

JUAN GUSTAVO CORVALÁN

Derecho administrativo en transición

*Reconfiguración de la relación entre
la Administración, las normas y el Poder Judicial*

Reglas y principios. Discrecionalidad débil y fuerte
Valoración, interpretación y ponderación
Control judicial y políticas públicas

Prólogo de
JUAN CARLOS CASSAGNE



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE

2016

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo</i>	VII
<i>Introducción</i>	XI
<i>Agradecimientos</i>	XV

CAPÍTULO PRIMERO

TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 1. Prelusión	1
----------------------	---

A) EL ESTADO CONSTITUCIONAL

§ 2. Introducción	3
§ 3. Del Estado legal al Estado constitucional de derecho	4
§ 4. Caracteres del Estado constitucional de derecho	5
§ 5. La justiciabilidad constitucional	8
§ 6. El principio democrático y su incidencia en el Estado constitucional	10

B) SOBERANÍA Y ESTADO CONSTITUCIONAL

§ 7. La clásica concepción de la soberanía estatal	12
§ 8. La “decadencia” de la soberanía clásica	18
§ 9. Hacia una articulación racional de la soberanía con el Estado constitucional	21

C) DIVISIÓN DE PODERES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

§ 10. El principio de división de poderes. Aproximación conceptual	29
---	----

§ 11.	Lineamientos fundamentales de la formulación histórica de la división de poderes	31
§ 12.	El aspecto teleológico del principio de división de poderes	33
§ 13.	Entrelazamiento de doctrinas: la imposibilidad de aplicar el principio de separación de poderes en términos absolutos	34
§ 14.	Reconfiguración de la luz del Estado constitucional	36

D) PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

LA ESTRATIFICACIÓN DE LA JURIDICIDAD

§ 15.	El principio de legalidad y el fenómeno de la “estratificación” de la juridicidad	41
§ 16.	El efecto expansivo de la Constitución	44
§ 17.	La asimetría entre libertad y competencia. ¿Igualdad entre el ciudadano y la Administración? A propósito del “ciudadano múltiple”	47
§ 18.	Conclusiones parciales	51
	a) Soberanía	52
	b) División de poderes	53
	c) Principio de legalidad y estratificación de la juridicidad.....	56

E) TRANSFORMACIÓN DEL RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

§ 19.	Vinculación con la división de poderes	59
-------	--	----

CAPÍTULO II

DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

A) LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN ALEMANIA

§ 20.	Introducción	69
§ 21.	Doctrina alemana	70
§ 22.	Teoría reduccionista de la discrecionalidad	72

B) LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ARGENTINA

§ 23.	Introducción	73
§ 24.	La evolución de la dogmática de la discrecionalidad administrativa en Argentina	75
	a) La posición de Fiorini	75
	b) La posición de Linares	78
§ 25.	Los desarrollos teóricos actuales	82
	a) La tesis de Sesín	82
	b) La posición de Cassagne	84
§ 26.	El estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina en materia de discrecionalidad administrativa	85
	a) Sobre el concepto de discrecionalidad	85
	b) El control de la causa del acto administrativo (antecedentes de hecho y de derecho)	86
	c) El control judicial de las cuestiones técnicas	89
	d) El control de los aspectos vinculados a la oportunidad o mérito de las decisiones administrativas	89
	e) La posibilidad de sustitución judicial de la decisión administrativa	91
§ 27.	Conclusiones	92
	a) Conclusiones sobre el estado de la cuestión en Alemania	93
	b) Conclusiones sobre el estado de la cuestión en la Argentina	94

CAPÍTULO III

CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

A) DOCTRINA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

§ 28.	Introducción	97
-------	--------------------	----

§ 29.	Las teorías alemanas que vinculan conceptos indeterminados con discrecionalidad administrativa	98
§ 30.	Discrecionalidad en el supuesto de hecho de la norma jurídico habilitante y teoría unitaria de la discrecionalidad	99
a)	Los conceptos normativos indeterminados como habilitaciones discrecionales	100
b)	Discrecionalidad administrativa y margen de apreciación en la aplicación de conceptos normativos indeterminados como un mismo fenómeno	102
c)	Los conceptos normativos indeterminados y la discrecionalidad como formas equivalentes de aplicación reglada del derecho	104
d)	Las normas de acoplamiento	105
§ 31.	La distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad	106
§ 32.	El control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados en la doctrina alemana	109

B) EL MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL DERECHO ALEMÁN

§ 33.	Noción conceptual doctrinaria y jurisprudencial	111
§ 34.	El control jurisdiccional del margen de apreciación ..	114
§ 35.	La teoría del margen de acción	117

C) CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN ARGENTINA Y ESPAÑA

§ 36.	El estado de la cuestión en la dogmática: el principio de la única solución justa y la integración de los conceptos jurídicos indeterminados	119
§ 37.	El estado de la cuestión en la jurisprudencia argentina	122

