

JUAN CARLOS CASSAGNE

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

Prólogo de  
Jesús González Pérez

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA

2009

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS .....	9
PRÓLOGO, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ .....	11
AGRADECIMIENTOS .....	17

## CAPÍTULO PRIMERO

### LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN PRIMERA. INTRODUCCIÓN

I. SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES.....	19
II. SU TRASCENDENCIA.....	22
1. Consideraciones generales.....	22
2. Peculiaridades de los principios generales en el Derecho administrativo....	24
III. LA INSERCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO NATURAL EN EL ORDENAMIENTO Y EL PAPEL DE LA TÓPICA .....	28
IV. PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. JERARQUÍA Y LÍMITES .....	31
V. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS INSTITUCIONALES O SECTORIALES.....	35

#### SECCIÓN SEGUNDA.

#### SU PAPEL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

I. LIMINAR.....	37
II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO GARANTÍA JURÍDICA.....	39
III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER REGLAMENTARIO Y A LA POTESTAD DE EMITIR ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	39
1. Los reglamentos deben ajustarse a los principios generales del Derecho....	39
2. El principio general de la inderogabilidad singular de los reglamentos .....	40
IV. LA INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO .....	41

	Pág.
V. EL DEBER DE RESOLVER TAMBIÉN SE EXTIENDE A LA ADMINISTRACIÓN.....	41
VI. EL ART. 16 DEL CÓDIGO CIVIL.....	43
VII. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SON A LA VEZ FUENTES FORMALES Y MATERIALES. GRADO DE PRELACIÓN DE LOS PRINCIPIOS .....	44

**SECCIÓN TERCERA. LOS PRINCIPIOS  
EN EL CAMPO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

I. DISTINTAS CLASES DE INTERPRETACIÓN: EL PAPEL QUE CUMPLE LA ANALOGÍA.....	45
II. LA ANALOGÍA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	46
III. EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO .....	48
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 .....	50

**CAPÍTULO SEGUNDO  
FUNDAMENTOS DEL SISTEMA JUDICIALISTA**

**SECCIÓN PRIMERA. FUENTES DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA**

I. LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO PÚBLICO AMERICANO.....	55
II. EL INFLUJO DEL ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL Y DE LA NEOESCOLÁSTICA .....	57
1. La Constitución gaditana.....	57
2. Las <i>Fundamental Orders</i> se inspiraron en la neoescolástica .....	58
3. La clave para descifrar la filosofía política de la Constitución gaditana .....	59
III. CONTINUACIÓN. EL CONCEPTO DE LEY FUNDAMENTAL: SU PROYECCIÓN EN IBEROAMÉRICA .....	60
IV. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y LA FUENTE HISPÁNICA DE OTRAS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO IBEROAMERICANO Y EUROPEO.....	62
V. LA INTERDICCIÓN DEL EJERCICIO DE FUNCIONES JUDICIALES POR PARTE DEL EJECUTIVO. SU FUENTE EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ DE 1812 .....	66
VI. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA JUDICIALISTA DE IBEROAMÉRICA Y EL MODELO NORTEAMERICANO .....	71
VII. EL HILO CONDUCTOR DEL SISTEMA JUDICIALISTA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL AMERICANO ES LA DEFENSA DE LAS LIBERTADES GARANTIZADAS POR UN PODER JUDICIAL INDEPENDIENTE .....	74

**SECCIÓN SEGUNDA.  
EL SISTEMA JUDICIALISTA ARGENTINO**

I. LIMINAR.....	75
II. UNA MISIÓN DIFÍCIL: CONTROLAR EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO .....	78
III. BASES CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA JUDICIALISTA ARGENTINO.....	81
IV. EL SISTEMA JUDICIALISTA ARGENTINO CONSTITUYE UNA DERIVACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE LOS PODERES QUE DIFIERE DE LA VERSIÓN FRANCESA.....	83
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.....	85
1. El debate sobre las funciones jurisdiccionales de la Administración y el caso «Estrada».....	85
2. La creación de tribunales administrativos (no judiciales), como cláusula general, es contraria a la Constitución .....	87
3. La interpretación correcta de la separación de poderes en el plano constitucional.....	89
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 .....	91
VII. EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA .....	94
1. Liminar .....	94
2. La recepción de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento argentino ....	97
A) En el orden nacional.....	97
B) En el orden provincial.....	98
3. Incompatibilidad del dogma revisor con los principios de la tutela judicial efectiva y de la división de poderes.....	102
4. Subsistencia y atenuación del requisito del agotamiento de la vía administrativa .....	104
5. Colofón.....	109
VIII. LA SITUACIÓN QUE SE PLANTEA CON EL EJERCICIO DEL LLAMADO CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD POR PARTE DE LOS JUECES .....	112

