

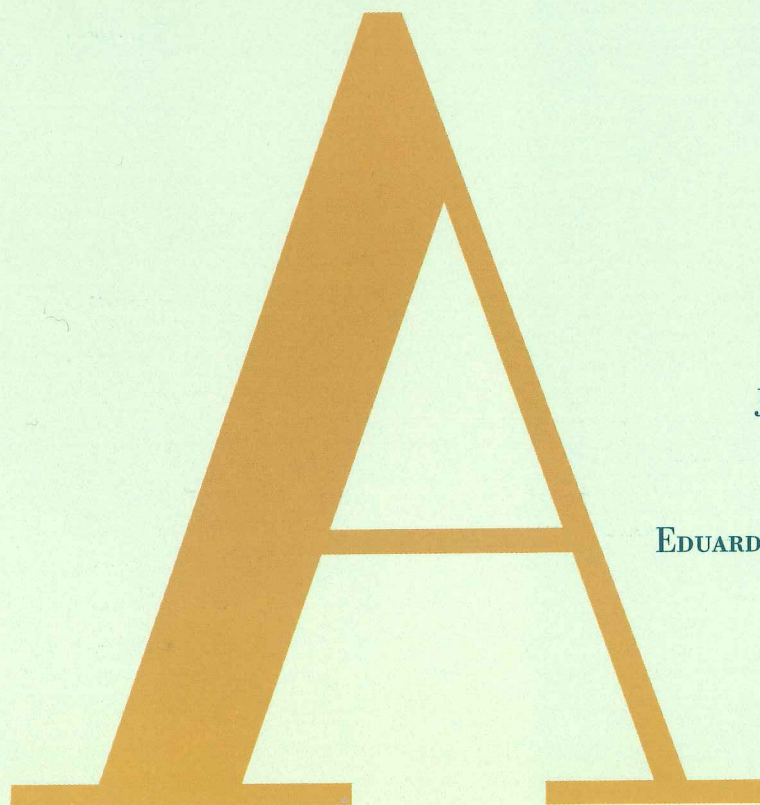
Juan Carlos Cassagne

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

*Segunda edición
actualizada*

Prólogo de
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Recensión de
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA



editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

JUAN CARLOS CASSAGNE

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

Segunda edición actualizada

Recensión a la primera edición de
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Prólogo de
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

editorial
IB de f
Montevideo - Buenos Aires

2016

Julio César Faira - Editor

I.S.B.N.: 978-9974-708-94-5

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483

e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar

www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

www.editorialbdef.com

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Impreso en Argentina en el mes de agosto de 2016 por:

St Gráfico, S.A.

San Antonio 834, 1276, CABA.

info@stgrafico.com.ar

ÍNDICE

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	XV
AGRADECIMIENTOS.....	XVII
RECENSIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN.....	XIX
PRÓLOGO.....	XXIX

Capítulo I

LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Sección primera

Introducción

I. Sobre los principios generales.....	1
II. Su trascendencia.....	5
1. Consideraciones generales.....	5
2. Peculiaridades de los principios generales en el Derecho Administrativo.....	9
III. La inserción de los principios del derecho natural en el ordenamiento y el papel de la tópica.....	14
IV. Principios y derechos fundamentales. Jerarquía y límites.....	19
V. Principios fundamentales y principios institucio- nales o sectoriales.....	24

Sección segunda

Su papel en el ordenamiento jurídico

I. Liminar.....	29
II. Los principios generales del derecho como garantía jurídica.....	31

III. Los principios generales del derecho como límites al ejercicio del poder reglamentario y a la potestad de emitir actos administrativos	32
1. Los reglamentos deben ajustarse a los principios generales del derecho	32
2. El principio general de la inderogabilidad singular de los reglamentos	33
IV. La inserción en el ordenamiento jurídico de los principios generales del derecho.....	34
V. El deber de resolver también se extiende a la Administración	34
VI. Los artículos 2 y 3 del Código Civil y Comercial de la Nación.....	36
VII. Los principios generales del derecho son a la vez fuentes formales y materiales. Grado de prelación de los principios.....	41

Sección tercera

*Los principios en el campo
de la interpretación jurídica*

I. Distintas clases de interpretación: el papel que cumple la analogía.....	43
II. La analogía y los principios generales del derecho...	45
III. El sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho	47
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.....	51

Capítulo II

FUNDAMENTOS DEL SISTEMA JUDICIALISTA

Sección primera

Fuentes de la justicia administrativa

I. Las concepciones del derecho público americano..	59
II. El influjo del antiguo derecho español y de la neoeclástica	61

