

JUAN CARLOS CASSAGNE

LOS GRANDES PRINCIPIOS
DEL DERECHO PÚBLICO

(Constitucional y Administrativo)

SEGUNDA EDICIÓN ACTUALIZADA



RUBINZAL - CULZONI
EDITORES

JUAN CARLOS CASSAGNE

Profesor Emérito de la UCA y Titular Consulto de la UBA. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Correspondiente de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid

LOS GRANDES PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO *(Constitucional y Administrativo)*

SEGUNDA EDICIÓN ACTUALIZADA



RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 - Tel. (0342) 401-9300 - S3000CMV Santa Fe

Cassagne, Juan Carlos

Los grandes principios del derecho público : constitucional y administrativo : 2ª edición actualizada / Juan Carlos Cassagne - 2ª ed. revisada. - Santa Fe : Rubin-
zal-Culzoni, 2021.

736 p. ; 23 x 16 cm

ISBN 978-987-30-2318-7

1. Derecho. I. Título.

CDD 342.01

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

ÍNDICE SUMARIO

<i>Prólogo a la segunda edición</i>	9
<i>Prólogo a la primera edición</i> , por JUAN CARLOS CASSAGNE	13
<i>Abreviaturas</i>	21

CAPÍTULO I

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO Y LAS BASES DEL ORDEN JURÍDICO

1. Un nuevo escenario en el Derecho Público	23
2. Positivismo y neoconstitucionalismo	26
3. La constitucionalización del ordenamiento y los nuevos problemas que se plantean	31
3.1. La teoría de la armonización de los derechos para resolver los conflictos	32
3.2. Trascendencia de la ciencia política, de la Filosofía del Derecho y de su teoría general	34
4. Las fronteras entre el Derecho Público y el Derecho Privado: la <i>summa divisio</i> como categoría histórica	36
5. Notas y características principales del nuevo constitucionalismo	41
5.1. El principialismo	46
6. La irrupción y auge de las tendencias iusnaturalistas: diversos sentidos del concepto de Derecho	50
7. Ley natural y ley positiva: la fuente de la ley natural y el error de base del positivismo	58

8. La justicia: diferentes clases	63
9. La distinción entre moral y Derecho	67
10. La estructura del ordenamiento	69
11. Las normas.	70
12. Los principios generales: su diferencia con las normas y los valores. Las directivas políticas	71
13. El carácter preceptivo o vinculante de los principios. La distinción entre Derecho y principio	75
14. Los principios generales son fuentes del Derecho	78
15. El carácter absoluto o relativo de los derechos	81
16. Características atribuidas al orden jurídico	82
17. Los paradigmas en el Derecho Público	84
18. La dignidad de la persona como fuente central de todos los principios y derechos.	90
19. Los nuevos paradigmas del Derecho Público	94
19.1. La solidaridad como exigencia moral y principio jurídico	94
20. El principio <i>pro homine</i> y su función ordenadora. La interpretación más favorable (<i>in dubio pro libertate</i>).	96
21. El principio general de la buena fe	99
22. El principio de la confianza legítima.	100
23. El principio de la moral pública	103
24. La necesidad de armonizar los nuevos paradigmas	105

CAPÍTULO II

LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Proyección de los principios generales	109
2. Trascendencia de los principios generales	113
2.1. Características y principalidad de los principios generales	113
2.2. Sus peculiaridades en el Derecho Administrativo	117
2.3. La inserción de los principios del Derecho natural en el ordenamiento y el papel de la tópica	122
3. La concepción "finnisiana" sobre los principios generales del Derecho.	125

4. Jerarquía y diversidad de los principios generales	128
4.1. La constitucionalización de los principios y la problemática que plantea	128
4.2. Principios fundamentales y principios institucionales o sectoriales	133
4.3. Los principios generales son fuentes formales y materiales: su grado de prelación	143
5. El papel de los principios en el ordenamiento.	145
5.1. Distintas funciones que cumplen los principios generales.	145
5.2. Los principios generales como garantías jurídicas.	147
5.3. Los principios generales como límites al ejercicio del poder reglamentario	148
5.4. La extensión del deber de resolver se extiende a la Administración	150
6. Los principios generales en el campo de la interpretación jurídica.	153
6.1. Diferentes clases de interpretación.	153
6.2. La analogía y los principios generales del Derecho.	154
6.3. El sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho.	157
6.4. Las facultades discrecionales de la Administración y los principios generales del Derecho.	159

