

Título: El método de la tópica y los principios generales en el derecho público

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: LA LEY 14/08/2017, 1 - LA LEY2017-D, 1189

Cita: TR LALEY AR/DOC/2129/2017

Sumario: I. Acotaciones liminares.— II. Hacia una nueva concepción del sistema del derecho constitucional. Aproximación y diferencias con el iusnaturalismo de la NEDN.— III. La aparición de los principios generales del Derecho en el escenario del Derecho Administrativo.— IV. El método de la analogía y los principios generales del Derecho.— V. El método de la tópica. Crítica y función actual.— VI. La teoría de la argumentación.

La creación judicial del derecho no debe entenderse en el sentido de que el juez inventa el principio, sino que lo descubre y construye argumentalmente sobre la base de una decisión racional. Si lo descubre es porque el principio, de alguna manera, ya estaba, aunque sin ser descubierto. Por esa razón, la fuente no es la jurisprudencia ni la pura voluntad del juez sino el principio general del derecho que la razón permite desentrañar, con ayuda de otros principios generales y de razonamientos lógicos. Es un método de creación del derecho que se aleja del idealismo y se acerca a la realidad y, por ende, a la justicia.

#### I. Acotaciones liminares

La consideración del método como camino o procedimiento a seguir para obtener un fin o resultado despierta, en cualquier ciencia, una serie de interrogantes que recaen sobre el objeto de cada disciplina científica. En el caso de la ciencia jurídica el método aparece siempre influido por las tendencias filosóficas de los juristas.

Ante todo, no se puede sostener que exista un método tan universal que se aplique a todas las ciencias ni pretender que la metodología pertenezca, en exclusividad, al dominio de la lógica, no obstante las fuertes relaciones de interdependencia que las vinculan.

La filosofía aspira a desentrañar la naturaleza o esencia del método, pero tiene que convivir, forzosamente, con los métodos de la lógica en una suerte de amalgama científica.

El método no es el objeto de ciencia jurídica sino un instrumento que permite llegar al conocimiento y vida del derecho, es decir, a su creación, aplicación e interpretación. En la mayor parte de esas fases requiere del auxilio de los métodos de la lógica formal (v.gr. en el caso de la lógica, el método por definición, la dialéctica, el método deductivo, el analítico, la inducción, etc.) y aun de la filosofía del derecho o de la llamada lógica anti-formalista, para alcanzar la justicia material.

No vamos a ocuparnos aquí de cada uno de esos métodos, accesibles a través de la lectura y estudio en las obras generales y específicas sobre la lógica y la filosofía del derecho. Las reflexiones que haremos, modestas por cierto, van a centrarse, en la interpretación del derecho, particularmente, respecto al papel que puede jugar, en algunos supuestos difíciles, la utilización del método de la tópica, perteneciente a la lógica material, basado en el pensamiento problemático y en relación con los principios generales del derecho, para lo cual expondremos la concepción filosófica que constituye el objeto (1) de estas reflexiones.

Con esta limitación estamos lejos de aquellos que piensan, siguiendo en forma consciente o inconsciente a Savigny, que el método jurídico es el denominado histórico, que prescinde de la filosofía del derecho (2) y que se propone aislar el contenido del derecho de la razón natural y de la justicia y asignando prevalencia a un concepto tan vago y difuso como el espíritu o conciencia del pueblo. Esta doctrina atrajo al primer Ihering, cuyo pensamiento se volcó más tarde al movimiento antinormalista basado en los fines que persigue el derecho, que —como es sabido— dio nacimiento a la conocida jurisprudencia de intereses (Heck) (3), en la cual terminó acumulándose el rechazo más fuerte al conceptualismo.

Pese a que el formalismo conceptualista, una deformación del positivismo (4), no tenía relación alguna con la realidad (ni, por ende, con la justicia), la corriente formalista, que partió de Kant, alcanzó en Kelsen su completo desarrollo con el positivismo legalista, pretendiendo depurar la ciencia del derecho mediante la separación de la justicia y de la moral (por eso, el célebre maestro de la Escuela de Viena quiso ser gráfico con el título y la denominó "teoría pura del derecho").

Puede afirmarse que desde la primera mitad del siglo XX, hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial (1945), el dominio del positivismo legalista en el mundo jurídico fue muy grande en el campo de la filosofía del derecho y no obstante las conversiones que hubo en ese período, en el que la de Giorgio Del Vecchio (1878-1970) fue quizás la más notable (5), se consideraba que la ley era el centro del derecho y, por lo general, la única fuente formal atributiva de validez.

La tarea metodológica de Del Vecchio consistió en el contenido y finalidad de la filosofía del derecho, en sentido restringido, ciñéndolo a la búsqueda y análisis de la justicia (investigación deontológica), al par que también le atribuyó un sentido más amplio comprensivo de: 1) la teoría de justicia; 2) la teoría general del derecho, cuyo objeto es elaborar el concepto y la definición del derecho (investigación lógica) y; 3) la sociología jurídica (investigación fenomenológica) (6). Esta disección tuvo éxito y fue, según Barberis, "el precedente más significativo de la filosofía del derecho en sentido amplio" (7).

La mayoría de las escuelas filosóficas se distinguen por el método que utilizan. La nota común que caracteriza a las actuales tendencias, adversas al positivismo legalista, sean o no iusnaturalistas, es el haberse apartado de todo conceptualismo y formalismo legalista para refugiarse en los principios generales del derecho. Este movimiento, que bien puede ser calificado con el neologismo "principalista" (8), se caracteriza por configurar un bloque de principios y normas que suele designarse bajo el rótulo de neoconstitucionalismo (9), fenómeno que preferimos calificar como nuevo constitucionalismo. Con alguna impropiedad, en los países de América, que siempre tuvieron configurada la Constitución como norma suprema, suele afirmarse que hemos pasado del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional (10) para referirse, en realidad, a la concepción "principalista" del Derecho (11).

En América, siempre tuvimos Estado Constitucional de Derecho. La supremacía constitucional no ha representado una novedad (12), porque nuestros Estados siempre vivieron bajo el amparo de ese principio constitucional, como fuente de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, a la que debían ajustarse las leyes y reglamentos administrativos. En España (13) apenas con la Constitución de 1978 es que se considera a la Constitución como la norma jurídica que está en la cúspide del ordenamiento (14).

Pero sí representa una novedad la aceptación generalizada por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de los principios generales del derecho positivo y su prevalencia sobre las leyes, aunque no todas las tendencias le asignan el carácter de mandatos jurídicos o reglas de derecho carentes de supuestos de hecho (15), provenientes del derecho natural, pues muchos autores sólo reconocen los principios generales que recepta el derecho positivo (constitucional o legal). Tal parece haber sido la concepción que inspiró la redacción de los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación (16), del texto del articulado del Cód. Civ. y Com. y de la lectura de los fundamentos de la comisión redactora que permiten inferir que se atribuyó a los principios y valores al menos tres funciones: a) axiológica; b) ampliatoria y c) interpretativa (17).

Lo cierto es que su implantación de los principios entre las fuentes del derecho ha implicado un cambio radical que influye en el campo de la interpretación, particularmente en el de la argumentación jurídica. Se trata de una nueva concepción del Derecho que, aun cuando no haya sido receptada en plenitud por el Cód. Civ. y Com., en el caso del Derecho Administrativo, asume rasgos peculiares por la circunstancia de tratarse de una disciplina en formación (no codificada) que exhibe una dispersión normativa considerable.