**CAPÍTULO TERCERO  
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS FUENTES POSITIVAS**

I. INTRODUCCIÓN.....	115
1. Un poco de historia .....	115
2. La crisis de legalidad y el papel actual de la ley.....	117

	Pág.
3. Legalidad y legitimidad. Distintas formulaciones del principio de juridicidad.....	119
4. Legalidad y reserva de ley. La llamada preferencia de ley .....	120
II. LA CONCEPCIÓN DE LA LEY .....	121
1. La generalidad como rasgo sustantivo de la ley y la concepción finalista....	121
2. Ley formal y ley material .....	123
3. El ámbito reservado a la ley y al reglamento en el Derecho francés .....	125
4. Constitucionalización de la legalidad. La operatividad constitucional .....	126
5. Ampliación del bloque de legalidad: los nuevos derechos y la legitimación ...	128
A) Los nuevos derechos.....	128
B) Problemática de la legitimación en el proceso administrativo .....	131
C) Tendencias actuales en materia de legitimación .....	133
D) Los elementos que configuran la legitimación procesal activa (ordinaria y anómala o extraordinaria) .....	135
E) Los derechos de incidencia colectiva y el amparo constitucional .....	138
6. La tutela de la legalidad y la acción popular .....	139
7. La degradación del principio de legalidad en el Derecho penal .....	141
8. La globalización: su influencia sobre el principio de legalidad .....	142
III. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO: LAS RESERVAS DE LEY Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA .....	145
1. Los poderes reservados al Legislativo, Ejecutivo y Judicial.....	145
2. La reserva de ley en la Constitución reformada en 1994 .....	147
3. El modelo constitucional norteamericano y el Derecho administrativo argentino.....	149
4. Distintas clases de reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo por imperio constitucional o por habilitación legislativa.....	151
A) Reglamentos de ejecución o ejecutivos .....	152
B) Reglamentos autónomos o independientes .....	154
C) La delegación legislativa antes y después de la reforma constitucional de 1994 .....	157
D) Reglamentos de necesidad y urgencia.....	166

#### CAPÍTULO CUARTO

#### 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.....	173
1. Trascendencia del tema.....	173
A) La paradoja de las reducciones .....	174
B) El lenguaje del Derecho .....	176
2. El proceso de creación, aplicación e integración del derecho, la separación de los poderes y la función esencial de la Administración .....	177
3. La potestad discrecional como categoría histórica.....	181

	Pág.
II. LOS PARADIGMAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. LA REDUCCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD A TRAVÉS DE LA TÉCNICA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS .....	184
III. CONTINUACIÓN. LA LIMITACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD.....	186
1. El objeto de una polémica irreductible.....	186
2. La concepción limitativa del control judicial sobre la discrecionalidad .....	187
3. La plenitud del control judicial de la discrecionalidad administrativa .....	188
IV. <i>QUID</i> DE LA POTESTAD DISCRECIONAL.....	190
1. El núcleo de la potestad discrecional.....	190
2. La discrecionalidad como «supraconcepto» .....	191
3. Tipos de discrecionalidad.....	193
4. La asimilación entre discrecionalidad y oportunidad .....	194
<p><b>CAPÍTULO QUINTO</b>  <b>LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD</b>  <b>Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD</b></p>	
I. EL PODER DISCRECIONAL Y LA ARBITRARIEDAD .....	195
1. Discrecionalidad y arbitrariedad. La irrazonabilidad .....	195
2. La prohibición de arbitrariedad de la Administración en el derecho argentino posee base constitucional.....	197
3. Continuación. El principio constitucional de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad administrativa .....	201
4. La tutela judicial efectiva y la discrecionalidad .....	203
II. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD.....	204
1. La motivación del acto administrativo en las decisiones discrecionales .....	204
2. El alcance del control judicial de la discrecionalidad y la posibilidad de que el juez sustituya la actividad administrativa .....	205
A) El control de la causa del acto administrativo (antecedentes de hecho y de derecho) .....	206
B) El control judicial de las cuestiones técnicas.....	208
C) El control de los aspectos vinculados a la oportunidad o mérito de la decisión administrativa .....	209
D) La posibilidad de sustitución judicial de la decisión administrativa .....	213
III. A MODO DE SÍNTESIS.....	215
BIBLIOGRAFÍA .....	219

## PRÓLOGO

*A mediados del siglo pasado, en España o, más exactamente, en todos los pueblos de lengua española, se produjo tal explosión en su preocupación por sus Ordenamientos jurídico-administrativos, que en muy poco tiempo el Derecho administrativo español, el Derecho administrativo escrito en esta bellísima lengua que nos une, alcanzó un primerísimo lugar en la ciencia jurídica. Aunque al empezar el nuevo siglo todavía queda algún papanatas que cree que sólo existe ciencia cuando se manejan trabajos en otras lenguas, se han abandonado complejos y se ha adquirido conciencia de que nuestro Derecho administrativo está a la cabeza del mundo.*