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES

1. Acerca del origen de la doctrina de la separación de poderes: las características principales que entraña la concepción política de Montesquieu	161
2. La separación de poderes y el Estado de Derecho. La evolución del Estado de Derecho. El Estado subsidiario. Populismo y Estado.	167
3. La finalidad básica de la teoría de la separación de los poderes.	176
4. Las confusiones terminológicas: los conceptos de poder, órgano y función.	180
5. Sobre la función administrativa.	183
5.1. Concepciones subjetivas u orgánicas	184

5.2. El criterio objetivo o material	186
5.3. Otras teorías	187
6. Continuación: las funciones normativa o legislativa y jurisdiccional de la Administración Pública	189
6.1. La actividad reglamentaria es de sustancia normativa o legislativa.	189
6.2. Las funciones jurisdiccionales de la Administración	190
7. Continuidad de la jurisprudencia sentada por la Corte a partir del caso "Fernández Arias"	199
8. Resumen sobre la interpretación de la doctrina de la separación de los poderes en la Constitución Argentina.	204
9. La independencia del Poder Judicial: antecedentes hispanicos de las prescripciones constitucionales.	206
9.1. La prohibición de ejercer funciones judiciales por parte del rey y las Cortes	208
9.2. La inamovilidad de los jueces	210
9.3. La creación del Tribunal Supremo	211
10. La independencia del Poder Judicial como principio y garantía del régimen democrático y republicano	213
11. Sentido actual de la separación de los poderes	216
12. El principio de independencia de las autoridades regulatorias	221
13. La separación entre las fases acusatoria y resolutoria en el procedimiento jurisdiccional de aplicación de sanciones penales administrativas.	224
13.1. Recepción jurisprudencial del principio	226
14. Constitucionalidad de la creación de las autoridades regulatorias independientes	230

CAPÍTULO IV

LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE RAZONABILIDAD. LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. El principio de legalidad	237
1.1. Precisiones conceptuales.	237

1.2. Legalidad y legitimidad. Distintas formulaciones del principio de legalidad	240
1.3. Legalidad y reserva de legalidad. La llamada preferencia de ley	242
2. Discrecionalidad y arbitrariedad	244
3. La interdicción de arbitrariedad en el Derecho argentino	246
4. El principio de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad	253
4.1. Aspectos de la razonabilidad	254
4.2. Razonabilidad e igualdad. La razonabilidad ponderativa.	256
4.3. Debido proceso sustantivo y debido proceso adjetivo en el Derecho norteamericano. <i>La equal protection</i>	258
4.4. Hacia una reformulación del principio de razonabilidad	261
4.4.1. Peculiaridades del principio de razonabilidad	264
4.4.2. Requisitos de justificación racional	267
4.4.3. El contenido de la concepción amplia de la razonabilidad.	272
4.4.4. El principio de proporcionalidad.	273
4.4.5. La razonabilidad constituye un metaprincipio	278
5. Una respuesta iusnaturalista centrada en el bien humano: la directiva de interpretación preponderante que debería regir la hermenéutica del artículo 28 de la Constitución Nacional	280
6. La interdicción de arbitrariedad. La inconstitucionalidad de oficio	284
6.1. El artículo 43 de la Constitución Nacional prescribe un mandato implícito	284
6.2. La inconstitucionalidad de oficio	285
6.3. La declaración judicial oficiosa de la inconstitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia de la Corte.	287

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

<i>Sección Primera – Los sentidos de la igualdad</i>	289
1. La generalización del principio constitucional de igualdad y la necesidad de una teoría integral	289