D) EL CONTROL JUDICIAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

§ 38.	El caso "Chevron USA inc. v. Natural Resources Defense Council"	126
a)	Antecedentes y cuestión debatida del caso	128

b)	La decisión del Tribunal de Apelaciones del Circuito (DC)	129
c)	El núcleo del debate en el marco de la apelación	130
d)	La decisión de la Corte Suprema. La innecesariedad de que se configure una única interpretación posible (solución justa)	130
§ 39.	Sinopsis e ideas principales del precedente "Chevron". Los cuatro grandes postulados en cuanto al rol de los jueces frente a las decisiones de la Administración pública	133
§ 40.	Conclusiones	135
a)	Conclusiones sobre la doctrina y jurisprudencia alemana en torno a la discrecionalidad	135
b)	Conclusiones sobre la doctrina y jurisprudencia argentina	137
c)	Control judicial de los conceptos jurídicos indeterminados en los Estados Unidos de América. El caso "Chevron"	137

CAPÍTULO IV

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y NORMAS JURÍDICAS. RECONFIGURACIÓN A LA LUZ DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

§ 41.	Introducción. Dogmática jurídica y teoría general del derecho	139
§ 42.	Los diferentes usos del concepto de "norma jurídica" por la doctrina administrativa	140
§ 43.	Actividad administrativa y normas jurídicas. Reconfiguración a la luz de la teoría general del derecho	145
a)	Normas, formulaciones normativas y proposiciones normativas	147
b)	Formulación normativa y norma	148
c)	Proposición normativa	150
d)	La estructura lógica de la norma jurídica	153
e)	La noción de caso y su importancia	157
f)	El concepto de "caso" como un paso necesario para la sistematización del sistema normativo	161
g)	Interpretación versus aplicación	166

§ 44.	Revisión crítica acerca de las teorías clásicas	174
a)	Teorías que conceptualizan a la discrecionalidad en el consecuente de la norma jurídica	174
b)	La "libertad" de elección entre varias alternativas. Todas válidas para el derecho	177
c)	Crítica a las teorías que conceptualizan a la discrecionalidad en el antecedente de la norma jurídica ..	179
§ 45.	Conclusiones preliminares: estructura de las normas de discrecionalidad. Distinciones	183

CAPÍTULO V

ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA Y MATICES DE VINCULACIÓN JURÍDICA. RECONFIGURACIÓN DEL MODO DE RESOLVER LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

A) FALTA DE CONOCIMIENTO:

LAGUNAS NORMATIVAS Y PROBLEMAS DE SUBSUNCIÓN

§ 46.	Planteo de los problemas	189
§ 47.	Acerca de los fundamentos del deber de expedirse de la Administración pública	190
§ 48.	El sistema normativo de la administración y el principio de clausura	191
§ 49.	Una breve reconstrucción de los problemas que afectan a los conceptos jurídicos indeterminados	198
§ 50.	Crítica a los que niegan la "discrecionalidad" del operador con relación a la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados	200
§ 51.	Conclusiones preliminares	204

B) ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y NORMAS QUE CONFIEREN PODERES. PAUTAS Y LÍMITES QUE GUÍAN Y CONDICIONAN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

§ 52.	Introducción	206
§ 53.	Aclaraciones previas	207

§ 54.	Los poderes discrecionales y la noción de normas permisivas	209
§ 55.	Un intento de reconstrucción positivo y normativo de la discrecionalidad fuerte	211
§ 56.	Aplicación del derecho y principios jurídicos. Pautas y límites que guían y condicionan el obrar administrativo	218
§ 57.	Conclusiones	224

CAPÍTULO VI

CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. RECONFIGURACIÓN DE SUS ALCANCES E INTENSIDAD

§ 58.	Introducción. Pautas generales de control judicial ..	235
§ 59.	Control judicial de la actividad administrativa y problemas de subsunción de las normas	238
§ 60.	Control judicial de la actividad administrativa y normas que confieren poderes. Ponderación de principios y efectividad de los derechos fundamentales	246
§ 61.	La estructura normativa de los derechos fundamentales y su compatibilidad con la ponderación de principios	249
a)	La distinción entre reglas y principios	250
b)	El proceso de ponderación	255
§ 62.	Un caso de derechos sociales como derechos fundamentales que exigen prestaciones activas del Estado ..	260
§ 63.	El estándar exigido por la "prohibición de protección deficiente" ("Untermassverbot")	264
§ 64.	Un caso para ilustrar el punto de partida. El caso "Q" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	266
a)	Operatividad del derecho a la vivienda	268
b)	Control de razonabilidad por parte del Poder Judicial	268
c)	Disponibilidad de los recursos estatales	269
§ 65.	El análisis de la proporcionalidad de las políticas públicas	270
§ 66.	Conclusiones. El estándar de control judicial de las políticas públicas	278

§ 67. Interrogante abierto y desafíos. El problema de la escasez de recursos	283
<i>Bibliografía</i>	285