

JUAN CARLOS CASSAGNE

LOS GRANDES PRINCIPIOS DEL DERECHO PÚBLICO



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2018

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación	IX
Prólogo	XI

CAPÍTULO I

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO Y LAS BASES DEL ORDEN JURÍDICO

1. Un nuevo escenario en el derecho público.....	1
2. Positivismo y neoconstitucionalismo.....	2
3. La constitucionalización del ordenamiento y los nuevos problemas que se plantean	6
A) La teoría de la armonización de los derechos para resolver los conflictos	7
B) Trascendencia de la ciencia política, de la filosofía del derecho y de su teoría general.....	8
4. Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado: la “summa divisio” como categoría histórica.....	9
5. Notas y características principales del nuevo constitucionalismo	12
6. La irrupción y auge de las tendencias iusnaturalistas: diversos sentidos del concepto de derecho.....	16
7. Ley natural y ley positiva: la fuente de la ley natural y el error de base del positivismo	21
8. La justicia: diferentes clases.....	25
9. La distinción entre moral y derecho.....	28
10. La estructura del ordenamiento.....	29
11. Las normas	30
12. Los principios generales: su diferencia con las normas y los valores. Las directivas políticas.....	31
13. El carácter preceptivo o vinculante de los principios. La distinción entre derecho y principio	34
14. El carácter absoluto o relativo de los derechos	36
15. Características atribuidas al orden jurídico.....	36
16. Los paradigmas en el derecho público.....	38
17. La dignidad de la persona como fuente central de todos los principios y derechos	42
18. Los nuevos paradigmas del derecho público	45
19. El principio “pro homine” y su función ordenadora. La interpretación más favorable (“in dubio pro libertate”).....	45

	PÁG.
20. El principio general de la buena fe.....	48
21. El principio de la confianza legítima.....	48
22. El principio de la moral pública.....	50
23. La necesidad de armonizar los nuevos paradigmas	51

CAPÍTULO II

LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Proyección de los principios generales	55
2. Trascendencia de los principios generales	57
A) Características y principalidad de los principios generales.....	57
B) Sus peculiaridades en el derecho administrativo.....	60
C) La inserción de los principios del derecho natural en el ordenamiento y el papel de la tópica.....	64
3. La concepción “finnisiana” sobre los principios generales del derecho	66
4. Jerarquía y diversidad de los principios generales.....	68
A) La constitucionalización de los principios y la problemática que plantea	68
B) Principios fundamentales y principios institucionales o sectoriales	72
C) Los principios generales son fuentes formales y materiales: su grado de prelación	79
5. El papel de los principios en el ordenamiento	80
A) Distintas funciones que cumplen los principios generales.....	80
B) Los principios generales como garantías jurídicas.....	82
C) Los principios generales como límites al ejercicio del poder reglamentario	83
D) La extensión del deber de resolver se extiende a la Administración.....	84
6. Los principios generales en el campo de la interpretación jurídica	86
A) Diferentes clases de interpretación.....	86
B) La analogía y los principios generales del derecho.....	87
C) El sometimiento de la Administración a la ley y al derecho	89
D) Las facultades discrecionales de la Administración y los principios generales del derecho.....	91

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.....	93
2. La separación de poderes y el Estado de derecho. La evolución del Estado de derecho. El Estado subsidiario. Populismo y Estado	97
3. La finalidad básica de la teoría de la separación de los poderes	103
4. Las confusiones terminológicas: los conceptos de poder, órgano y función	106
5. Sobre la función administrativa	108
A) Concepciones subjetivas u orgánicas	109

	PÁG.
B) El criterio objetivo o material.....	110
C) Otras teorías.....	111
6. Continuación: las funciones normativa o legislativa y jurisdiccional de la Administración pública.....	113
A) La actividad reglamentaria es de sustancia normativa o legislativa.....	113
B) Las funciones jurisdiccionales de la Administración.....	113
7. Continuidad de la jurisprudencia sentada por la Corte a partir del caso “Fernández Arias”.....	120
8. Resumen sobre la interpretación de la doctrina de la separación de los poderes en la Constitución argentina.....	124
9. La independencia del poder judicial: antecedentes hispánicos de las prescripciones constitucionales.....	125
A) La prohibición de ejercer funciones judiciales por parte del Rey y las Cortes.....	127
B) La inamovilidad de los jueces.....	128
C) La creación del Tribunal Supremo.....	129
10. La independencia del poder judicial como principio y garantía del régimen democrático y republicano.....	130
11. Sentido actual de la separación de los poderes.....	132
12. El principio de independencia de las autoridades regulatorias.....	136
13. Constitucionalidad de la creación de las autoridades regulatorias independientes.....	138

CAPÍTULO IV

LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE RAZONABILIDAD. LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD

