

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  
**B de f**  
Montevideo - Buenos Aires

2016

*Julio César Fairs* - Editor

## 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<br>el Derecho Administrativo.....                         | 9  |
| III. La inserción de los principios del derecho natural<br>en el ordenamiento y el papel de la tópica..... | 14 |
| IV. Principios y derechos fundamentales. Jerarquía<br>y límites.....                                       | 19 |
| V. Principios fundamentales y principios institucio-<br>nales o sectoriales.....                           | 24 |

##### *Sección segunda*

##### *Su papel en el ordenamiento jurídico*

|   |    |
|---|----|
| I. Liminar.....   | 29 |
| II. Los principios generales del derecho como<br>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 neoecolástica ..... | 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 discrecionalidad y la posibilidad de que el juez sustituya la actividad administrativa..... | 278 |
| III. A modo de síntesis.....   | 292 |

|                    |     |
|--------------------|-----|
| BIBLIOGRAFÍA ..... | 295 |
|--------------------|-----|