II. Hacia una nueva concepción del sistema del derecho constitucional. Aproximación y diferencias con el iusnaturalismo de la NEDN

El proceso descrito conduce a reconocer, inevitablemente, mal que les venga a determinados sectores, adictos crónicos al positivismo legalista o incluso ideológico o filosófico, la configuración de un nuevo sistema del derecho constitucional, que abarca tanto su estructura como, más singularmente, los métodos utilizables para argumentar el derecho en el ámbito de la interpretación jurídica (18).

Lo primero que resulta de esta nueva concepción, que agrupa la doctrina de los principales filósofos del Derecho —desde Ferrajoli, Dworkin, Alexy y Nino (19) hasta incluso Finnis (20)—, es la incorporación de los principios en la estructura del ordenamiento como fuente del derecho distinta a las normas o reglas (en sentido estricto), asignándoles un papel de prevalencia (21) y obligatoriedad, o bien la función de justificar las reglas jurídicas o determinaciones particulares, además de su función orientativa e informadora (22) de todo el ordenamiento.

No obstante, de ser un concepto no compartido por los grandes doctrinarios de esta nueva corriente consideramos que los principios constituyen reglas jurídicas (23), es decir, mandatos vinculantes, aun cuando su enunciado carezca del supuesto de hecho. En definitiva, sin perjuicio de ser la diferente estructura lógica (24) y la mayor jerarquía que poseen los principios generales, tanto éstos como las normas (25) en sentido estricto (26), pertenecen al género de las reglas jurídicas (27). De manera semejante Dworkin distingue los principios de las normas y de las directivas políticas. Estas últimas marcan la orientación a seguir y se proponen alcanzar objetivos mientras que el principio es siempre vinculante y constituye una exigencia de la justicia, de la equidad o de la moral pública (28).

A su vez, para Nieto, los principios carecen de la concreción propia de una norma y no son inequívocos —nosotros siempre hemos hablado de imprecisión (29)— pero tienen un carácter prescriptivo indudable (30) y

encierran fórmulas abstractas y neutrales sobre un valor, "sin pronunciarse sobre la preeminencia de ese valor sobre otros concurrentes en contrario" (31).

Como puede advertirse la diferencia que exhibe nuestra postura con relación a la de Nieto, al calificar a los principios generales como reglas jurídicas, no obedece a una discrepancia de fondo, dado que, en ambas posiciones, los principios generales del Derecho son prescriptivos y su aplicación se concreta sólo con la solución positiva aplicable al caso, la cual es creada o descubierta por el juez, de cara a las lagunas que suele presentar el ordenamiento jurídico positivo.

Una buena descripción de los rasgos que exhibe esta concepción del derecho, centrada en el enfoque argumentativo, es la que expone el iusfilósofo español Manuel Atienza, quien ha efectuado una labor de armonización y sistematización realmente encomiable (32). En adición a la importancia de los principios, como ingrediente necesario para captar la estructura y entender el funcionamiento del sistema jurídico, los rasgos de este nuevo enfoque pueden resumirse así: 1) la tendencia a comprender las reglas (normas y principios) (33) no tanto desde la visión de su estructura lógica, sino a partir del papel que cumplen en el ordenamiento; 2) la idea de que el derecho no consiste solo en un conjunto de normas y enunciados sino que comprende procedimientos, valores, acciones, agentes, etc., constituyendo una práctica social compleja; 3) en conexión con lo anterior, la trascendencia que se asigna a la interpretación, vista más como un resultado que traduce una operación racional y conformadora del derecho; 4) el abandono del discurso descriptivo del derecho como consecuencia de reconocer el carácter práctico de la teoría y de la ciencia del derecho, las que no pueden reducirse a un discurso basado en la diferenciación entre el lenguaje descriptivo y prescriptivo; 5) la consideración de la validez de las normas en términos sustantivos y no meramente formales (lo que exige el respeto de los principios y derechos constitucionales); 6) la función judicial concebida no como la sujeción del juez a la ley sino conforme con los principios de la Constitución; 7) la conexión intrínseca entre el Derecho y la moral; 8) la tendencia a la integración entre las diversas esferas de la razón práctica (derecho, moral y política); 9) la idea de que la razón jurídica no es solo instrumental, sino razón práctica que opera sobre medios y fines; por ello, la función del jurista no debe estar guiada exclusivamente por el éxito, sino por el sentido de conexión, en suma, por la pretensión de justicia; 10) la relevancia de la necesidad de justificar racionalmente las decisiones como condición inherente de la sociedad democrática y que existen criterios objetivos (v.gr. el principio de coherencia) que permiten atribuir carácter racional a la justificación de las decisiones, aunque no se acepte siempre una única respuesta para la resolución de un caso (Dworkin) (34).

Resulta evidente que, en el campo de la filosofía del derecho y en el de la interpretación constitucional nunca ha habido una aproximación tan grande con los postulados realistas que sustenta el iusnaturalismo, en particular con la posición de la Nueva Escuela del Derecho Natural (NEDN) que encabeza John Finnis, focalizada en considerar al Derecho "como un aspecto de la razonabilidad práctica" (35).

Al respecto, se habla del colapso de los métodos interpretativos (36) y de la necesidad de su conversión en argumentos justificativos. Esta concepción comprende todos los elementos o componentes de la realidad jurídica, de la lógica del razonamiento práctico y de la justicia. Así en esta concepción del Derecho como práctica argumentativa desfilan muchos de los argumentos utilizados también con anterioridad para interpretar las leyes, aunque ahora con el objeto de cumplir la función más amplia de interpretar el Derecho y, fundamentalmente, la Constitución (37).

Con todo, subsiste el desacuerdo acerca de si la fuente del derecho se encuentra sólo en las normas o principios generales positivos o de si, en el caso de lagunas del ordenamiento positivo, o si se genera una situación de injusticia (38), puede acudir a los principios generales del derecho natural descubiertos por los jueces, sobre la base de una argumentación razonable.

Desde luego que los operadores jurídicos, particularmente los jueces, pueden producir verdaderos milagros y hacer que lo justo natural se convierta en positivo o que descubran nexos lógicos diferentes a los conocidos, pero, a menos que acontezca alguno de esos milagros, no vemos como podría resolverse una cuestión interpretativa de ese tipo sin acudir a los principios generales del derecho supra-positivos (39) fundados en el derecho natural.

Esta última ha sido tendencia que dio nacimiento a la incorporación de los principios generales del Derecho a las fuentes del Derecho Administrativo en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, como lo ha explicado, hace años, con meridiana argumentación, el maestro Rivero (40).

### III. La aparición de los principios generales del Derecho en el escenario del Derecho Administrativo

La publicación en España del trabajo de Rivero (41) sobre los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés, en uno de los primeros números de la Revista de Administración Pública, fue el punto de partida de un movimiento jurídico favorable a su reconocimiento como fuente del Derecho, con independencia

de su creación jurisprudencial.

En tal sentido, Rivero sostuvo, con énfasis, que "Los principios generales tienen pleno valor del derecho positivo, considerándolos éste como parte integrante esencial de ordenamiento y sancionando su violación con la misma energía que la de la regla escrita" (42).