*En España, el hito decisivo hay que situarlo en la aparición de la Revista de Administración Pública en el seno del Instituto de Estudios Políticos, en 1950. En la década que siguió —que algunos han calificado de la década prodigiosa del Derecho administrativo español— se promulgaron leyes que constituyeron las bases de la instauración del Estado de Derecho, multiplicándose las obras monográficas y generales sobre la nueva normativa.*

*En parte por la influencia de esta vertiginosa reacción española y en parte por el nacimiento de núcleos análogos, el fenómeno se produjo con la misma intensidad en los países hermanos de América. En algunos en que no había existido preocupación por el Derecho administrativo y carecían de leyes sobre instituciones básicas de este Derecho, se empezó a abordar la tarea de su regulación, primero tímidamente y después a velocidad impresionante. Y en aquellos otros con rica tradición administrativista, legislativa y doctrinal, se fueron depurando las instituciones, perfeccionando las técnicas y construyendo con rigor lógico unos sistemas que, precisamente por el nivel científico, constituyen instrumentos preciosos para la labor de los prácticos.*

*Argentina ha sido, sin duda, la nación de más rica y antigua tradición administrativa. Ha contado con excelentes maestros, que han dejado su huella en las leyes nacionales y provinciales que han estructurado las garantías básicas frente a las prerrogativas de las Administraciones públicas. Y en los últimos años ha contado también con una nueva pléyade de administrativistas que han hecho posible que Argentina esté en la primera línea del Derecho administrativo en lengua española.*

*Uno de los hombres a los que debemos esta hazaña, maestro y padre de maestros, es Juan Carlos CASSAGNE, cabeza de una de las escuelas más numerosas y prestigiosas del mundo hispánico.*

\* \* \*

*«Las leyes se dictan por hombres y para los hombres; y hombres son los que han de convertirlas, a ellas y a todas las normas jurídicas, en realidad jurídica eficaz. Las disposiciones legales se han de redactar del modo más preciso, claro y adecuado a su fin. Después hay que hacerlas cumplir. Abandonadas a la libre lucha de los encontrados intereses sociales, pronto perderían su eficacia y serían desnaturalizadas si no venían a ser puestas al servicio de las mismas tendencias que trataban de corregir o perseguir. Es preciso, en la sociedad organizada, que existan unos hombres encargados de la misión de preparar la redacción de las leyes y, sobre todo, de colaborar con el legislador en la tarea de defender a la justicia y a la ley de los ataques continuados que, abierta o fraudulentamente, sufre. Éstos son los juristas, de los que se puede decir: “El que lo es, es custodio de la justicia; el que no es esto, no es nada”».*

*Esto es lo que nos enseñaba Federico DE CASTRO cuando, en nuestros primeros años de Universidad, nos enfrentábamos con el Código Civil<sup>1</sup>. Para, a continuación, señalarnos la triple dirección en que deberían proyectarse nuestras tareas: la legislativa, colaborando con el legislador; la aplicación del Derecho y la elaboración científica, proporcionando el conocimiento y fundamentación necesarios para la práctica.*

*Juan Carlos CASSAGNE, desde que culminó sus estudios universitarios, ha cumplido ejemplarmente estas tareas. Ha sido, sigue siendo y confiamos que Dios haga posible siga siéndolo muchos años, un fiel custodio del Derecho, un auténtico jurista.*

*Ha colaborado ininterrumpidamente con el legislador, interviniendo en la elaboración de las más importantes leyes que integran el Ordenamiento jurídico-administrativo argentino, que, a su vez, han tenido una influencia decisiva en los de otros países hermanos. De su buen hacer ha quedado su huella en buena parte de las leyes de procedimiento administrativo y códigos contencioso-administrativos promulgados los últimos años. Lamentablemente, no ha llegado a obtener la sanción legislativa ninguno de los proyectos de código contencioso-administrativo nacional en cuya elaboración tuvo intervención decisiva.*

*Ha ejercido, día a día, la profesión de abogado, cumpliendo con el máximo rigor las normas deontológicas en sus relaciones con los jueces, defendidos y compañeros.*

*Y, por último, es impresionante su producción científica. Se han multiplicado los artículos de revista, comentarios de sentencias, recensiones de libros y monografías que han visto la luz en Argentina y fuera de Argentina. Tuve el honor de compartir con él la autoría de un trabajo sobre La Justicia administrativa en Iberoamérica (Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005), en el que tratamos*

---

<sup>1</sup> Así el *Derecho civil de España*, edición que hace Civitas en 1984, t. I, p. 485.