2. La igualdad: un tema clásico en la era de las nivelaciones	291
3. Justicia e igualdad	293
4. Sobre las especies de igualdad y la noción positivista. Los criterios de la igualdad distributiva	298
5. La igualdad ante la ley y la razonabilidad.	301
6. La llamada paradoja de la igualdad.	304
7. La igualdad real de oportunidades y la cláusula para el progreso, el bienestar y la justicia social (art. 75, inc. 23, primer párrafo, e inc. 19 de la CN). La discriminación racial	308
8. El derecho de igualdad de los extranjeros para gozar de los derechos civiles. Las discriminaciones en materia de ciudadanía.	310
<i>Sección Segunda – El control judicial</i>	
<i>de las discriminaciones arbitrarias</i>	313
1. Liminar sobre el control de razonabilidad en la jurisprudencia	313
2. Carácter formal y material del principio de igualdad	316
3. El principio de igualdad y las llamadas “categorías sospechosas” del Derecho norteamericano	317
4. Dos casos emblemáticos sobre discriminación que afectaron a nacionales y extranjeros.	319
4.1. El caso “Hofft, Pedro c/Provincia de Buenos Aires” (2004).	319
4.2. El caso “Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires” (2006)	320
5. La discriminación por edad	322
6. La prohibición constitucional de discriminar contra la mujer. El llamado matrimonio igualitario	324
7. Las discriminaciones que afectan el derecho a la vida: el aborto	329
7.1. Caso “T. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”	332
7.2. Caso “Portal de Belén c/Ministerio de Salud y Acción Social”	333
7.3. Caso “Sánchez, Elvira Berta c/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”	334
8. Continuación: dictamen de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.	337

CAPÍTULO VI

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD

1. Sobre el concepto de libertad y las raíces de la concepción constitucional argentina.	345
2. La doble faz de la libertad: derecho y principio. Las garantías de la libertad.	348
3. Naturaleza política o civil de las libertades. Derechos sociales y nuevos derechos.	350
4. Las declaraciones de derechos que consagran libertades: su caracterización.	353
5. Continuación: límites constitucionales al ejercicio del poder reglamentario.	354
6. Las libertades y el principio de subsidiariedad.	358
7. Las libertades no patrimoniales: la libertad de expresión. Alcance y fundamento.	362
7.1. La prohibición de censura previa.	364
7.2. El principio protectorio innominado de la libertad de expresión y las responsabilidades ulteriores.	366
7.3. La interdicción constitucional de imponer, por parte del Congreso, restricciones a la libertad de expresión y la prohibición de establecer la jurisdicción federal en esa materia.	371
7.4. El derecho de rectificación o respuesta.	376
7.5. Los medios indirectos restrictivos de la libertad de expresión: la distribución de la publicidad oficial.	379
8. La libertad religiosa.	382
8.1. El caso de la Virgen en Tribunales.	384
8.2. Los crucifijos en las escuelas públicas.	387
9. Las libertades económicas.	390
9.1. Subsistencia de la libertad económica en el nuevo constitucionalismo.	392
9.2. Libertad de contratar y control de precios.	394
9.3. Principales cuestiones que suscita la ley 26.991.	397

10. Inaplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte en materia de control de precios	401
11. Libertad económica y propiedad. El estado de emergencia	402
11.1. Estado de Derecho y estado de necesidad	407
11.2. Los límites constitucionales de la emergencia. Los decretos de necesidad y urgencia	408
12. Emergencia y derechos adquiridos	416
13. La libertad de asociación	417
14. El derecho de enseñar y aprender (el derecho a la educación)	422
15. Otros derechos y libertades. Los derechos de petición y de libre circulación	426
15.1. El derecho de peticionar a las autoridades	426
15.2. La libertad de tránsito o derecho a la libre circulación	428

CAPÍTULO VII

LOS NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS

1. La incorporación de nuevos derechos a la Constitución	433
2. La protección ambiental y el derecho a un ambiente sano	440
2.1. Las nuevas cláusulas constitucionales	443
2.2. El núcleo del Derecho Ambiental	445
2.3. El deber legal de preservación del ambiente. Prohibiciones	445
2.4. El daño ambiental y la obligación de recomponer	446
2.5. El amparo ambiental	449
2.6. Competencia en materia ambiental	452
3. El principio protectorio de la competencia	453
4. Los derechos de consumidores y usuarios	456
4.1. La falsa oposición entre el interés público y el interés particular o privado	459
4.2. La regla de la interpretación restrictiva de los privilegios y su extensión a las concesiones y licencias	460