Las causas de esta nueva orientación en el Derecho Administrativo las atribuye Rivero a la sucesión de regímenes inspirados en ideologías dispersas y, consecuentemente, a la inestabilidad del Derecho escrito, lo que afectaba la seguridad jurídica que el Consejo de Estado buscó, fuera de la ley, para mantener la continuidad del Derecho. Apunta Rivero que al afirmar enérgicamente la estabilidad de los principios, ese tribunal administrativo pudo limitar y corregir los defectos de la inestabilidad de las leyes y que dicha salida era tan necesaria por cuanto cierta clase de estas leyes, dictadas por circunstancias económicas excepcionales, por el peso del ocupante o por la pasión política, implicaban graves atentados a la persona humana, considerada como tradicional en el Derecho Público francés, y de ese modo remarcó que el Consejo de Estado "apoyándose sobre los principios pudo minimizar el alcance de estas leyes, interpretarlas de la manera más restrictiva y salvaguardar al máximo las libertades". Con agudeza, advirtió Rivero asimismo que "El recurso a los principios generales, nacido de las circunstancias, ha sobrevivido a la desaparición de éstas, y es que las lagunas de la ley escrita siguen siendo considerables y también que nuestro tiempo plantea nuevos problemas y ve nacer, en el orden económico, sobre todo, instituciones inéditas que la apelación a los principios generales permite en el orden jurídico tradicional" (43).

González Pérez (44), junto con García de Enterría (45), fueron las grandes espadas jurídicas del derecho administrativo que recogieron la nueva concepción emergente de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. De cara al nuevo giro de la doctrina y jurisprudencia gala, González Pérez, con su proverbial franqueza, señaló proféticamente que "de pronto, los principios generales del Derecho van a adquirir un papel relevante en el Derecho Administrativo y hacia los mismos va a dirigir sus miradas la doctrina" (46).

Y vaya si se dirigieron las miradas a los principios generales, aun cuando algunos constitucionalistas suelen ignorar que el fenómeno del "principalismo", en el que se hallan inmersos, se origina en la jurisprudencia del "Conseil d'État", el tribunal administrativo que más hizo para la construcción y consolidación del Derecho administrativo.

Antes de pasar al análisis del método de la tópica queremos poner de resalto un aspecto de la postura de la doctrina de González Pérez que suele pasar inadvertido, y que reviste una particular trascendencia en el campo de la teoría del sistema "principalista".

Se trata de reconocer que la fuente de ellos no es la jurisprudencia que los descubre, sino los propios principios generales; habida cuenta de que la jurisprudencia no sería en realidad fuente de producción mas de conocimiento (47) del Derecho.

No se nos escapa que esta postura, que modera el activismo judicial, se contrapone con el axioma que ve en el juez un creador del Derecho —tesis que hemos sostenido y seguimos sosteniendo (48). Sin embargo, el juez no es libre de crear cualquier principio, porque el proceso de creación debe ser compatible con el método de la argumentación jurídica que, en conexión con los principios generales, le impone razonabilidad haciendo necesario compatibilizar su razonamiento jurídico con los métodos de la lógica.

La creación judicial del Derecho no debe entenderse en el sentido de que el juez inventa el principio, sino que lo descubre y construye argumentalmente sobre la base de una decisión racional. Si lo descubre, es porque el principio, de alguna manera, ya estaba, aunque sin ser descubierto. Por esa razón la fuente no es la jurisprudencia ni la pura voluntad del juez sino el principio general del derecho que la razón permite desentrañar, con ayuda de otros principios generales y de razonamientos lógicos. Es un método de creación del derecho que se aleja del idealismo y se acerca a la realidad y, por ende, a la justicia (49).

Tal es lo que ha acontecido con el reconocimiento del principio general de la confianza legítima nacido de la jurisprudencia alemana y extendido al Derecho comparado (50), que supera la estrictez del principio de legalidad para hacerlo compatible con la buena fe y la seguridad jurídica.

Al contrario de lo que suponen algunos (51) el hecho de haberse positivizado —en las constituciones, tratados internacionales, leyes y reglamentos— la mayoría de los principios generales del Derecho proveniente del Derecho Natural y la consecuente declinación de la ley como eje del ordenamiento jurídico demuestra el triunfo del iusnaturalismo sobre el positivismo legalista. La prevalencia de los principios generales sobre las normas legales constituye una de las principales consecuencias de la transformación del Estado legal de Derecho en Estado Constitucional de Derecho, que opera sobre la distinción entre ley y derecho, entre normas y principios generales de justicia, dando prevalencia a estos últimos.

Pero también demuestra que a pesar del cambio de la función predominantemente ontológica clásica del derecho natural, orientada en la fundamentación del derecho, centrándose más bien en la función deontológica, focalizada en la razonabilidad práctica, el derecho natural sobrevive a través de los principios generales supra-positivos para cubrir las lagunas del ordenamiento o para negar legitimidad a aquellas normas que sean notorias o "radicalmente injustas" (52).

#### IV. El método de la analogía y los principios generales del derecho

La caída del dogma positivista de la plenitud del ordenamiento (53) en el sentido de que éste brinda al juez un campo abierto de posibilidades normativas previstas por el legislador reafirmó la necesidad de acudir a la aplicación del método de la analogía para suplir las lagunas o carencias normativas.

En estos casos, no puede hablarse de interpretación sino del método para integrar la ley que, en realidad, constituye un procedimiento tendiente a la elaboración de la norma justa aplicable al caso, cuya elaboración puede orientarse a la justicia formal o a la justicia material (54).

Por de pronto, hay que distinguir los tipos de carencias normativas. Una de ellas se da cuando el legislador no ha previsto el caso o bien, lo ha regulado en forma incompleta, es decir, lo que se denomina una carencia histórica de normas. En tal supuesto, hay que acudir a la norma positivamente plasmada en el ordenamiento mediante la técnica de la analogía (autointegración).

En la analogía hay siempre una relación de semejanza basada en situaciones (55) que exhiben una identidad parcial de razones para cubrir el vacío legal, con una norma semejante que incluso puede adaptarse a la institución ampliando o restringiendo su contenido.

Cualquiera sea el tipo de analogía, tanto la analogía legis que consiste en la aplicación de normas como en la analogía juris que acude a los principios generales del derecho positivo cuando el vacío normativo no permite la autointegración, no se trata de un problema lógico de interpretación sino axiológico, lo que supone un juicio de valor (56).

Solo cuando resulta imposible la "autointegración" tiene cabida la recurrencia a la justicia material para cubrir la llamada carencia "dikelógica" de normas o principios positivos, mediante la elaboración de la norma justa o de un principio general del derecho no positivo (hetero-integración) (57), para lo cual resulta recomendable el método de la tópica basado en el pensamiento problemático, como se verá más adelante.

Ahora bien, en el campo del Derecho Público, el método de la analogía plantea algunos problemas de cara a la aplicación de las normas del Derecho civil y del Comercial al Derecho Administrativo, cuestión de la que se ocupó Bielsa (58) aunque, lógicamente, sin abordar todas las aristas que presenta el tema en la actualidad.