*de destacar el significado que en la implantación de la Justicia administrativa han tenido nuestros países.*

*Su obra Derecho Administrativo, que en 2006 alcanzó su octava edición, puede considerarse ya clásica en nuestra bibliografía jurídica. Surgió en el ámbito universitario, como un manual que sirviera para formar a los que iban a hacer del Derecho su profesión. Pero, muy pronto, superó estos límites para constituir un instrumento de trabajo valiosísimo para profesionales ya formados, que han de aplicar a diario la compleja normativa jurídico-administrativa. Y es que, como nos enseñó mi maestro Jaime GUASP, «si la ciencia del Derecho presupone una técnica en la construcción del sistema, la construcción del sistema se hace en función de una técnica. La ciencia jurídica es una ciencia erigida sobre la vida práctica y sus resultados deben servir a la realización práctica del Derecho. De aquí la íntima conexión entre la teoría y la práctica. El hombre de Derecho estará en condiciones infinitamente superiores para cumplir sus funciones de realización práctica de un Ordenamiento jurídico si parte de un sistema, que si se enfrenta directamente con el complejo de disposiciones que lo integran. Porque los conceptos que ordenados constituyen el sistema son instrumentos de trabajo que sirven para algo más que para la simple exposición de datos, puesto que comprenden la interpretación, no sólo de los datos ya conocidos, sino de los análogos que el futuro traerá».*

*Por ello, por haber sido fiel a este método, el Derecho Administrativo de Juan Carlos CASSAGNE es ya, como antes adelanté, una de las obras clásicas de nuestra disciplina. Una de esas obras de las que no podremos prescindir ninguno de los que, cualquiera que sea el Ordenamiento jurídico positivo que manejamos, dediquemos nuestra vida al Derecho administrativo en los planos a que antes me referí.*

*Si valiosa es esta obra general, no menos lo son otros muchos de los trabajos que CASSAGNE ha dedicado a diversos temas de Derecho administrativo. De aquí la utilidad de obras como la que ahora prologo, en la que se recopilan trabajos afines, que se actualizan, a los que se añaden otros con ellos conexos. Ya hace cinco años nos ofreció uno de estos utilísimos libros: el que, con el título Fragmentos de Derecho Administrativo. Entre la justicia, la economía y la política, publicó la editorial Hammurabi de José Luis Depalma.*

\* \* \*

*En la misma línea de Fragmentos de Derecho Administrativo, hoy nos obsequia con otra joya de la bibliografía jurídico-administrativa. En El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa se incluyen un conjunto de estudios que, aun cuando pueden ser objeto de una separación conceptual, tienen en común el hecho de que, todos ellos, giran alrededor del gran tema del principio de legalidad en el Estado de Derecho.*

*Los primeros dos capítulos deben considerarse como introducción a dicho tema central del principio de legalidad y el consecuente control judicial de la discrecionalidad administrativa.*

*En el primero, Juan Carlos CASSAGNE se ocupa de desentrañar el concepto y las funciones que cumplen los principios generales en el Ordenamiento, particularmente en el plano de la interpretación jurídica. Con una visión realista moderna se adhiere a un ius naturalismo actualizado, que le permite desarrollar una concepción basada en la superioridad de los principios generales sobre el Derecho positivo, en tanto ellos encuentran sus raíces en el fundamento último del Derecho, que es la persona humana y su dignidad.*

*En ese marco, critica el positivismo legalista para el que el obrar administrativo no precisa ser justo para ser legítimo, siempre que encuadre en una norma. Para CASSAGNE, por fiel que sea la aplicación de la norma positiva, el apartamiento de los principios universales del Derecho implica siempre el divorcio de la causa y fundamento del orden jurídico.*

*Es de destacar el papel que se atribuye a la tónica como técnica de aplicación e interpretación de los principios para arribar a soluciones justas que permitan integrar y armonizar los principios generales a las circunstancias del caso concreto. En esa línea, acude al método de la argumentación razonada, que corresponde aplicar en cada supuesto en función de la dimensión de peso del respectivo principio.*

*Tras destacar el dinamismo potencial que caracteriza a los principios generales, se ocupa de distinguir los principios de los derechos, en particular de los derechos fundamentales, cuya colisión se presenta, en algunas ocasiones, como inevitable. Al respecto, sostiene que la prevalencia de un derecho sobre otro (al igual que de un principio) no puede determinarse «a priori», inclinándose por una interpretación que tenga en cuenta el contenido axiológico junto a las circunstancias económicas y sociales del caso, así como a los derechos individuales y colectivos en juego. En este aspecto, considera que para resolver dicha tensión hay que acudir a los principios de razonabilidad y de interdicción de arbitrariedad como límites de la interpretación e integración constitucional.*

