuentro de la solidaridad.”<sup>71</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar fundamentos objetivos respecto de la positivización del principio de solidaridad, a través de un nuevo y complementario principio de igualdad estructural, que obliga al Estado a legislar y promover -y a los ciudadanos a aceptar- tratamientos y políticas especiales para proteger a las personas que integran grupos vulnerables y defender la efectividad de derechos fundamentales básicos.

En la doctrina administrativista es Roberto Dromi -si bien desde una mirada liberal que rehúye a las construcciones colectivas- quien mejor explica esta última afirmación: “La solidaridad como nuevo nombre de la igualdad (art. 16 Constitución Nacional), es la seguridad de los débiles, es el predicado obligado del desarrollo y del progreso individual (humano) e institucional (federal). La solidaridad no es un abstracto, es el socorro tangible y oportuno, es la asistencia fraterna personal e institucional, es la responsabilidad del nuevo humanismo, es el camino verdadero de la paz.”<sup>72</sup>

Agrega, en cuanto a la positivización del principio de solidaridad que: “Se explicita la operatividad de la solidaridad a lo largo del texto constitucional a través de la igualdad real con acciones positivas (arts. 37 y 75, inc. 23); la prestación de usos, consumos y servicios públicos (arts. 42 y 43); el presupuesto equitativo y solidario (art. 75, inc. 8 por reenvío al párrafo 3 del inc. 2); la igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional, el grado equivalente de desarrollo y la calidad de vida (art. 75, inc. 2).”<sup>73</sup>

En síntesis, a diferencia del proclamado principio de subsidiariedad, la solidaridad puede ser entendida como integrante de nuestro ordenamiento jurídico como un principio general del derecho, articulando con la versión estructural del principio de igualdad para dar fundamento, a través de las medidas de acción positiva en los procesos judiciales, a las tutelas procesales diferenciadas. De esta forma se constituye en una guía obligatoria para todo el accionar del Estado, derramando su contenido fraternal al conjunto de principios de derecho público que se le aplican, y alzándose como un principio fundamental del derecho administrativo argentino.

71 Atria, Fernando, “Existen los Derechos Sociales”

72 Dromi, Roberto, Ob. Cit., p. 30.

73 Dromi, Roberto, Ob. Cit., p.30.

No quisiera terminar este punto sin referirme brevemente al *principio constitucional de los derechos fundamentales*, descrito por Balbín, para quien nuestro sistema jurídico se construye sobre dos pilares, por un lado, se funda el concepto de los derechos fundamentales y su exigibilidad (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) y por el otro en el principio de división de poderes (junto con el principio de legalidad y el de reserva de ley).<sup>74</sup>

## VII. CONCLUSIONES

En momentos de crisis mundial, en la pos pandemia y en el aumento de la desigualdad a niveles ya intolerables, es necesario pensar en los principios fundantes de nuestra organización institucional para intentar lograr una sociedad más igualitaria y justa.

Es el principio de solidaridad el que debe suplantar al principio de subsidiariedad, nuestra realidad actual y nuestra reciente experiencia histórica demuestra que los modelos neoliberales no han hecho otra cosa que disminuir los derechos de las mayorías y excluirlas de la posibilidad de una vida digna.

Así, aquella Iglesia católica que promovía los fundamentos de sociedades con Estados débiles en beneficio de la libertad de los particulares –según la interpretación de varios doctrinarios del derecho administrativo local-, hoy propone a la fraternidad y la solidaridad como ejes de sociedades más justas. Si bien desde mi posición los principios y mandatos de la iglesia no integran nuestro ordenamiento jurídico, las descripciones que se realizan en estos documentos sobre el funcionamiento de nuestras sociedades a nivel global ayudan a comprender algunas realidades complejas de nuestra historia.