Lo primero que corresponde dilucidar es la cuestión que concierne a la posible incompatibilidad de los ordenamientos del derecho privado para integrar los casos no previstos o lagunas del Derecho Público y, en caso afirmativo, si la aplicación se lleva a cabo en forma directa o subsidiaria o bien, si no hay otra técnica concebible que la analogía.

En la doctrina española García de Enterría y Fernández han convenido en que no existe una radical oposición entre las instituciones administrativas y las civiles y que carecen de asidero los intentos de una separación dogmática total y absoluta basados en el propósito de garantizar una excesiva autonomía e independencia del Derecho Administrativo (59).

En efecto, la realidad indica, en casi todos los ordenamientos, que la legislación común civil regula una serie de materias (v.gr. el cumplimiento de las obligaciones) de fondo que se aplican subsidiariamente al Derecho Administrativo ante la ausencia de regulaciones públicas específicas.

En nuestro país, Linares ha sostenido que la invocación del interés público y de otros postulados de derecho público es insuficiente para impedir la aplicación subsidiaria o analógica de las normas y principios del Código Civil al Derecho Administrativo (60) habida cuenta de que la mayoría de esos preceptos están también fundados en el interés público y en que sería crear artificialmente una situación de injusticia notoria si ante la falta de la ley administrativa, se permitiera que el vacío normativo fuera cubierto discrecionalmente por la Administración.

Dos leyes dictadas durante el gobierno de la ex Presidenta Kirchner han pretendido fulminar la posibilidad de aplicar las prescripciones del Código Civil a la responsabilidad del Estado de manera directa o subsidiaria. La primera de ellas se encuentra en el Código Civil y Comercial, que, contrariando la propuesta en el Proyecto de la Comisión Redactora, prescribe: "Las disposiciones del Capítulo I de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria" (61), y la segunda, inserta en la ley 26.944, con un alcance de mayor amplitud, veda la aplicación de las disposiciones de todo el Código Civil a la responsabilidad del Estado, tanto de manera directa como subsidiaria.



Por lo pronto, en el Cód. Civ. y Com. hay normas de Derecho Público común que se aplican en forma directa (v.gr., en materia de las personas jurídicas públicas y la categorización legal de los bienes del dominio público) (62), que a nadie se le ha ocurrido suponer que no vinculan a las provincias, alegando que estas poseen potestades originarias para tratarse de normas de derecho administrativo que, en principio, sería local. Una interpretación semejante conduciría a un desorden jurídico de proporciones, ya que cada provincia podría legislar esas materias sin límite alguno, rompiendo con el principio de unidad de la legislación común (art. 75, inc. 12, Const. Nac.).

Va de suyo que tanto una como otra, mayormente la segunda norma, incurren en el vicio de arbitrariedad de la ley, ya que se trata de un mero capricho del legislador opuesto al principio de razonabilidad. Si el sistema administrativo regula escasamente el campo de las obligaciones, resulta por demás obvio que, cuando surgen lagunas de regulación, habrá que acudir a las normas del Cód. Civ. y Com., en forma directa y no por remisión legislativa, aplicando, llegado el caso, la técnica de la analogía (63) cuando la norma del ordenamiento civil y comercial sea opuesta a los principios generales del sistema del Derecho Administrativo.

Aunque los iuspublicistas hayamos considerado que, ante una carencia normativa en el ordenamiento administrativo, hay que acudir primero a los principios del Derecho Público y a las normas análogas de nuestra disciplina, dicho principio nunca fue absoluto y la jurisprudencia ha acudido, en numerosas oportunidades, a las normas y principios generales que existen en el Código Civil para cubrir las lagunas del ordenamiento administrativo.

Al no haber en el Código Civil norma ni principio alguno que se oponga a la justa indemnización cuando el Estado ocasiona daños por su actuación ilegítima o legítima, el legislador ha errado en la necesaria armonización de los fines que persigue, incurriendo en contradicciones acerca de su valorización (64). Ello conculca, a las claras, el principio de razonabilidad de las leyes, ínsito en el art. 28 de la Const. Nac.

En el sistema interamericano, los países adheridos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) no pueden invocar su legislación interna, en supuestos de expropiación o semejantes (en los que se sacrifican derechos privados por razones de interés público), para no indemnizar, integralmente, a los particulares por los daños sufridos, toda vez que la CADH ha prescripto el principio de la "justa indemnización" en dos de sus artículos (65).

En tales supuestos y tal como creemos haberlo demostrado (66), con el auxilio de la interpretación correcta de la teoría de la justicia desarrollada por Tomás de Aquino y la doctrina de Finnis (67) (que la despojó de los errores de Cayetano), se aplican las reglas de la justicia conmutativa para regir la restitución o indemnización y, en consecuencia, ella debe comprender el daño emergente y el lucro cesante.

En definitiva, cuando el recurso a la analogía no permita encontrar un principio o norma positiva justa para resolver el caso, no hay más remedio que acudir "al meollo de la justicia" (68) mediante la hetero-integración con los principios generales del derecho provenientes del Derecho Natural (69), resolviendo de ese modo, la llamada "carencia dikelógica" de normas. Es claro que este proceso de hallazgo o búsqueda del principio general no es axiomático o deductivo sino problemático, propio del método tópico, ajeno a los métodos de la lógica formal.

#### V. El método de la tópica. Crítica y función actual

El resurgimiento de la tópica, en el campo de la interpretación jurídica y de la filosofía del derecho (70), en sendas obras de Theodor Viehweg, despertó el interés de la doctrina española la cual, en palabras de García de Enterría, representó "una de las aportaciones más trascendentales de los últimos tiempos de la ciencia jurídica" (71).

El núcleo central de la teoría de la tópica consiste en una radical oposición al pensamiento axiomático, característico de los enfoques idealistas y racionalistas de determinadas corrientes del derecho natural, y su sustitución por la técnica del pensamiento problemático, que parte de los topoi. Estos no son principios lógicos sino lugares comunes en los que se concentra toda la experiencia jurídica. Por eso, a diferencia de la lógica formal (deductiva) la tópica y la retórica se incluyen entre las lógicas materiales o anti-formales (72).

Si bien la obra Viehweg ha sido criticada por la vaguedad y generalidad en la definición de los topoi, que comprenden desde directivas, máximas y guías hasta verdaderos principios jurídicos (73), lo cierto es que la interpretación de García de Enterría, escrita en el prólogo a la primera edición española de dicha obra, revalorizó la teoría de la tópica, al ceñir el sentido y alcance de los topoi. En efecto, al limitarla a los principios generales del Derecho, que encarnan las instituciones jurídicas, eliminó una de las principales objeciones hechas a la vaguedad que exhiben los catálogos de topoi.

Con alguna alusión risueña, que toma de Kaufmann, al horror iuris naturalis, (74) García de Enterría ha

explicado como el derecho natural se inserta en la estructura tópica y fragmentaria del Derecho concretándolo en sus principios generales (75), afirmando expresamente que los hallazgos de Viehweg "no solo niegan el acceso al orden superior del derecho natural sino que, por el contrario, nos ponen en la ruta exacta para comprender la efectividad de dicho Derecho en las estructuras positivas" (76) precisando, además, que los principios generales del Derecho representan "la propia idea central de una institución positiva (77), desenvolviéndose en la vida de ésta y presidiendo todo su funcionamiento".