*En el segundo capítulo del libro se abordan los diferentes aspectos que exhibe el sistema judicialista en la configuración de sus principios cardinales, demostrando la vinculación histórica que hay entre un sistema judicialista puro como el argentino y las raíces hispánicas de su arquitectura constitucional que, aunque haya seguido parcialmente el modelo norteamericano, no ha dejado de ser fiel a sus raíces, como ha ocurrido en la mayor parte de los países de Hispanoamérica. Puede decirse que, de algún modo, este capítulo contiene un exhaustivo estudio de los principios que informan el sistema judicialista en la Constitución argentina, orientados a la problemática final que plantea el libro, relativa al control judicial de la discrecionalidad de la Administración.*

*El ítem lógico del análisis parte, como no podría ser de otro modo, del principio de legalidad en el que describe el proceso de fragmentación de la ley y el papel actual que ella asume como fuente de producción positiva del ordenamiento de cara al derrumbe de los postulados ideológicos de la revolución francesa, anclados en el concepto de ley formal, concebida como producto de la voluntad general. Con todo, si*

*bien la ley ha dejado de ser el centro del ordenamiento, continúa manteniendo, por debajo de la Constitución, los Tratados Internacionales y los Principios Generales del Derecho, su superioridad sobre las restantes fuentes del Derecho.*

*Sostiene, en lo sustancial, que el principio de legalidad no se circunscribe a la ley positiva, sino que se entronca al propio tiempo con la justicia o, como prefiere el autor, con los principios generales del Derecho, interpretación ésta que encuentra apoyo en la concepción de MONTESQUIEU, fuente indirecta del art.19 de la Constitución argentina.*

*Precisamente, en dicha prescripción constitucional, que, en su parte pertinente, prescribe que «ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe» (en el que se funda el principio de legalidad en el sentido antes indicado), encuentra el fundamento primero del principio de interdicción de arbitrariedad en el Derecho argentino, ya que el referido precepto contiene un mandato implícito, puesto que si nadie está obligado a obedecer lo que la ley no manda «es porque los funcionarios de la Administración, en su caso, tienen prohibido dictar órdenes o emitir actos administrativos contrarios a las leyes positivas, a la razón o a la justicia».*

*El segundo fundamento de la prohibición de arbitrariedad es, a su juicio, el principio de razonabilidad que consagra la Constitución argentina (art. 28), el cual aparece directamente conectado con la razón suficiente que debe contener toda conducta estatal (en sus aspectos de existencia, esencia y verdad).*

*A su vez, la configuración de los principios antes enunciados (interdicción de arbitrariedad y razonabilidad), en conexión con la división de poderes y la tutela judicial efectiva, conducen al autor a la conclusión de que, en el Derecho argentino, no existen actos discrecionales que se hallen exentos del control judicial.*

*En definitiva, con esta obra rica en contenidos jurídicos sustanciales, escrita sobre la base de aportaciones provenientes de la Historia del Derecho (entre los que destacan las concernientes a las raíces hispánicas de muchos principios e instituciones), el autor ha logrado la integración de concepciones de la Filosofía del Derecho con la técnica jurídica para darnos una visión sistemática y realista sobre el principio de legalidad en el actual Estado de Derecho y el consecuente control judicial de la discrecionalidad administrativa, poniendo el acento, sobre todo, en la defensa de las libertades que hacen a la dignidad de la persona.*

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ  
Madrid, 6 de enero de 2009

## AGRADECIMIENTOS

El autor desea dejar testimonio de su agradecimiento por la colaboración que le prestaron, en lo que concierne al material bibliográfico utilizado, los Dres. Oscar R. Aguilar Valdez, Víctor Sodero Nievas, Pablo Esteban Perrino, Alberto Biglieri, Estela Sacristán, Juan Pablo Martini y su siempre eficaz colaboradora María Eugenia Zacagnino, al igual que las sugerencias que algunos de ellos le hicieron en el proceso de revisión de la obra. Muchas gracias también a María Fernanda Enríquez, quien ayudó, a la última de las nombradas, a convertir originales ilegibles en letra impresa.

Es de ritual agradecer a quien hizo el Prólogo que luce al comienzo de un libro. En este caso, las palabras sobran, pero es del caso decir que el autor cree que sólo la noble amistad que le profesa Jesús González Pérez es la que motiva los inmerecidos elogios que formula hacia su persona, así como al contenido de este trabajo, el cual no tiene más pretensión que la de ser leído por los juristas de habla española y juzgado con benevolencia.

