

Juan Carlos Cassagne

Tomás-Ramón Fernández

TEMAS DEL DERECHO PÚBLICO

LEGALIDAD, DISCRECIONALIDAD,
SISTEMA Y CONTROL JUDICIAL



editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

JUAN CARLOS CASSAGNE

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ

TEMAS DEL DERECHO PÚBLICO
LEGALIDAD, DISCRECIONALIDAD,
SISTEMA Y CONTROL JUDICIAL

editorial
IB de f
Montevideo - Buenos Aires

2017

Julio César Fajra - Editor

I.S.B.N.: 978-9974-745-21-6

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 mayo de 2017 por:

La Imprenta Ya, Av. Alferez Hipolito Bouchard 4381,

Tel.; 4756-6854 / 6837. Munro, Buenos Aires.

www.laimprentaya.com.ar

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	XIII
--------------	------

SECCIÓN PRIMERA SOBRE LOS GRANDES TEMAS DEL DERECHO PÚBLICO

Capítulo I	
DE LA INCURIA DE LOS LEGISLADORES Y DE LA BANALIDAD, LA INCOHERENCIA Y LA ARBITRARIEDAD DE LAS LEYES. UNA CRÓNICA SOBRE EL PROCESO, AL PARECER IMPARABLE, DE DEGRADACIÓN DE LA LEY	
De la incuria de los legisladores y de la banalidad	1

Capítulo II	
SOBRE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL PODER DISCRECIONAL	
I. Preliminares	27
1. Acabar donde empecé	27
2. El porqué de la elección	27
II. El control jurisdiccional del poder discrecional.	
Breve recordatorio de una historia incompleta	30
1. De la exención a la excepción.....	30
2. La necesidad de una teoría	32
3. ¿El final de la historia?	34

III. Las preguntas pendientes: Cuándo, cómo y cuánto poder discrecional puede otorgar el legislador a la Administración.....	35
IV. El poder discrecional como poder delegado....	37
V. Discrecionalidad y reserva de ley	39
1. El sentido general de la reserva.....	39
2. Poder discrecional y derechos fundamentales.	43
3. Libertad de empresa y poder discrecional.....	48
VI. Quid en el caso de los derechos económicos y sociales.....	56
VII. La perspectiva adicional del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva	61
VIII. Una reflexión final	62

Capítulo III

SOBRE EL DERECHO Y EL QUEHACER DE LOS JURISTAS. DAR Y EXIGIR RAZONES

I. Las preguntas fundamentales.....	65
II. La aproximación histórica.....	66
III. La aproximación teórica.....	67
IV. La situación actual	68
V. Indeterminación del Derecho y discrecionalidad de los jueces	69
VI. El auténtico realismo	70
VII. Dos clases de discrecionalidad y una sola verdadera	72
VIII. Discrecionalidad y arbitrariedad	75
IX. Indeterminación del Derecho y respuesta correcta: Normas, razones y argumentos	79

Capítulo IV

LAS FUENTES DE LAS INSTITUCIONES JUDICIALISTAS

I. Las concepciones del derecho público norteamericano	85
II. El influjo del antiguo derecho español y de la neoescolástica.....	87

1. La Constitución gaditana.....	87
2. Las <i>Fundamental Orders</i> se inspiraron en la neoescolástica.....	89
3. La clave para descifrar la filosofía política de la Constitución gaditana	91
III. Continuación. El concepto de ley fundamental: su proyección en Iberoamérica.....	92
IV. La interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del ejecutivo. Su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812.....	94
V. Principales diferencias entre el sistema judicialista de Iberoamérica y el modelo norteamericano	103
VI. El hilo conductor del sistema judicialista en el Derecho constitucional americano es la defensa de las libertades garantizadas por un poder judicial independiente	106
VII. La Constitución de Cádiz y la fuente hispánica de otras instituciones fundamentales del derecho iberoamericano y europeo	108

Capítulo V

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD

I. El papel de los principios generales del derecho público en el Estado de Justicia	117
II. La estructura del ordenamiento	122
1. Las normas	122
2. Los principios generales: su diferencia con las normas. Las directrices o directivas políticas	123
3. Los principios son preceptivos. Características de los mandatos: Los derechos absolutos. La confusión o identidad entre derecho y principio	126
III. El principio de legalidad. Legalidad y legitimidad	128
IV. Legalidad y legitimidad. Distintas formulaciones del principio de juridicidad	131

V. Legalidad y reserva de legalidad. La llamada preferencia de Ley.....	132
VI. Discrecionalidad y arbitrariedad. La irrazonabilidad.....	134
VII. La interdicción de arbitrariedad en el derecho argentino: su basamento constitucional.....	136
VIII. El principio de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad	143
IX. El artículo 43 de la Constitución Nacional consagra la interdicción de arbitrariedad.....	146

SECCIÓN SEGUNDA

EN PARTICULAR, SOBRE LA DISCRECIONALIDAD
Y EL CONTROL JUDICIAL

Capítulo I

LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA:
UN VIEJO FANTASMA QUE SE DESVANECE

I. La doctrina tradicional	149
II. Discrecionalidad técnica no, valoraciones técnicas.....	153
III. No valen puntuaciones, sino buenas razones	156
IV. ¿Es posible la sustitución?	162
V. Ya sólo queda el nombre.....	168

Capítulo II

EL CONTROL JUDICIAL DE LA
DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

I. El control judicial de la discrecionalidad	171
1. La motivación del acto administrativo en las decisiones discrecionales	171
2. El alcance del control judicial de la discrecionalidad y la posibilidad de que el juez sustituya la actividad administrativa ...	173
II. Conclusiones	187

Capítulo III
USO Y ABUSO DE LA POTESTAD
EXPROPIATORIA EN LA JURISPRUDENCIA
RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Introducción	191
II. La efectiva utilidad pública de las reservas de suelo para su incorporación a los patrimonios municipales y su necesaria justificación: el caso del Polígono Industrial Soria II	192
III. El sacrificio expropiatorio ha de limitarse a lo estrictamente indispensable: el caso de la Autovía del Agua de Cantabria	198
IV. El debate entre alternativas diversas	201

Capítulo IV
SOBRE EL CONTROL JURISDICCIONAL
DE LOS DECRETOS DE INDULTO

I. Introducción	205
II. La sentencia de 20 de febrero de 2013. En particular, el problema de la legitimación para recurrir los decretos de indulto de las víctimas de los beneficios de la gracia	207
III. La sentencia de la Sala 3ª en Pleno de 20 de noviembre de 2013: pasado y futuro frente a frente	211
1. El debate sobre la exigibilidad de motivación de los decretos de indulto	211
2. Actividad “libérrima” y prohibición de arbitrariedad	216
IV. Consideraciones finales	223

Capítulo V
EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. La triple faz de la tutela judicial efectiva (mandato vinculante, derecho y garantía). Alcance del principio	228
---	-----

II. Fundamento y expansión de la tutela judicial efectiva en el derecho argentino	230
1. En el orden nacional.....	230
2. En el orden provincial.....	232
III. Instituciones y herramientas procesales vinculadas con el principio de la tutela judicial efectiva	235
1. Razonabilidad de la duración de los procesos .	235
2. Acciones declarativas de inconstitucionalidad...	236
3. Medidas precautorias (en general). Tutelas anticipadas y autosatisfactivas	240
4. La ejecución de sentencias.....	243
IV. El requisito del agotamiento de la vía administrativa y del reclamo administrativo previo	248
V. Un cambio paradigmático: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica	256