En la última encíclica del Papa Francisco, titulada “Fratelli Tutti”, se puede leer: “Pero olvidamos rápidamente las lecciones de la historia, «maestra de vida». Pasada la crisis sanitaria, la peor reacción sería la de caer aún más en una fiebre consumista y en nuevas formas de autopreservación egoísta. Ojalá que al final ya no estén “los otros”, sino sólo un “nosotros”. Ojalá no se trate de otro episodio severo de la historia del que no hayamos sido capaces de aprender. Ojalá no nos olvidemos de los ancianos que murieron por falta de respiradores, en parte como resultado de sistemas de salud desmante-

<sup>74</sup> Balbín, Carlos F: *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018.

lados año tras año. Ojalá que tanto dolor no sea inútil, que demos un salto hacia una forma nueva de vida y descubramos definitivamente que nos necesitamos y nos debemos los unos a los otros, para que la humanidad renazca con todos los rostros, todas las manos y todas las voces, más allá de las fronteras que hemos creado. Si no logramos recuperar la pasión compartida por una comunidad de pertenencia y de solidaridad, a la cual destinar tiempo, esfuerzo y bienes, la ilusión global que nos engaña se caerá ruinosamente y dejará a muchos a merced de la náusea y el vacío. Además, no se debería ignorar ingenuamente que «la obsesión por un estilo de vida consumista, sobre todo cuando sólo unos pocos puedan sostenerlo, sólo podrá provocar violencia y destrucción recíproca». El “sálvese quien pueda” se traducirá rápidamente en el “todos contra todos”, y eso será peor que una pandemia.”<sup>75</sup>

En otro tiempo, hace más de medio siglo, en la hermana república de Chile cuya actual reforma constitucional sirvió de disparador de estas reflexiones, el presidente Salvador Allende dijo; “Mayor igualdad social significa dar más educación. Lo hemos hecho, llegando a niveles satisfactorios en Educación Básica. Un 97% de los niños de Chile se matriculan en la enseñanza esencial. Hemos aumentado la matrícula en la Educación Media y se ha llegado a un porcentaje nunca antes alcanzado en la educación y preparación universitaria: 130.000 estudiantes universitarios”<sup>76</sup>.

Ese Gobierno democrático presidido por Allende, que propuso una intervención activa del Estado con inclusión social e igualdad real –guiado por el principio de solidaridad- fue derrocado con un bombardeo en la Moneda el 11 de septiembre de 1973, implantándose posteriormente una larga dictadura que construyó su institucionalidad sobre el principio de subsidiariedad y su modelo económico con las ideas neoliberales. La centralidad de dicho modelo fue continuada por los gobiernos democráticos que sucedieron a la dictadura. A poco de cumplirse cincuenta años de ese fatídico evento, el saldo

<sup>75</sup> Carta Encíclica *Fratelli Tutti* del Santo Padre Francisco sobre la Fraternidad y la Amistad Social, Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana.

<sup>76</sup> Allende, Salvador; Informe al pueblo en el Segundo Aniversario del Gobierno, 3 de noviembre de 1972, Fragmentos. Publicado en Modak, Frida (Coord), Salvador Allende. Pensamiento y Acción, Flacso Brasil, Clacso, Buenos Aires, 2008.

para los derechos resulta negativo, la inclusión educativa no fue un objetivo a alcanzar en ese período y la desigualdad social caracterizó a la sociedad chilena. Hoy, con las movilizaciones populares, la asunción de un presidente con otra mirada al respecto y en pleno proceso de sanción de una nueva constitución, el principio de *subsidiariedad* está siendo enterrado y en su lugar se siembra la semilla de la *solidaridad*.