Juan CARLOS CASSAGNE  
Buenos Aires, 18 de enero de 2009

# CAPÍTULO PRIMERO

## LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

**SUMARIO:** SECCIÓN PRIMERA. INTRODUCCIÓN.—I. SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES.—II. SU TRASCENDENCIA.—1. Consideraciones generales.—2. Peculiaridades de los principios generales en el Derecho administrativo.—III. LA INSERCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO NATURAL EN EL ORDENAMIENTO Y EL PAPEL DE LA TÓPICA.—IV. PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. JERARQUÍA Y LÍMITES.—V. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS INSTITUCIONALES O SECTORIALES.—SECCIÓN SEGUNDA. SU PAPEL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.—I. LIMINAR.—II. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO GARANTÍA JURÍDICA.—III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO LÍMITES AL EJERCICIO DEL PODER REGLAMENTARIO Y A LA POTESTAD DE EMITIR ACTOS ADMINISTRATIVOS.—1. Los reglamentos deben ajustarse a los principios generales del Derecho.—2. El principio general de la inderogabilidad singular de los reglamentos.—LA INSERCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.—V. EL DEBER DE RESOLVER TAMBIÉN SE EXTIENDE A LA ADMINISTRACIÓN.—VI. EL ARTÍCULO 16 DEL CÓDIGO CIVIL.—VII. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SON A LA VEZ FUENTES FORMALES Y MATERIALES. GRADO DE PRELACIÓN DE LOS PRINCIPIOS.—SECCIÓN TERCERA. LOS PRINCIPIOS EN EL CAMPO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.—I. DISTINTAS CLASES DE INTERPRETACIÓN: EL PAPEL QUE CUMPLE LA ANALOGÍA.—II. LA ANALOGÍA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.—III. EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN A LA LEY Y AL DERECHO.—IV. LAS FACULTADES DISCRETIONALES Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.—V. DIVERSIDAD DE ORÍGENES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

### *SECCIÓN PRIMERA. INTRODUCCIÓN*

#### **I. SOBRE LOS PRINCIPIOS GENERALES**

El tema de los principios generales, máxime cuando se proyectan al Derecho administrativo o se gestan en el ámbito de esta disciplina, no puede prescindir del fundamento último del Derecho que preside las relaciones que se enhebran entre los ciudadanos y el Estado. Ese fundamento último no es otro que la dignidad humana, a partir del cual se llega «a unos principios inmutables, superiores a todo ordenamiento positivo»<sup>1</sup>. En su problemática cobran trascendencia las distintas

---

<sup>1</sup> Cfr. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona humana*, Civitas, Madrid, 1986, p. 20; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Principios generales del derecho administrativo constitucionalizados en el

fuentes positivas de producción del sistema normativo, así como la justicia material, cuando se procede a integrar los principios generales en la solución del caso mediante un proceso de heterointegración<sup>2</sup> (en el supuesto de carencia histórica de normas).

Para captar inicialmente el sentido de lo que constituye un principio general puede acudirse, en una suerte de analogía, al pensamiento de ORTEGA, quien sostiene que existe una conexión entre ideas y creencias que se asemeja a la que hay entre conocimientos y certidumbres. Quien cree posee certidumbre —agrega— precisamente porque él no se la ha forjado. Le viene de afuera<sup>3</sup>. Las ideas, en cambio, las adquiere el hombre en contacto consigo mismo y con el mundo, es decir, con la realidad<sup>4</sup>.

En esta visión orteguiana, salvando las distancias y terminologías, hay mucho del pensamiento griego de SÓCRATES y de PLATÓN, en el sentido de que las ideas son algo que el hombre descubre dentro de sí mismo. Como es sabido, mientras SÓCRATES se basaba en la persona (el objetivo del filósofo debía ser descubrir la verdad dentro de sí mismo), PLATÓN retoma su pensamiento proyectándolo al saber. En esa proyección al saber se perfecciona la dialéctica (el método de la argumentación y discusión para arribar a la verdad o a la solución justa)<sup>5</sup>.

Como es sabido, el idealismo platónico consiste en una construcción que se realiza mediante una operación doble. Por una parte, afirma que las ideas (mundo inteligible) existen independientemente de las cosas. Pero las cosas (el mundo sensible) sólo existen en cuanto participan de las ideas, de ahí que el idealismo sostenga que la cosa no pueda existir sin la idea (la idea constituye el modelo ejemplar de las cosas).

El pensamiento de PLATÓN constituye, en cierto modo, un antecedente útil para la caracterización de los principios generales en cuanto afirma que el conocimiento de las ideas es un conocimiento *a priori* (independiente de la experiencia, lo que no implica que se arribe a él al margen de la experiencia). Se trata de un conocimiento universal y necesariamente válido que siempre tendrá que ser así<sup>6</sup>; algo similar a la certidumbre o creencia en ORTEGA.

---

derecho español», *Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Valladolid y Salamanca, Junta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña, 2008, pp. 388-389, vincula la dignidad de las personas con los principios del Estado Social y Democrático de Derecho.

<sup>2</sup> N. P. SAGÜÉS, *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 45.

<sup>3</sup> J. ORTEGA Y GASSET, *Obras completas*, t. V, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 407.

<sup>4</sup> J. ORTEGA Y GASSET, J., *Obras completas*, cit., t. V, p. 384.

<sup>5</sup> Es la concepción clásica de la dialéctica. Las ideas modernas sobre la dialéctica fueron particularmente desarrolladas por HEGEL (tesis y antítesis en un movimiento activista) y SCHOPENHAUER (el arte de tener razón). Como es notorio, estas concepciones de la dialéctica excluyen la verdad y los valores.