En definitiva, la causa del verdadero descrédito que tuvo el derecho natural racionalista no obedeció a la circunstancia de basarse en la primera verdad que es Dios sino a la utilización del método axiomático y deductivo, propio de la geometría, por el cual se pretendía realizar la justicia extrayendo de cada axioma una cadena de consecuencias a través de la deducción (78).

Por otra parte, desde un ángulo crítico, una de las principales objeciones que se han hecho al método de la tópica proviene de Villar Palasi. Su argumentación se centra en que el "planteamiento le falta valoración sistemática de elementos con sentido de unidad" (79) lo que no deja de ser cierto pero, sin duda, es propio del pensamiento problemático, que se encuentra limitado a resolver la integración de las llamadas lagunas del derecho o carencias normativas que plantean los llamados casos difíciles. Precisamente, los argumentos o métodos que admite el enfoque argumentativo del Derecho (80), teniendo en cuenta las exigencias de la razonabilidad práctica de Finnis (81), hacen posible el hallazgo de la solución más razonable, justa y conveniente para resolver los casos singulares, en los que juega la dimensión de peso de cada uno de los principios jurídicos (82).

A la vista de las críticas que ha recibido la tópica, al prescindir de la lógica y exagerar la contraposición entre el pensamiento tópico (problemático) y el pensamiento sistemático (lógico-deductivo), con una noción más estrecha que la que "manejan los lógicos que no parecen tener mayor inconveniente en reconocer la importancia de la tópica en el razonamiento (concretamente en el razonamiento jurídico)" (83), cabe concluir, a manera de síntesis, en que ella no permite ver el papel que cumplen la ley, la dogmática y el precedente y que no debería prescindirse de la lógica formal en la justificación externa de la decisión (84).

En líneas generales, las objeciones de Villar Palasi coinciden con las de Alexy, para quien la regla de la tópica, en cuanto hay que considerar todos los puntos de vista sin determinar cuál debe prevalecer y de que "la discusión queda, obviamente, como la única instancia de control", como sostiene el propio Viehweg, no dice nada (85) sobre el papel de la ley, la dogmática y el precedente.

Ello no es óbice, sin embargo, para que Alexy destaque que debe mantenerse "la tesis de la tópica de que incluso donde no son posibles fundamentaciones concluyentes, el campo no debe quedar abandonado a la decisión irracional, así como la idea de que el concepto de fundamentación racional está estrechamente entrelazado con el de discusión racional" (86).

## VI. La teoría de la argumentación

Una coincidencia general con la crítica de la tópica ha hecho García Amado, quien, sin embargo, plantea también su rescate, al decirnos que ella "es compatible, e, incluso, necesita ser complementada con una teorización más precisa de la forma de articulación argumentativa de esos datos previos o puntos de apoyo del discurso" (87), refiriéndose a los topoi.

En otras palabras, que lo evidente de los principios generales es útil para el método decisorio racional "en el seno de su comprensión argumentativa" (88).

Porque si argumentar o razonar constituye el quehacer de los juristas consistente en exponer y exigir razones (89) sobre determinada tesis que se trata de defender o de refutar, por más que el juez haya predeterminado voluntariamente su decisión, éste se encuentra siempre obligado a justificarla en Derecho, es decir, decidir sobre la base de un razonamiento lógico que puede, desde luego, ser influenciado por la retórica o dialéctica de las partes de la controversia.

En fin, de cara a la insuficiencia del silogismo de subsunción y de las reglas lógicas-deductivas se trata de dar cabida a "una nueva retórica" o lógica no formal (90), semejante a la que describió hace tiempo Linares, al hablar del denominado arbitrio ordinario (en rigor, la discrecionalidad), cuando apuntó que el juez no decide en base a un puro acto de razonamiento lógico o de una mera subsunción silogista de la premisa menor en la mayor de la ley "sino también mediante el complejo proceso espiritual de la valoración jurídica en un razonamiento empírico-dialéctico" (91). En rigor, en esta postura, que sigue a la teoría egológica de Carlos Cossio, dicho jurista se aparta del positivismo kelnessiano puro inscribiéndose en la tendencia denominada "normativismo valorativo" (92).

Si los problemas jurídicos han de solucionarse mediante el intercambio de razones una respuesta para

resolver los complejos interrogantes que se plantean en el campo de la interpretación del Derecho se puede encontrar acudiendo a la llamada "teoría estándar de la argumentación jurídica", que consiste en una combinación de tres enfoques o concepciones que Atienza ha sistematizado últimamente en base a su carácter formal, material o pragmático (93), advirtiendo que las argumentaciones jurídicas "no obedecen, en general, a uno solo de los tipos puros sino que consisten en una combinación de elementos de los tres enfoques" (94), debiendo la argumentación ser compatible con los valores del sistema, entre los que se encuentra la justicia (95).

Ahora bien, de acuerdo a un sector de la doctrina, si se trata de interpretar normas (o reglas en sentido estricto) el intérprete (juez o funcionario) debe acudir a la técnica de la subsunción mientras que para resolver acerca de la aplicación de un principio general, la técnica aplicable que se prefiere es la de la ponderación (96). Esta última, desarrollada por Alexy y adoptada por los tribunales alemanes y españoles se refiere al proceso que debe llevar a cabo el juez para la justificación interna y externa de la decisión, el cual comprende un juicio que se compone del análisis acerca de: 1) la necesidad (valorando que medida resulta menos restrictiva de los derechos); 2) la adecuación (referido a la idoneidad del medio en relación al fin del principio) y; 3) de proporcionalidad en sentido estricto (esto es, un balance razonable de la relación de proporción entre los medios, los sacrificios y el interés general) (97).

Unas reflexiones de Nieto ayudan a comprender la utilidad de la teoría de la argumentación:

"La argumentación ha sido tenida siempre como un arte sujeto a las dotes personales del retórico, pero también responde a una técnica que hoy ha conseguido individualizar una serie de reglas aceptablemente objetivas que permiten afirmar si una argumentación concreta se ajusta a ellas o no. Si no se ajusta, la argumentación será incorrecta (desde esta perspectiva) y consecuentemente también el fallo. De acuerdo con las reglas de la retórica tradicional podía antes adiestrarse a un orador o a un abogado y mejorar su habilidad, así como hacer posible el enjuiciamiento de sus manifestaciones. Pues bien, hoy, de acuerdo con las reglas de argumentación, también es posible enjuiciar una argumentación concreta y determinar si es correcta o incorrecta. Nótese, por tanto, que ahora se ha cambiado de nivel, puesto que no se trata de enjuiciar la habilidad del autor o la eficacia de un texto sino su corrección discursiva, ya que contamos con reglas objetivadas cuyo incumplimiento acarrea la incorrección de la argumentación y, por lo mismo, nos permiten aproximarnos a un juicio de este tipo, aunque siempre en términos más bien modestos. Una salvedad que importa afirmar con gran énfasis para escapar de la inevitable frustración de expectativas demasiado optimistas (98).

Por otra parte, es claro que el peligro del auge de los principios generales manejados por una jurisprudencia irresponsable (99) no debería conducir al decisionismo judicial absoluto (100), en detrimento de la ley y del propio principio de seguridad jurídica, ya que de lo contrario estaríamos incurriendo en los defectos que genera la interpretación libre del derecho, tendencia tan perjudicial o quizás más, que el positivismo legalista.

