

JUAN CARLOS CASSAGNE

# EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Prólogo de  
Jesús González Pérez



Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA  
2009

# ÍNDICE

	Pág.
PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS .....	9
PRÓLOGO, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ.....	11
AGRADECIMIENTOS .....	17

## CAPÍTULO PRIMERO

### LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN PRIMERA. INTRODUCCIÓN

I. SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES.....	19
II. SU TRASCENDENCIA.....	22
1. Consideraciones generales .....	22
2. Peculiaridades de los principios generales en el Derecho administrativo....	24
III. LA INSERCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO NATURAL EN EL ORDENAMIENTO Y EL PAPEL DE LA TÓPICA .....	28
IV. PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. JERARQUÍA Y LÍMITES .....	31
V. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS INSTITUCIONALES O SECTORIALES.....	35

#### SECCIÓN SEGUNDA. SU PAPEL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

I. LIMINAR.....	37
II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO GARANTÍA JURÍDICA.....	39
III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER REGLAMENTARIO Y A LA POTESTAD DE EMITIR ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	39
1. Los reglamentos deben ajustarse a los principios generales del Derecho....	39
2. El principio general de la inderogabilidad singular de los reglamentos .....	40
IV. LA INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	41

	Pág.
V. EL DEBER DE RESOLVER TAMBIÉN SE EXTIENDE A LA ADMINISTRACIÓN.....	41
VI. EL ART. 16 DEL CÓDIGO CIVIL.....	43
VII. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SON A LA VEZ FUENTES FORMALES Y MATERIALES. GRADO DE PRELACIÓN DE LOS PRINCIPIOS .....	44
<b>SECCIÓN TERCERA. LOS PRINCIPIOS EN EL CAMPO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA</b>	
I. DISTINTAS CLASES DE INTERPRETACIÓN: EL PAPEL QUE CUMPLE LA ANALOGÍA.....	45
II. LA ANALOGÍA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	46
III. EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO .....	48
IV. LAS FACULTADES DISCRECIONALES Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO .....	49
V. DIVERSIDAD DE ORÍGENES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	50
<b>CAPÍTULO SEGUNDO FUNDAMENTOS DEL SISTEMA JUDICIALISTA</b>	
<b>SECCIÓN PRIMERA. FUENTES DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA</b>	
I. LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO PÚBLICO AMERICANO.....	55
II. EL INFLUJO DEL ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL Y DE LA NEOESCOLÁSTICA .....	57
1. La Constitución gaditana.....	57
2. Las <i>Fundamental Orders</i> se inspiraron en la neoescolástica .....	58
3. La clave para descifrar la filosofía política de la Constitución gaditana .....	59
III. CONTINUACIÓN. EL CONCEPTO DE LEY FUNDAMENTAL: SU PROYECCIÓN EN IBEROAMÉRICA .....	60
IV. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y LA FUENTE HISPÁNICA DE OTRAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO IBEROAMERICANO Y EUROPEO.....	62
V. LA INTERDICCIÓN DEL EJERCICIO DE FUNCIONES JUDICIALES POR PARTE DEL EJECUTIVO. SU FUENTE EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812.....	66
VI. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA JUDICIALISTA DE IBEROAMÉRICA Y EL MODELO NORTEAMERICANO .....	71
VII. EL HILO CONDUCTOR DEL SISTEMA JUDICIALISTA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL AMERICANO ES LA DEFENSA DE LAS LIBERTADES GARANTIZADAS POR UN PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE .....	74

**SECCIÓN SEGUNDA.  
EL SISTEMA JUDICIALISTA ARGENTINO**

I. LIMINAR.....	75
II. UNA MISIÓN DIFÍCIL: CONTROLAR EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO .....	78
III. BASES CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA JUDICIALISTA ARGENTINO.....	81
IV. EL SISTEMA JUDICIALISTA ARGENTINO CONSTITUYE UNA DERIVACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE LOS PODERES QUE DIFIERE DE LA VERSIÓN FRANCESA.....	83
V. EL SENTIDO DEL ART. 109 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y SU INTERPRETACIÓN SOBRE EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES EN EL MARCO DE NUESTRA CONSTITUCIÓN.....	85
1. El debate sobre las funciones jurisdiccionales de la Administración y el caso «Estrada».....	85
2. La creación de tribunales administrativos (no judiciales), como cláusula general, es contraria a la Constitución .....	87
3. La interpretación correcta de la separación de poderes en el plano constitucional.....	89
VI. INCONVENIENTES QUE PLANTEA LA CREACIÓN DE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS PARA ENTENDER EN LOS CONFLICTOS RELATIVOS A SERVICIOS PÚBLICOS Y VENTAJAS DEL SISTEMA DE CONTROL JUDICIAL PURO .....	91
VII. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA .....	94
1. Liminar .....	94
2. La recepción de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento argentino ...	97
A) En el orden nacional.....	97
B) En el orden provincial.....	98
3. Incompatibilidad del dogma revisor con los principios de la tutela judicial efectiva y de la división de poderes.....	102
4. Subsistencia y atenuación del requisito del agotamiento de la vía administrativa.....	104
5. Colofón.....	109
VIII. LA SITUACIÓN QUE SE PLANTEA CON EL EJERCICIO DEL LLAMADO CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD POR PARTE DE LOS JUECES .....	112