<sup>6</sup> Cfr. C. P. BLAQUIER, *Apuntes para una introducción a la filosofía*, Lons, Buenos Aires, 2003, pp. 33-34, afirma que frente a esos conocimientos *a priori* estamos «...ante una verdad de derecho que siempre y necesariamente es así» (*op. cit.*, p. 34).

Los principios generales guardan estrecha relación con la justicia o con el Derecho natural, en el que encuentran su fundamento<sup>7</sup>, siendo conocimientos que se asemejan a creencias indiscutibles, forjadas desde afuera de la persona, en las que todo el mundo cree. Los principios son universales<sup>8</sup>, existen por sí mismos<sup>9</sup>. Puede decirse que son tan obvios que nadie los puede negar o refutar (*v. gr.* la defensa de la vida, la dignidad de la persona, el afianzamiento de la justicia, la libertad interior y exterior, la buena fe, etc.).

Sin embargo, no obstante el auge que tuvieron las corrientes iusnaturalistas durante el siglo pasado, incluso las más complejas y abarcativas como el trialismo<sup>10</sup> (una especie de iusnaturalismo actualizado), ellas se encuentran en un escenario doctrinario caracterizado por una notable diversidad en el que desfilan desde concepciones positivistas hasta metapositivistas y eclécticas<sup>11</sup>, o bien, transpositivistas<sup>12</sup>.

Con todo, las clasificaciones apuntadas no deben llevarnos a confundir las cosas porque muchos de los principios generales provenientes del iusnaturalismo clásico o aun del que posee naturaleza racionalista, han pasado al Derecho positivo a través de su incorporación a la Constitución y a la ley (formal y material) o mediante su recepción generalizada por vía de la jurisprudencia. Esto no implica que se diluya la jerarquía que poseen los principios generales del Derecho como fuente del ordenamiento, se encuentren o no positivizados ni dejar de reconocer que «la peculiaridad del ámbito jurídico-administrativo ha sido causa de modalización de algunos o incluso de la aparición de otros al amparo de los preceptos constitucionales»<sup>13</sup>.

Llevados al plano de los poderes, los principios constituyen el fundamento de los derechos o garantías que facultan al Estado y a los particulares a invocarlos en

<sup>7</sup> Vid. J. SARMIENTO GARCÍA, *Los principios en el Derecho Administrativo*, Diké, Mendoza, 2000, pp. 41 y ss.

<sup>8</sup> El realismo moderado, de raíz aristotélico-tomista, aunque postula la independencia de las cosas de las ideas (unificando el mundo sensible con el inteligible), acepta, a diferencia del nominalismo, la categoría de los universales. En la actualidad, algunos juristas suelen ser nominalistas inconscientes, como los neo-positivistas; ampliar en J. FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Ariel Filosofía, Barcelona, 1994, t. III, pp. 2575 y ss., y t. IV, pp. 3603 y ss.

<sup>9</sup> M. S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, afirma que «si el Consejo de Estado francés invoca y aplica “los principios generales del derecho” es porque éstos existen» (*op. cit.*, p. 282).

<sup>10</sup> J. SARMIENTO GARCÍA, *Los principios en el Derecho Administrativo*, *cit.*, pp. 25-26.

<sup>11</sup> R. L. VIGO, Rodolfo (h.), *Los principios generales del derecho*, JA 1986-III, 860, señala que en el escenario doctrinario hay cinco corrientes: la positivista, que sostiene que no hay principios fuera del Derecho positivo; la historicista, que encuentra el fundamento de los principios generales en un Derecho pretérito; la científica, que sólo tiene en cuenta su elaboración por la ciencia jurídica; la metapositivista, que fundamenta el contenido de los principios fuera del derecho positivo y, por último, la ecléctica, que atmoniza las distintas posturas.

<sup>12</sup> P. J. J. COVIELLO, «Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino», REDA, núm. 62, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 1088 y ss.

<sup>13</sup> J. L. MEILÁN GIL, «Los principios generales del Derecho desde la perspectiva del Derecho público en España», *Actas del VII Foro Iberoamericano...*, *cit.*, p. 414.

los procesos judiciales y obtener así la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas.

## II. SU TRASCENDENCIA

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

En el Derecho administrativo confluyen, con mayor o menor intensidad, los elementos normativos del sistema jurídico, los valores que dan contenido justo a la aplicación e interpretación del Derecho junto a los datos de la experiencia que refleja la realidad social a través del comportamiento de las normas, tanto en la jurisprudencia como en la práctica o costumbre. De ahí la trascendencia que revisten los principios generales en cuanto ellos reafirman sus funciones aplicativas e integrativas para hallar la solución justa en un caso determinado mediante la técnica llamada tópica (originaria del Derecho romano y revalorizada por la ciencia jurídica alemana y española del siglo pasado).