1. El principio de legalidad.....	143
A) Precisiones conceptuales.....	143
B) Legalidad y legitimidad. Distintas formulaciones del principio de legalidad.....	145
C) Legalidad y reserva de legalidad. La llamada preferencia de ley.....	146
2. Discrecionalidad y arbitrariedad.....	147
3. La interdicción de arbitrariedad en el derecho argentino.....	149
4. El principio de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad.....	154
A) Aspectos de la razonabilidad.....	155
B) Razonabilidad e igualdad. La razonabilidad ponderativa.....	156
C) Debido proceso sustantivo y debido proceso adjetivo en el derecho norteamericano. La “equal protection”.....	157
D) El principio de proporcionalidad. Subprincipios que integran el principio de proporcionalidad en las doctrinas alemana y española.....	160
5. Hacia una respuesta iusnaturalista centrada en el bien humano: la directiva de interpretación preponderante que debería regir la hermenéutica del artículo 28 de la Constitución.....	164

	PÁG.
6. La interdicción de arbitrariedad. La inconstitucionalidad de oficio.....	167
A) El artículo 43 de la Constitución Nacional prescribe un mandato implícito.....	167
B) La inconstitucionalidad de oficio	168
C) La declaración judicial oficiosa de la inconstitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia de la Corte.....	169

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. La generalización del principio constitucional de igualdad y la necesidad de una teoría integral.....	171
2. La igualdad: un tema clásico en la era de las nivelaciones	172
3. Justicia e igualdad	173
4. Sobre las especies de igualdad y la noción positivista. Los criterios de la igualdad distributiva.....	177
5. La igualdad ante la ley y la razonabilidad.....	179
6. La llamada paradoja de la igualdad.....	181
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 Const. Nal.). La discriminación racial.....	184
8. El derecho de igualdad de los extranjeros para gozar de los derechos civiles. Las discriminaciones en materia de ciudadanía	185
9. Liminar sobre el control de razonabilidad en la jurisprudencia	187
10. Carácter formal y material del principio de igualdad.....	189
11. El principio de igualdad y las llamadas “categorías sospechosas” del derecho norteamericano	190
12. Dos casos emblemáticos sobre discriminación que afectaron a nacionales y extranjeros	191
A) El caso “Hofft, Pedro c/Provincia de Buenos Aires” (2004).....	191
B) El caso “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires” (2006).....	192
13. La discriminación por edad.....	194
14. La prohibición constitucional de discriminar contra la mujer. El llamado matrimonio igualitario.....	195
15. Las discriminaciones que afectan el derecho a la vida: el aborto	199
A) Caso “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”	201
B) Caso “Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y Acción Social”	202
C) Caso “Sánchez, Elvira Berta c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”	202
16. Continuación: dictamen de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas	204

CAPÍTULO VI

EL PRINCIPIO DE LIBERTAD

	PÁG
1. Sobre el concepto de libertad y las raíces de la concepción constitucional argentina.....	211
2. La doble faz de la libertad: derecho y principio. Las garantías de la libertad	213
3. Naturaleza política o civil de las libertades. Derechos sociales y nuevos derechos	214
4. Las declaraciones de derechos que consagran libertades: su caracterización	216
5. Continuación: límites constitucionales al ejercicio del poder reglamentario	217
6. Las libertades y el principio de subsidiariedad	219
7. Las libertades no patrimoniales: la libertad de expresión. Alcance y fundamento.....	222
A) La prohibición de censura previa	224
B) El principio protectorio innominado de la libertad de expresión y las responsabilidades ulteriores.....	225
C) La interdicción constitucional de imponer, por el Congreso, restricciones a la libertad de expresión y la prohibición de establecer la jurisdicción federal en esa materia	229
D) El derecho de rectificación o respuesta	232
E) Los medios indirectos restrictivos de la libertad de expresión: la distribución de la publicidad oficial	234
8. La libertad religiosa.....	236
A) El caso de la Virgen en tribunales	238
B) Los crucifijos en las escuelas públicas	240
9. Las libertades económicas.....	242
A) Subsistencia de la libertad económica en el nuevo constitucionalismo ...	244
B) Libertad de contratar y control de precios.....	244
C) Principales cuestiones que suscita la ley 26.991	247
10. Inaplicabilidad de la jurisprudencia de la Corte en materia de control de precios	249
11. Libertad económica y propiedad. El estado de emergencia	250
A) Estado de derecho y estado de necesidad.....	253
B) Los límites constitucionales de la emergencia. Los decretos de necesidad y urgencia	255
12. Emergencia y derechos adquiridos.....	259
13. La libertad de asociación.....	260
14. El derecho de enseñar y aprender (el derecho a la educación)	264
15. Otros derechos y libertades. Los derechos de petición y de libre circulación	266
A) El derecho de elevar peticiones a las autoridades	266
B) La libertad de tránsito o derecho a la libre circulación	268

CAPÍTULO VII

LOS NUEVOS DERECHOS Y GARANTÍAS

1. La incorporación de nuevos derechos a la Constitución.....	271
---------------------------------------------------------------	-----