1. La Constitución gaditana	61
2. Las <i>Fundamental Orders</i> se inspiraron en la neoescolástica.....	63
3. La clave para descifrar la filosofía política de la Constitución gaditana.....	65
III. Continuación. El concepto de ley fundamental: su proyección en Iberoamérica.....	66
IV. La Constitución de Cádiz y la fuente hispánica de otras instituciones fundamentales del derecho iberoamericano y europeo.....	68
V. La interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo. Su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812	75
VI. Principales diferencias entre el sistema judicialista de Iberoamérica y el modelo norteamericano.....	83
VII. El hilo conductor del sistema judicialista en el derecho constitucional americano es la defensa de las libertades garantizadas por un Poder Judicial independiente.....	87

Sección segunda

El sistema judicialista argentino

I. Liminar	89
II. Una misión difícil: controlar el ejercicio del poder público.....	92
III. Bases constitucionales del sistema judicialista argentino	97
IV. El sistema judicialista argentino constituye una derivación del principio de separación de los poderes que difiere de la versión francesa	100
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.....	104
1. El debate sobre las funciones jurisdiccionales de la Administración y el caso "Estrada"	104
2. La creación de tribunales administrativos (no judiciales), como cláusula general, es contraria a la Constitución.....	107

3. La interpretación correcta de la separación de poderes en el plano constitucional	109
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	113
VII. El principio de la tutela judicial efectiva	117
1. Liminar.....	117
2. La recepción de la tutela judicial efectiva en el orden argentino	122
3. Incompatibilidad del dogma revisor con los principios de la tutela judicial efectiva y de la división de poderes	129
4. Subsistencia y atenuación del requisito del agotamiento de la vía administrativa.....	131
5. Colofón	140
VIII. La situación que se plantea con el ejercicio del llamado control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces	144

Capítulo III

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS FUENTES POSITIVAS

I. Introducción	147
1. Un poco de historia.....	147
2. La crisis de la legalidad y el papel actual de la ley	149
3. Legalidad y legitimidad. Distintas formulaciones del principio de juridicidad.....	152
4. Legalidad y reserva de ley. La llamada preferencia de ley	153
II. La concepción de la ley	155
1. La generalidad como rasgo sustantivo de la ley y la concepción finalista	155
2. Ley formal y ley material.....	159
3. El ámbito reservado a la ley y al reglamento en el derecho francés	161

4. Constitucionalización de la legalidad. La operatividad constitucional	162
5. Ampliación del bloque de legalidad: los nuevos derechos y la legitimación	166
6. La tutela de la legalidad y la acción popular...	181
7. La degradación del principio de legalidad en el derecho penal	184
8. La globalización: su influencia sobre el principio de legalidad	187
III. El sistema constitucional argentino: las reservas de ley y la potestad reglamentaria.....	191
1. Los poderes reservados al Legislativo, Ejecutivo y Judicial.....	191
2. La reserva de la ley en la Constitución reformada en 1994.....	193
3. El modelo constitucional norteamericano y el derecho administrativo argentino	196
4. Distintas clases de reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo por imperio constitucional o por habilitación legislativa	200

Capítulo IV

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.....	231
1. Trascendencia del tema.....	231
2. El proceso de creación, aplicación e integración del derecho, la separación de los poderes y la función esencial de la Administración	237
3. La potestad discrecional como categoría histórica	242
II. Los paradigmas del derecho constitucional español. La reducción de la discrecionalidad a través de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados.....	247
III. Continuación. La limitación del control judicial de la discrecionalidad	250

1. El objeto de una polémica irreductible.....	250
2. La concepción limitativa del control judicial sobre la discrecionalidad.....	251
3. La plenitud del control judicial de la discrecionalidad administrativa	252
IV. <i>Quid</i> de la potestad discrecional	255
1. El núcleo de la potestad discrecional.....	255
2. La discrecionalidad como "supraconcepto"	258
3. Tipos de discrecionalidad.....	260
4. La asimilación entre discrecionalidad y oportunidad.....	261

Capítulo V

LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD

I. Poder discrecional y la arbitrariedad.....	263
1. Discrecionalidad y arbitrariedad. La irrazonabilidad	263
2. La prohibición de arbitrariedad de la Administración en el derecho argentino posee base constitucional	265
3. Continuación. El principio constitucional de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa ...	271
4. La tutela judicial efectiva y la discrecionalidad..	275
II. El control judicial de la discrecionalidad.....	276
1. La motivación del acto administrativo en las decisiones discrecionales	276
2. El alcance del control judicial de la discrecio- nalidad y la posibilidad de que el juez sustituya la actividad administrativa.....	278
III. A modo de síntesis.....	292
BIBLIOGRAFÍA	295