Con anterioridad<sup>14</sup>, nos propusimos captarlo en su real dimensión y trascendencia. Su temática requiere recorrer un camino que parte de las cuestiones básicas que se plantean en el campo de la filosofía del Derecho y de la técnica jurídica.

De ese trabajo han transcurrido casi veinte años y resulta interesante comparar la evolución que han tenido algunos de los principios generales del Derecho allí enunciados junto a la aparición de otros nuevos, producto de la reforma constitucional de 1994.

El progreso de la ciencia jurídica del Derecho público, particularmente del Derecho administrativo a partir de la mitad del siglo XX, ha sido tan espectacular como incesante. Es cierto que ha habido quizá demasiada producción y que no toda, como es lógico, ha contribuido al crecimiento armónico de la disciplina.

Pero, si se separa la paja del trigo, no se puede ignorar que, en la mayor parte de las obras de valía intelectual, hay una recurrencia, a veces larvada, a los principios generales del Derecho que constituyen el fundamento o causa del ordenamiento jurídico-administrativo, incluidos de los principios que están en la base de las instituciones administrativas.

Ese renacimiento de los principios implica reconocer que ha habido, en forma conciente o inconsciente, una huida masiva del positivismo<sup>15</sup> y de las técnicas puramente deductivas de interpretación de las normas, y por más que algu-

---

<sup>14</sup> En *Principios generales del Derecho en el Derecho administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

<sup>15</sup> Una fuerte y lúcida reacción contra el positivismo legalista en Uruguay puede verse en D. H. MARTINS, *Introducción al Derecho Administrativo*, FCU, Montevideo, 1982, pp. 15 y ss.

nos sigan postulando una concepción estrictamente positivista del Derecho, lo cierto es que los principios de la justicia, o si se quiere del Derecho natural, han socavado los cimientos de la pirámide kelseniana, ya que ellos existen, se desarrollan y se aplican con independencia de las normas positivas<sup>16</sup>. Más aún, muchas veces los principios generales representan un freno que cumple la función de garantizar los derechos de los particulares frente a los abusos en que suelen incurrir las leyes o reglamentos administrativos.

En cierto modo, el Derecho administrativo puede describirse partiendo de una cadena formada por principios generales que se encuentran en la base del sistema jurídico, inspiran sus normas e informan su contenido, permitiendo concretar, en caso de lagunas, la obra legislativa<sup>17</sup>. Pero no existe, en realidad, un dualismo entre Derecho natural y Derecho positivo, sino más bien que el primero sufre un proceso de conversión jurídica por su incorporación a fórmulas técnicas que se configuran tópicamente en función de los problemas. Precisamente esta conversión de los preceptos absolutos del Derecho natural en criterios técnicos y tecnicizables es lo que se expresa en el concepto de «*principios generales del Derecho*»<sup>18</sup>.

La característica de principalidad que poseen los principios en el mundo del Derecho plantea una serie de problemas que van desde su articulación con el Derecho positivo, la dimensión de peso o importancia que cabe asignarles a cada uno de ellos en su aplicación recíproca hasta el desarrollo de nuevos principios, como producto de las exigencias de una justicia que funciona en el marco de una cambiante realidad social.

Ese dinamismo potencial, que es propio de los principios generales del Derecho, corre parejo con las peculiaridades del Derecho administrativo como Derecho en formación, que siempre se encuentra de cara a un proceso de adaptación a la realidad sobre la que elabora sus soluciones frecuentemente asistemáticas<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Vid. G. SILVA TAMAYO, *Desviación de poder y abuso de derecho*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 29.

<sup>17</sup> J. I. ALTAMIRA GIGENA, *Los principios generales del Derecho como fuente del Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 29.

<sup>18</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 63, agrega que: «La sustantividad de éstos, paralela a la propia sustantividad de la técnica jurídica, se manifiesta por de pronto en un hecho elemental, y es que no todos ellos son concreción de ese Derecho natural o superior, sino que éste sólo informa una parte de ellos, siendo los otros expresión del orden político concreto, y otros, en fin, y no de los menos importantes, de carácter institucional o estrictamente técnico, aunque éstos vienen a encerrar frecuentemente, todos los anteriores...» (*op. cit.*, pp. 63-64). Entre nosotros, se ha sostenido también que el Derecho natural y el Derecho positivo no constituyen ordenamientos separados y que los principios generales del Derecho se desprenden de la ley natural, de la cual se extraen por medio de la acción práctica: *cfr.*, R. ROQUEL, *Introducción a la teoría general del Derecho administrativo*, Dunken, Buenos Aires, 2004, p. 88.

<sup>19</sup> Como lo ha puesto de relieve A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, FDA, Buenos Aires, 1995, pp. V-10.