## BIBLIOGRAFÍA

- Allende, Salvador; Informe al pueblo en el Segundo Aniversario del Gobierno, 3 de noviembre de 1972, Fragmentos. Publicado en Modak, Frida (Coord), Salvador Allende. Pensamiento y Acción, Flacso Brasil, Clacso, Buenos Aires, 2008.
- Alexy, Robert: Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Editorial Palestra, Lima, Perú, 2007.
- Atienza, Manuel: Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, Madrid, 2013
- Atria, Fernando; Larraín Guillermo; Couso, Javier y Joignant, Alfredo: El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público, Editorial Debate, Santiago de Chile
- Balbín, Carlos F: Manual de Derecho Administrativo, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018
- Barra, Rodolfo Carlos, Principios de derecho administrativo, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1980
- Barra, Rodolfo Carlos, Tratado de Derecho Administrativo, Abaco, Buenos Aires, 2002.
- Carnelutti, Francesco, Sistema di Diritto Processuale Civile, I. Funzione e composizione del processo, 1936, Padova
- Carta Encíclica Fratelli Tutti del Santo Padre Francisco sobre la Fraternidad y la Amistad y Social, 3 de octubre de 2020, Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana.
- Carrió, Genaro R., “Notas sobre Derecho y lenguaje”, edición corregida y aumentada, 1994, Ed. Abeledo-Perrot
- Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
- Cassagne, Juan Carlos, El Estado Populista, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017.
- Cassagne, Juan Carlos; Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- Cassagne, Juan Carlos; “Sobre el principalismo y el neo constitucionalismo” Diario La Ley del 25 de octubre de 2021.
- Castro Videla, Santiago M y Maqueda Fourcade, Santiago, Tratado de la regulación para el abastecimiento. Estudio constitucional sobre los controles de precios y la producción, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2015
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación General N° 3.
- Cordero Vega, Luis, Lecciones de Derecho Administrativo, La Ley –Thomson Reuters-, Santiago de Chile, 2015
- De la Riva, Ignacio M: Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

- Diario Concepción, miércoles 13 de abril de 2022, nota: “Convención aprueba Artículo 1 de la nueva Constitución: “Chile es un Estado social y democrático de derecho”.
- Social, Dicastero per la Comunicazione - Libreria Editrice Vaticana.
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998
- Dubet, François, *Solidaridad ¿Por qué preferimos la desigualdad? (Aunque digamos lo contrario)*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015
- Duquelsky Gómez, Diego, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41 (2018) ISSN: 0214-8676
- Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.
- Encíclica *Quadragesimo Anno*, Pio XI. Carta Encíclica promulgada por el Papa Pío XI el 15 de mayo de 1931
- García de Enterría, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder”, 1983, Ed. Civitas, Madrid.
- González Moras, Juan Martín, *Los Servicios Públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000
- Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Macchi, Buenos Aires, 1974.
- Gordillo, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1997
- Gordillo, Agustín; *Después de la Reforma del Estado*, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.
- Gordillo, Agustín y Flax, Gregorio: *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007.
- Gordillo, Agustín; *Después de la Reforma del Estado*, Fundación Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.
- Grajales, Amos, “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como “la boca de los principios”. De la subsunción a la ponderación”, *SJA* 2015/07/29-3; *JA* 2015-III. Ver también: Grajales, Amós Arturo y Negri, Nicolás, *Argumentación jurídica*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2014.
- Gres Chávez, Pablo, “Igualdad, derecho y capital: Una lectura crítica”. *Derechos En Acción*, 13(13), 339. <https://doi.org/10.24215/25251678e339>.
- Gres Chávez, Pablo (2017). *Notas sobre igualitarismo y materialismo histórico*. *Derechos En Acción*, 5(5). <https://doi.org/10.24215/25251678e092>.
- Messner, Johannes, *Ética social, política y economía a la luz del derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967.
- Nozick, Robert: *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1991.

- Ruiz Manero, Juan, *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2018.
- Sagués, Néstor Pedro: “Principio de subsidiariedad y principio de antissubidiariedad”, *Revista de Derecho Público*, Nros. 39/40, Santiago de Chile
- Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.
- Santiago, Alfonso, *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación. Articulación del sistema interamericano de derechos humanos con los regímenes nacionales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2020.
- Soto Kloss, Eduardo: *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.
- Valim, Rafael: *La Subvención en el Derecho Administrativo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2017.
- Vázquez Sánchez: “De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 12, 2009