	PÁG.
2. La protección ambiental y el derecho a un ambiente sano.....	275
A) Las nuevas cláusulas constitucionales.....	277
B) El núcleo del derecho ambiental	279
C) El deber legal de preservación del ambiente. Prohibiciones	279
D) El daño ambiental y la obligación de recomponer	280
E) El amparo ambiental.....	282
F) Competencia en materia ambiental	284
3. El principio protectorio de la competencia	285
4. Los derechos de consumidores y usuarios	287
A) La falsa oposición entre el interés público y el interés particular o privado	289
B) La regla de la interpretación restrictiva de los privilegios y su extensión a las concesiones y licencias	290
5. La participación pública en el control de los servicios públicos.....	292
A) Tipologías de la participación pública en los entes reguladores	296
6. El derecho de reunión.....	300
7. El derecho a la salud	301
8. Problemática de la legitimación en los procesos administrativos.....	303
A) Tendencias actuales en materia de legitimación	305
B) Los elementos que configuran la legitimación procesal activa (ordinaria y anómala o extraordinaria).....	308
9. Los derechos de incidencia colectiva y el amparo constitucional.....	310
10. La tutela de la legalidad y la acción popular.....	311
11. La globalización: su influencia sobre el principio de legalidad	313

CAPÍTULO VIII

LOS PRINCIPIOS INSTITUCIONALES Y SECTORIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Liminar	317
2. Dificultades de una sistematización de los principios generales.....	318
3. El principio de la competencia.....	319
4. El principio de la delegación administrativa.....	324
A) Delegación inter-orgánica	325
B) Delegación entre entes públicos.....	326
C) Las figuras de la suplencia y sustitución	326
D) La intervención.....	327
E) La delegación de firma y la sub-delegación	327
F) La avocación	328
5. La delegación legislativa.....	330
A) Fuentes y objetivos del precepto constitucional (art. 76).....	334
B) Límites materiales y formales	340
C) Vinculación negativa derivada de las reservas legales para el ejercicio de la delegación legislativa	343
D) El caso “Camaronera Patagónica”.....	347
E) Reflexiones conclusivas sobre la delegación legislativa.....	348

	PÁG.
6. El principio de jerarquía.....	350
7. La inderogabilidad singular del reglamento.....	353
8. El principio de ejecutoriedad de los actos administrativos	354
A) La ejecutoriedad en el derecho comparado.....	356
B) La ejecutoriedad y el uso de la coacción.....	359
9. Sobre los principios en juego en la contratación administrativa.....	360
A) El principio de concurrencia y de competencia	362
B) Principio de proporcionalidad y de razonabilidad.....	364
C) Principio de eficiencia.....	365
D) Principio de publicidad y difusión. Transparencia.....	366
E) Principio de responsabilidad	367
F) Igualdad de tratamiento para interesados y oferentes	367
10. El principio de continuidad de los servicios públicos.....	368
11. La autotutela del dominio público.....	371
12. El principio de la responsabilidad del Estado: su fundamento filosófico y constitucional.....	373
A) El principio de igualdad ante las cargas públicas como eje del fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado.....	374
B) El factor de atribución: la falta de servicio en la jurisprudencia de la Corte y en la nueva ley 26.944.....	374
C) Un análisis retrospectivo: la concepción de Aubry et Rau.....	378
D) Crítica de la ley 26.944	380
E) El alcance de la indemnización: el principio general de la justa indemnización	381
F) Sobre la regulación de la responsabilidad del Estado por el Código Civil y Comercial o por leyes administrativas (nacionales y locales).....	387
13. La confianza legítima. Remisión.....	390
14. El principio de buena administración.....	390
15. Los principios generales del procedimiento administrativo.....	394
A) El principio de verdad material	395
B) El principio de oficialidad	395
C) El informalismo en el procedimiento administrativo.....	396
D) El principio de eficacia.....	398
E) La gratuidad del procedimiento.....	400
F) El debido proceso adjetivo.....	401

CAPÍTULO IX

EL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. Introducción	403
2. La triple faz de la tutela judicial efectiva (mandato vinculante, derecho y garantía)	405
3. El desarrollo del principio.....	405
4. Fundamento del principio de la tutela judicial efectiva en el derecho argentino.....	409

	PÁG.
A) En el orden nacional.....	409
B) En el orden provincial.....	410
5. Instituciones y herramientas procesales vinculadas con el principio de la tutela judicial efectiva.....	412
A) Razonabilidad de la duración de los procesos.....	413
B) Acciones declarativas de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y actos administrativos: la causal de arbitrariedad.....	413
C) Medidas precautorias (en general). Tutelas anticipadas y autosatisfactivas.....	418
D) La ejecución de sentencias.....	420
6. Los requisitos del agotamiento de la vía administrativa y del reclamo administrativo previo.....	424
7. Un cambio paradigmático: la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.....	430
Bibliografía.....	435
Índice de autores.....	471