Por ese motivo, resulta compatible con la seguridad jurídica la doctrina iusnaturalista —más deontológica que ontológica— de Finnis que revaloriza el papel del orden jurídico positivo, al que le asigna prevalencia, salvo cuando genera un derecho injusto (leyes o sentencias), cuya invalidez deriva de principios inmodificables cuya primera exigencia consiste en hacer el bien y evitar el mal (101), aunque en algunos de estos casos, precise ser obedecido por razones de bien común (102) (v.gr. las sentencias de los jueces).

Y es claro también que otro de los mayores peligros que acosa al sistema judicial basado en los principios generales, proviene, además de la moda y la banalización de la ley y del Derecho, de la infiltración en los jueces de la ideología política del gobierno de turno, cualquiera sea su signo. El Derecho no puede ser un instrumento al servicio del poder (103) y los jueces están moral y positivamente obligados, por imperio constitucional, a mantener incólumes los principios del Estado de Derecho.

Como lo demuestra lo acontecido en los regímenes del llamado socialismo radicalizado del siglo XXI (que impera en Cuba, Venezuela, Ecuador y Nicaragua y que intentó imponer el Estado Populista en Argentina) no se sale fácilmente o cuesta mucho salir de estos regímenes ya que, al igual que la ideología comunista, tal como lo advirtió en su tiempo Maritain (104), operan la transformación de sus estructuras al servicio del decisionismo de un líder hegemónico al que consideran eterno y, lo que es más grave aún, la conversión de la conciencia individual en conciencia colectiva, al servicio de sus fines totalitarios, provocando un "daño antropológico" (105) irreparable.

(1) Véase: VIEHWEG, Theodor, "Tópica y filosofía del derecho", trad. del alemán, Gedisa, Barcelona, 1997, 2ª edic., ps. 26-27. GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, t. I, Parte General, 5ª ed., p. I-10, atribuye trascendencia a la concepción filosófica que orienta el método de cada autor.

(2) Vid. Vid. VERGARA BLANCO, Alejandro, "Delimitar y distinguir: Teoría del Derecho, filosofía del Derecho y Doctrina Jurídica", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile,



primer semestre de 2015, ps. 623-660, apunta que el campo epistemológico de la filosofía del Derecho es distinto al de la Teoría del Derecho en tanto analiza el Derecho cuál es y aquella el deber de ser del Derecho (ob. cit. p. 657).

(3) BARBERIS, Mauro, "Juristas y filósofos. Una historia de la filosofía del derecho", Ed. Comunitas, Lima, 2015, trad. del italiano, p. 220 y ss.

(4) Vid. BIELSA, Rafael, "Metodología Jurídica", Ed. Castellvi, Santa Fe, 1961, ps. 76.

(5) DEL VECCHIO, Giorgio, "Los principios generales del Derecho", Ed. Bosch, Barcelona, 1979, 3ª edic., trad. del italiano.

(6) BARBERIS, Mauro, "Juristas y filósofos...", cit., ps. 114-115.

(7) *Ibíd.*, p. 115.

(8) VIGO, Rodolfo Luis, "Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 229

(9) Véase, por todos: SANTIAGO, Alfonso, "Neoconstitucionalismo", Separata de Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2008.

(10) Vid. BARBERIS, Mauro, "Juristas y filósofos...", cit., ps. 378-379.

(11) JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, "Manual de Derecho Administrativo", en colaboración con Luciano PAREJO ALFONSO y Luis ORTEGA ÁLVAREZ, Ariel Derecho, Barcelona, 1990, p. 99 y ss., señaló, tempranamente, la complejidad de la nueva concepción sobre las fuentes del Derecho.

(12) SANTIAGO, Alfonso, "Neoconstitucionalismo...", cit., p. 8.

(13) Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Ed. Civitas, Madrid, 1981 (hay ediciones posteriores); MARTÍN-REBOLLO, Luis, "La Constitución y su incidencia en el Derecho Público interno del Estado", Santander, 1985, p. 10, cit. por Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en obra citada en la nota siguiente.

(14) MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, "La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho", Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 37.

(15) VIGO, Rodolfo Luis, "El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis", Distribuciones Fontamara, México, 2003, p. 131, nota 177. Una clasificación diferente es la que hace Humberto Ávila, en Teoría de los principios, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 58 y ss., al formular una propuesta de disociación inclusiva que permite hacer jugar simultáneamente todas las fuentes de producción del derecho en base a una dimensión conductual (las reglas), valorativa o finalista (los principios) y metódica (los que denomina postulados), p. 62. A su vez, para ALEXY, como es sabido, los principios son mandatos de optimización, lo que resulta objetable pues hay principios que juegan como mandatos plenamente operativos que deben realizarse sin más, no siendo necesario que sean optimizados (v.gr. el principio de irretroactividad), véase: ALEXY, Robert, "Teoría de la argumentación jurídica", trad. del alemán, Palestra, Lima, 2007, p. 458 y ss.

(16) Ver y comparar: VIGO, Rodolfo L., "Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar", en la obra Análisis del Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012 (Comp. Jorge Nicolás LAFERRIÈRE), Universidad Católica Argentina - El Derecho, Buenos Aires, 2012, p. 63 y ss., advierte el "tímido reconocimiento de los principios" (ob. cit. p. 67). Si bien el título preliminar recoge algunos principios generales (buena fe, prohibición del abuso del derecho etc.) y existen otros diseminados en la estructura normativa del Código no hay prescripción alguna acerca de su prevalencia sobre las normas positivas (en sentido estricto) contenidas en las leyes. Ello resulta congruente con la función meramente interpretativa que el art. 2º asigna a los principios generales.

(17) Cfr. ALTERINI, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, 2ª edic. (dir. del tomo José W. TOBIÁS), p. 28.

(18) En esta línea: ATIENZA, Manuel, "Argumentación y Constitución", en la obra colectiva de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política y de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (coord. Carlos ALARCÓN CABRERA y Rodolfo Luis VIGO), Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2011, p. 79 y ss., y VIGO, Rodolfo Luis, "Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015, especialmente p. 225 y ss.

(19) Cfr. ATIENZA, Manuel, "Argumentación y Constitución...", cit., p. 88, nota 7, si bien en la lista no incluye a Finnis, adiciona los nombres de MacCormick y de Raz.

(20) FINNIS, John, "Ley natural y Derechos naturales", trad. del inglés por Cristóbal Orrego S., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, especialmente ps. 313-316.

(21) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público (administrativo y Constitucional)", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 37-39.

(22) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La dignidad de la persona", Ed. Civitas, Madrid, 1986, p. 78, ver también la 3ª edic. de esta obra, Madrid, 2017, p. 112 y ss, comentada por Alejandro NIETO, en R.V.A.P., número 107-I-enero-abril, 2017, ps. 379-399.