5. La participación pública en el control de los servicios públicos.	464
5.1. Tipologías de la participación pública en los entes reguladores	469
5.1.1. Derechos individuales y colectivos. La participación de las asociaciones defensoras de usuarios	470
5.1.1.1. Derechos individuales	471
5.1.1.2. Derechos colectivos	471
5.1.2. El régimen de audiencias públicas de los entes reguladores	473
6. El derecho de reunión	476
7. El derecho a la salud	477
8. Problemática de la legitimación en los procesos administrativos.	480
8.1. Tendencias actuales en materia de legitimación.	482
8.2. Los elementos que configuran la legitimación procesal activa (ordinaria y anómala o extraordinaria)	486
9. Los derechos de incidencia colectiva y el amparo constitucional	490
10. La tutela de la legalidad y la acción popular.	491
11. La globalización: su influencia sobre el principio de legalidad	494

CAPÍTULO VIII

LOS PRINCIPIOS INSTITUCIONALES Y SECTORIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

.....	501
1. Liminar	502
2. Dificultades de una sistematización de los principios generales	503
3. El principio de la competencia	505
4. El principio de la delegación administrativa	511
4.1. Las figuras de la suplencia y sustitución	515
4.2. La intervención	516
4.3. La delegación de firma y la subdelegación	516
4.4. La avocación	517
5. La delegación legislativa	520
5.1. Fuentes y objetivos del precepto constitucional (art. 76, CN) ...	524
5.2. Límites materiales y formales	534

5.3. Vinculación negativa derivada de las reservas legales para el ejercicio de la delegación legislativa.	538
5.4. El caso "Camaronera Patagónica".	542
5.5. Conclusiones sobre la delegación legislativa.	544
6. El principio de jerarquía.	548
7. La inderogabilidad singular del reglamento.	551
8. El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos.	553
8.1. La ejecutoriedad en el Derecho Comparado.	555
8.2. La ejecutoriedad y el uso de la coacción.	560
9. Sobre los principios en juego en la contratación administrativa.	561
9.1. El principio de concurrencia y de competencia.	564
9.2. El principio de proporcionalidad y el de razonabilidad.	566
9.3. Principio de eficiencia.	567
9.4. Principio de publicidad y difusión. Transparencia.	568
9.5. Principio de responsabilidad.	570
9.6. Igualdad de tratamiento para interesados y oferentes.	570
10. El principio de continuidad de los servicios públicos.	571
11. La autotutela del dominio público.	576
12. El principio de la responsabilidad del Estado: su fundamento filosófico y constitucional.	578
12.1. El principio de igualdad ante las cargas públicas como eje del fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado.	579
12.2. El factor de atribución: la falta de servicio en la jurisprudencia de la Corte y en la nueva ley 26.944.	580
12.3. Un análisis retrospectivo: la concepción de Aubry et Rau.	584
12.4. Crítica de la ley 26.944.	587
12.5. El alcance de la indemnización: el principio general de la justa indemnización.	589
12.6. Sobre la regulación de la responsabilidad del Estado por el Código Civil y Comercial o por leyes administrativas (nacionales y locales).	599
13. La confianza legítima. Remisión.	602
14. El principio de buena administración.	603
15. Los principios generales del procedimiento administrativo.	608
15.1. El principio de verdad material.	609

15.2. El principio de oficialidad	610
15.3. El informalismo en el procedimiento administrativo	611
15.4. El principio de eficacia	614
15.5. La gratuidad del procedimiento.	616
15.6. El debido proceso adjetivo	618

CAPÍTULO IX

EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. Introducción.	621
2. La triple faz de la tutela judicial efectiva (mandato vinculante, derecho y garantía)	624
3. El desarrollo del principio	625
4. Fundamento del principio de la tutela judicial efectiva en el Derecho argentino	630
4.1. En el orden nacional	630
4.2. En el orden provincial	632
5. Instituciones y herramientas procesales vinculadas con el principio de la tutela judicial efectiva.	635
5.1. Razonabilidad de la duración de los procesos.	635
5.2. Acciones declarativas de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y actos administrativos: la causal de arbitrariedad.	636
5.3. Medidas precautorias (en general). Tutelas anticipadas y autosatisfactivas	643
5.4. La ejecución de sentencias	645
5.5. Los requisitos del agotamiento de la vía administrativa y del reclamo administrativo previo	651
5.6. Un cambio paradigmático: las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y de la CIDH.	659
 BIBLIOGRAFÍA GENERAL	 665
ÍNDICE POR AUTORES	709