**CAPÍTULO TERCERO**

**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS FUENTES POSITIVAS**

I. INTRODUCCIÓN.....	115
1. Un poco de historia .....	115
2. La crisis de legalidad y el papel actual de la ley.....	117

	Pág.
3. Legalidad y legitimidad. Distintas formulaciones del principio de juridicidad.....	119
4. Legalidad y reserva de ley. La llamada preferencia de ley .....	120
II. LA CONCEPCIÓN DE LA LEY .....	121
1. La generalidad como rasgo sustantivo de la ley y la concepción finalista....	121
2. Ley formal y ley material .....	123
3. El ámbito reservado a la ley y al reglamento en el Derecho francés .....	125
4. Constitucionalización de la legalidad. La operatividad constitucional .....	126
5. Ampliación del bloque de legalidad: los nuevos derechos y la legitimación....	128
A) Los nuevos derechos.....	128
B) Problemática de la legitimación en el proceso administrativo .....	131
C) Tendencias actuales en materia de legitimación .....	133
D) Los elementos que configuran la legitimación procesal activa (ordinaria y anómala o extraordinaria) .....	135
E) Los derechos de incidencia colectiva y el amparo constitucional .....	138
6. La tutela de la legalidad y la acción popular .....	139
7. La degradación del principio de legalidad en el Derecho penal .....	141
8. La globalización: su influencia sobre el principio de legalidad .....	142
III. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO: LAS RESERVAS DE LEY Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA .....	145
1. Los poderes reservados al Legislativo, Ejecutivo y Judicial.....	145
2. La reserva de ley en la Constitución reformada en 1994 .....	147
3. El modelo constitucional norteamericano y el Derecho administrativo argentino.....	149
4. Distintas clases de reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo por imperio constitucional o por habilitación legislativa.....	151
A) Reglamentos de ejecución o ejecutivos .....	152
B) Reglamentos autónomos o independientes .....	154
C) La delegación legislativa antes y después de la reforma constitucional de 1994 .....	157
D) Reglamentos de necesidad y urgencia.....	166

#### CAPÍTULO CUARTO

#### LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

I. LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL EN EL MARCO DE LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES.....	173
1. Trascendencia del tema.....	173
A) La paradoja de las reducciones .....	174
B) El lenguaje del Derecho .....	176
2. El proceso de creación, aplicación e integración del derecho, la separación de los poderes y la función esencial de la Administración .....	177
3. La potestad discrecional como categoría histórica.....	181

	Pág.
II. LOS PARADIGMAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. LA REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD A TRAVÉS DE LA TÉCNICA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS .....	184
III. CONTINUACIÓN. LA LIMITACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD .....	186
1. El objeto de una polémica irreductible.....	186
2. La concepción limitativa del control judicial sobre la discrecionalidad .....	187
3. La plenitud del control judicial de la discrecionalidad administrativa .....	188
IV. QUID DE LA POTESTAD DISCRECIONAL.....	190
1. El núcleo de la potestad discrecional.....	190
2. La discrecionalidad como «supraconcepto» .....	191
3. Tipos de discrecionalidad .....	193
4. La asimilación entre discrecionalidad y oportunidad .....	194
<p>CAPÍTULO QUINTO</p> <p><b>LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD</b></p> <p><b>Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD</b></p>	
I. EL PODER DISCRECIONAL Y LA ARBITRARIEDAD .....	195
1. Discrecionalidad y arbitrariedad. La irrazonabilidad .....	195
2. La prohibición de arbitrariedad de la Administración en el derecho argentino posee base constitucional.....	197
3. Continuación. El principio constitucional de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa .....	201
4. La tutela judicial efectiva y la discrecionalidad .....	203
II. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD .....	204
1. La motivación del acto administrativo en las decisiones discrecionales .....	204
2. El alcance del control judicial de la discrecionalidad y la posibilidad de que el juez sustituya la actividad administrativa .....	205
A) El control de la causa del acto administrativo (antecedentes de hecho y de derecho) .....	206
B) El control judicial de las cuestiones técnicas.....	208
C) El control de los aspectos vinculados a la oportunidad o mérito de la decisión administrativa .....	209
D) La posibilidad de sustitución judicial de la decisión administrativa .....	213
III. A MODO DE SÍNTESES.....	215
BIBLIOGRAFÍA .....	219