- (23) Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, "Lecciones de Derecho Administrativo", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, 8ª edic., revisada y actualizada, ps. 136-137, sostiene que los principios generales poseen eficacia "inventiva dando cobertura al hallazgo de reglas y relaciones nuevas" y "organizativa, ordenando las normas y los actos heterogéneos y aún discrepantes" (ob. cit., p. 136).
- (24) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios...", cit. p. 33 y ss.
- (25) Véase: CORVALÁN, Juan Gustavo, "Derecho Administrativo en transición", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 250 y ss.; en este excelente libro desarrolla la distinción, siguiendo la terminología clásica para diferenciar las reglas de los principios.
- (26) *Ibíd.*, p. 23.
- (27) VIGO, Rodolfo Luis, "Los principios jurídicos", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000 y del mismo autor "El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis", Distribuciones Fontamara, México, 2003, nota 177, p. 131.
- (28) DWORKIN, Ronald, "Los derechos en serio", Ed. Ariel, Barcelona, 1984, trad. del inglés, ps. 72-73.
- (29) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, reimpresión, ps. 28-29.
- (30) NIETO, Alejandro, "Derecho Administrativo Sancionador", Ed. Tecnos, Madrid, 1994, 2ª edic., p. 44.
- (31) *Ibíd.*, p. 45.
- (32) ATIENZA, Manuel, "Argumentación y Constitución...", cit., en especial p. 87 y ss.
- (33) Debemos aclarar que Atienza utiliza la palabra regla como el equivalente a la norma en sentido estricto, como la mayor parte de la doctrina, atribuyendo valor normativo a los principios.
- (34) ATIENZA, Manuel, "Argumentación y Constitución...", cit. p. 88.
- (35) ATIENZA, Manuel, "El Derecho como argumentación", Ariel Derecho, Ed. Planeta, Barcelona, 2012, p. 45.
- (36) VIGO, Rodolfo Luis, "Interpretación (argumentación)", cit., p. 225.
- (37) *Ibíd.*, p. 228, incluye los argumentos: a) autoritativo o normativo; 2) principialista; 3) axiológico o moral; 4) consecuencialista; 5) genético; 6) lingüístico; 7) doctrinario; 8) jurisprudencial; 9) lógico; 10) analógico; 11) a "fortiori"; 12) apagógico; 13) a contrario; 14) sistemático; 15) de coherencia; 16) plenitud; 17) económico; 18) teleológico o de justicia; 19) sociológico; 20) comparativo; 21) histórico; 22) retórico; 23) religioso; 24) científico no jurídico; 25) empírico, probatorio o fáctico; 26) conceptual o definicional; 27) pragmático.
- (38) BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 7ª edic. actualizada por Roberto E. LUQUI, t. I, p. 68 y ss. En esta sección de la obra, cuya autoría pertenece al actualizador, se atribuye importancia a los principios generales del Derecho para suplir las lagunas de las leyes, afirmando que no pueden afectar la legislación escrita, circunscribiéndolos a los principios constitucionales positivos (ob. cit., p. 70). Sin embargo, en algunos supuestos, reconoce la existencia de principios generales que no están expresados en regla constitucional alguna, como la separación de poderes, pero que surgen de la estructura de la Constitución y tienen el carácter de norma constitucional, que prevalece sobre la legislación y los actos administrativos que no pueden contradecirlos (ob. cit. p. 71). Esta parte de la teoría que sustenta Luqui armoniza parcialmente con la postura que siempre hemos sostenido en otras obras y que mantenemos en este trabajo.
- (39) RADBRUCH, Gustav, "Introducción a la filosofía del Derecho", Fondo de Cultura Económica, México, 1951, trad. del alemán, concibe al derecho como un conjunto de valores: justicia, adecuación al fin y el principio de seguridad jurídica (ob. cit. p. 44 y ss), valores que considera supra-positivos.
- (40) RIVERO, Jean, "Droit Administratif", Dalloz, Paris, 1977, 8e édic., ps. 76-78 y del mismo autor y Jean WALINE, "Droit Administratif", Dalloz, Paris, 2002, 19e éd., ps. 64-66, destacan la preeminencia que han reconocido el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional francés a los principios generales del derecho sobre las leyes (ob. cit., p. 66).
- (41) Vid.: PARADA VÁZQUEZ, Ramón, "Derecho Administrativo", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989, t. I, p. 69 y ss., especialmente ps. 70-74.
- (42) RIVERO, Jean, "Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés", en RAP N° 6, p. 295.
- (43) RIVERO, Jean, ob. cit. ps. 292-294.
- (44) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El método en el derecho administrativo", en RAP N° 22, Madrid, 1957, p. 11 y ss.
- (45) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho", Ed. Civitas, Madrid, 1984.
- (46) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El método...", cit. p. 47, puede verse: JEANNEAU, Benoit, "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative", Ed. Sirey, Paris, 1954.
- (47) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El método...", cit. ps. 60-61.
- (48) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios...", cit. p. 28.
- (49) Sobre la diferencia entre idealismo y realismo véase: ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, "Filosofía y

conceptos fundamentales. Una nueva aproximación al pensamiento crítico", Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2016, p. 85 y ss.

(50) COVIELLO, Pedro J. J., "La protección de la confianza del administrado", Ed. Lexis-Nexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 85 y ss. y nuestro libro "Los grandes principios del derecho Público (Constitucional y Administrativo)", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 53-54. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado el principio, entre otros casos, en "Asociación de Editores de Diarios de Buenos Aires (AEDBA) y otros c/ E.N. Dto. 746/08-AFIP s/ medida cautelar (autónoma)", fallada el 28/10/2014.

(51) FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y garantías. La ley del más fuerte", Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 17.

(52) ATIENZA, Manuel, "El Derecho como argumentación...", cit., ps. 43-44.

(53) Esta tesis sostenida principalmente por Kelsen fue desarrollada y, en cierto sentido, mejorada por Cossio en su teoría egológica; véase: COSSIO, C., "La plenitud del ordenamiento jurídico y la interpretación judicial de la ley", Losada, Buenos Aires, 1939, p. 14 y ss. La mejora de la teoría egológica radica en mentar una estimativa axiológica o valorativa, para completar la dimensión normativa de la teoría pura del Derecho.

(54) GOLDSCHMIDT, Wener, "Introducción Filosófica al Derecho", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, 4ª edic., p. 294 y ss.

(55) GARCÍA MAINEZ, Eduardo, "Introducción al estudio del derecho", Ed. Porrúa, México, 1978, 29ª edic., p. 370.

(56) COSSIO, Carlos, "La plenitud del orden jurídico y la interpretación judicial de la ley...", cit., p. 134, cabe puntualizar que, para COSSIO, la valuación de la analogía como justa, corresponde al legislador con lo que no estamos de acuerdo, ya que, si la justicia representa un valor objetivo, este valor puede ser explicado por el juez o por el funcionario y aún por la doctrina.

(57) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica...", cit., p. 299.

(58) BIELSA, Rafael, "Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo", Ed. Lajouane, Buenos Aires, 1923, p. 7 y ss.

(59) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 13ª edic., t. I, p. 59.

(60) LINARES, Juan Francisco, "Caso administrativo no previsto", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, especialmente p. 92 y ss.

(61) Art. 1765 del Cód. Civ. y Com.

(62) ABERASTURY, Pedro, "El Código Civil y Comercial de la Nación y la responsabilidad del Estado", en Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación, Alberto Ricardo DALLA VÍA y Manuel GARCÍA LEMA (dirs.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, tº I, ps. 311/312, apunta que la marcada separación entre derecho público y privado en materia de responsabilidad no proviene de la que Comisión Redactora del Cód. Civ. y Com. sino del proyecto del Poder Ejecutivo que, en sus arts. 1764 a 1766, prescribe la inaplicabilidad del título correspondiente del Cód. Civ. y Com. a la responsabilidad, lo que contradice la regulación en dicho código sobre materias administrativas.

(63) Ver GALLI BASUALDO, Martín, "La ley 26.944 de Responsabilidad del Estado y el Código Civil y Comercial de la Nación", en Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado, Alberto J. BUERES (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2015, ps. 109-110.

(64) LARENZ, Karl, "Metodología de la ciencia del derecho", trad. del alemán, Barcelona, Ariel, 1966, p. 271. La obra de LARENZ, traducida por el profesor Enrique Guimbernat Ordeig fue publicada por Springer Verlag OHC, Berlín, 1960.

(65) Arts. 21 apart. 2º y 63 apart. 1º de la CADH.

(66) CASSAGNE, Juan Carlos, "La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado", ED del 03/03/201, ps. 3-4.

(67) FINNIS, John, "Ley natural y derechos naturales", trad. de Cristóbal Orrego Sánchez, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 208 y ss.

(68) GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción Filosófica...", cit., p. 299.

(69) Ampliar en BIELSA, Rafael, "Metodología jurídica", Ed. Castellví, Santa Fe, 1971, p. 384 y ss.

(70) VIEHWEG Theodor, "Tópica y jurisprudencia", Ed. Taurus, Madrid, 1964 y "Tópica y Filosofía del Derecho", Ed. Gedisa, Barcelona, 1997, 2ª edic.

(71) En el prólogo a la obra Tópica y Jurisprudencia de VIEHWEG, Ed. Civitas - Thomson Reuters, Madrid, 2007, 2ª edic., p. 11; vid. también de este gran maestro español "Reflexiones sobre la Ley los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", RAP nro. 40, Madrid, 1963, p. 189 y ss.

(72) *Ibíd.*, p. 6.

(73) Véase: ATIENZA, Manuel, "Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica", Universidad Autónoma de México, p. 29 y ss., especialmente p. 38 con cita de la obra de GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Teorías de la tópica jurídica", Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 135.

- (74) KAUFMANN, Arthur, "Naturrecht und Geschitlichkeit", Tubing, 1957, p. 5, cit. en el Prólogo a la primera edición del libro "Tópica y Jurisprudencia" de VIEHWEG, Ed. Taurus, Madrid, 1964, p. 16, nota 9.
- (75) GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho", Ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 78 y ss.
- (76) *Ibíd.*, p. 82.
- (77) En el prólogo a la 1ª edic. de "Tópica y Jurisprudencia" antes citado, p. 21.
- (78) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, reimpresión, p. 35.
- (79) VILLAR PALASI, José L., "Consideraciones sobre el sistema jurídico", RAP, nros. 100-102, Madrid, 1983, p. 562, sin alusión al trabajo anterior de GARCÍA de ENTERRÍA sobre los principios generales del Derecho publicado en el Nº 40 de la misma revista (p. 189 y ss.) donde, se ha visto, elogia el método de la tópica.
- (80) VIGO, Rodolfo Luis, "Interpretación (argumentación)", cit., p. 228 y ss.
- (81) FINNIS, John, "Ley natural...", cit., p. 131 y ss.
- (82) Véase ALEXI, Robert, "Teoría de la argumentación jurídica", Palestra, Lima, 2007, trad. de la edición alemana, p. 458 y ss.
- (83) ATIENZA, Manuel, "Las razones...", cit., p. 38.
- (84) *Ibíd.*, p. 40.
- (85) ALEXI, Robert, "Teoría de la argumentación...", cit., ps. 53-54
- (86) *Ibíd.*, p. 57.
- (87) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, "Tópica, Derecho y Método Jurídico", Rev. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 4, Universidad de Alicante, 1987, p. 188.
- (88) *Ibíd.*, p. 188.
- (89) FERNÁNDEZ, Tomás R., "Sobre el derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones", en la obra de la que somos coautores titulado Sobre la Ley, el Poder Discrecional y el Derecho, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 51 y ss., y ATIENZA, Manuel, "Argumentación y Constitución...", cit., p. 89.
- (90) Aspecto advertido tempranamente por Alejandro NIETO en su libro "El arbitrio judicial", Ed. Ariel Derecho, Madrid, 2000, ps. 292-293.
- (91) Véase: LINARES, Juan Francisco, "Poder discrecional administrativo (arbitrio administrativo)", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 21 y ss, especialmente ps- 38-39.
- (92) LINARES, Juan Francisco, "El caso administrativo no previsto y la analogía jurídica en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Ed. La Ley, tº 24, sección doctrina, Buenos Aires, 1941, p. 178 y ss., ver también de dicho autor: "Caso administrativo no previsto", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 13 y ss.
- (93) Para el fundamento y desarrollo de las concepciones formal, material y programática: ATIENZA, Manuel, "Curso de argumentación jurídica", Ed. Trotta, Madrid, 2015, 3ª reimpresión, p. 171 y ss.
- (94) ATIENZA, Manuel, "Argumentación y Constitución...", cit., p. 91.
- (95) *Ibíd.* p. 94.
- (96) CASSAGNE, Juan Carlos, "Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y administrativo)", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 18.
- (97) ALEXI, Robert, "Teoría de la Argumentación Jurídica", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 215 y ss.
- (98) NIETO, Alejandro, "El arbitrio judicial", cit., p. 293, añade al respecto que si no se ajusta a dichas reglas, "la argumentación será incorrecta (desde esta perspectiva) y consecuentemente también el fallo. De acuerdo con las reglas de la retórica tradicional podía antes adiestrarse a un orador o a un abogado y mejorar su habilidad, así como hacer posible el enjuiciamiento de sus manifestaciones. Pues bien, hoy, de acuerdo con las reglas de argumentación, también es posible enjuiciar una argumentación concreta y determinar si es correcta o incorrecta. Nótese, por tanto, que ahora se ha cambiado de nivel, puesto que no se trata de enjuiciar la habilidad del autor o la eficacia de un texto sino su corrección discursiva, ya que contamos con reglas objetivadas cuyo incumplimiento acarrea la incorrección de la argumentación y, por lo mismo, nos permiten aproximarnos a un juicio de este tipo, aunque siempre en términos más bien modestos. Una salvedad que importa afirmar con gran énfasis para escapar de la inevitable frustración de expectativas demasiado optimistas".
- (99) En España se ha hablado del uso y abuso de los principios generales del Derecho; véase NIETO, Alejandro, "El Derecho Administrativo Sancionador...", cit., ps. 39-41.
- (100) Véase: FINNIS, John, "Ley natural...", cit., p. 296 y ss.
- (101) FINNIS, John, "Ley natural...", cit. p. 351.
- (102) Repárese, nada más, en lo que sucederá si todos los ciudadanos se negaran a cumplir las sentencias injustas que ponen fin a los litigios judiciales.
- (103) NIETO, Alejandro, "Crítica de la razón jurídica", Ed. Trotta, Madrid, 2007, ps. 55-57.

- (104) MARITAIN, Jacques, "Humanismo integral", Ed. Ercilla, Santiago de Chile, 1955, 4ª edic. trad. del francés, p. 55 y ss.
- (105) La expresión pertenece a la disidente cubana Dra. Hilda MOLINA, exiliada en Buenos Aires.