

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO

JUAN CARLOS CASSAGNE*

Sumario: 1. Origen y planteamiento del principio de legalidad en el derecho público argentino (Constitucional y Administrativo). 1.1 Concepción doctrinaria de la legalidad. 2. La relación entre la ley y el reglamento. 3. Legalidad y principios generales del derecho. 3.1 El carácter vinculante de los principios. Distinción entre derecho y principio. 3.2 Los principios generales son fuentes del Derecho. 3.3 Recepción legislativa de los principios generales del Derecho Público. 4. Sentidos multívocos del principio de legalidad. 4.1 Legitimidad y Legalidad. 4.2 Juridicidad y Legalidad. 4.3 Legalidad y oportunidad. 5. Legalidad y Derecho Administrativo: vinculación positiva y vinculación negativa. 6. Los Decretos de Necesidad y Urgencia. 6.1 El escenario actual. 6.2 Diferentes interpretaciones sobre la separación de poderes con respecto a la constitucionalidad de los DNU. 6.3 Necesidad y Estado de Necesidad. Los Decretos, Leyes y la emergencia. 6.4 Los presupuestos habilitantes exigidos por el artículo 99 inc. 3 de la C.N. 6.4.1 Requisitos sustanciales. 6.4.2 Requisitos formales. 7. Legalidad y control judicial de la Administración y actividad materialmente de otros órganos del Estado. 7.1 Similitudes y analogías entre sistema judicialista argentino y el norteamericano. 7.2 Diferencias específicas con el sistema judicial norteamericano. 7.3 El alcance del control judicial. 8. Perspectivas y conclusiones.

1. ORIGEN Y PLANTEAMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO ARGENTINO (CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO)

Los principios jurídicos traducen expresiones multívocas y esta caracterización suele provocar polémicas inútiles que reportan escasa utilidad al mundo del derecho. Sin embargo, si se desea conocer el pensamiento que anida en los diversos conceptos no hay más remedio que penetrar en ellos para poder desentrañar el sentido que se les atribuye.

* Profesor Titular Consulto de la UBA y Emérito de la UCA.

Con el principio de legalidad puede suceder que quienes utilizan un concepto distinto (v.gr. juridicidad) se refieren a igual contenido semántico y jurídico (legalidad en sentido amplio), que comprende tanto la ley positiva y al derecho o a los principios generales del derecho, hasta los principios provenientes de derecho no escrito fuera o más allá de los textos normativos e incluso, referencia al ordenamiento jurídico en su conjunto (1).

No obstante, autores afines a las ideas de Merkl (2), entienden otra cosa. Conciben el principio como parte de un sistema piramidal, algo así, como la construcción escalonada del orden jurídico. Para estos doctrinarios y, por lo común, para quienes sustentan las teorías kelsenianas, la validez de una norma depende de la validez de la norma superior hasta llegar a la cúspide del ordenamiento donde se encuentra la norma básica.

Ahora bien, una de las reglas fundamentales de la lógica del discurso obliga a quien sostiene un determinado concepto a respetar el principio de no contradicción (3) y a la correlativa necesidad de argumentar o expresar los contras argumentos que fundamentan cada tesis. Este deber lógico pesa más sobre quienes introducen o propician el cambio lingüístico o terminológico.

Pero, como se verá más adelante, ello no suele ocurrir y el cambio se pretende imponer por el cambio mismo y, como acontece algunas veces, sin una justificación teórica que lo sustente.

Los primeros cultores del derecho administrativo argentino no abordaron en profundidad, la cuestión de los principios generales del derecho como si lo hicieron, aunque sin mayor desarrollo dogmático, los juristas europeos vernáculos especializados en derecho civil, tras el transcurso del proceso de codificación, en tiempos en que la ley constituía el centro de todo el ordenamiento jurídico.

Los principios generales, si bien en los comienzos de la codificación se aplicaban, fundamentalmente, para suplir las carencias normativas o lagunas del derecho pasaron, de un modo creciente, a ocupar un lugar de preferencia en el incipiente derecho administrativo, incluso sobre las normas positivas.

En nuestro país, la doctrina del derecho público adoptó el pensamiento básico alberdiano, asignando mayor trascendencia a la configuración y garantías de los derechos constitucionales frente a la legalidad, no obstante que el autor de las Bases –siguiendo la tradición preconstitucional– había incorporado en su proyecto

(1) PERRINO, P. E., *Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades discrecionales y las restricciones de derechos*, RDA núm. 151, Buenos Aires, 2024, p. 174 ss; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, T.º I, Madrid, 1988, p. 195 ss., y MANILI, P. L., *Tratado de Derecho Constitucional argentino y comparado*, Thomson-Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2021, T.º I, p. 502.

(2) En nuestro país, aunque con diferente sentido: COMADIRA, J. R., *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 125-126 y SESIN, D. J., *Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica*, Lexis-neis, 2.ª ed. Buenos Aires, 2004, p. 47, y, COVIELLO, P. J. J., *La protección de la confianza legítima del administrado*, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004, pp. 363-367, lo utilizan con el contenido del principio de legalidad en sentido amplio (legalidad positiva y razonabilidad o justicia). El empleo del concepto de juridicidad de origen eminentemente kelseniano, se utiliza a partir de la obra de FIORINI, B., véase: *Manual de Derecho Administrativo*, T.º I, La Ley, Buenos Aires, 1968, pp. 61 ss., quien, como se verá más adelante, incurre en confusiones que contradicen su postura.

(3) Véase ALEXEY, R., *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, trad. Del alemán, Palestra Editores, Lima, 2019, especialmente p. 45 ss., entre otros trabajos.

de Constitución de 1852, el principio de legalidad (actual art. 19 de la C. N.), al prescribir que «nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley ni privarlo de lo que ella no prohíbe», lo que constituye un claro mandato dirigido al legislador.

La formulación constitucional argentina de 1853, inspirada en Montesquieu, no adoptó la tesis de una división absoluta del poder del estado en diversos órganos, sino la de una separación relativa (de grado) o «distribución de funciones (4), en sentido material (5), mediante un sistema de frenos y contrapesos, cuyo equilibrio resultante beneficia a la libertad de los ciudadanos. Este sistema que funciona en los diferentes modelos que organizan el Estado de Derecho (6), y suponía una legalidad proveniente tanto de la ley positiva, como de los principios generales del derecho (7). Viene al caso, recordar la crítica hecha por Alberdi a la concepción rousseauiana de la ley como expresión de una voluntad general soberana, omnipotente e infalible para captar el sentido del diseño constitucional del principio de legalidad.

1.1 CONCEPCIÓN DOCTRINARIA DE LA LEGALIDAD

A mediados de la pasada centuria, Bielsa advirtió el doble sentido del concepto de legalidad, cuyo uso promiscuo no estimaba correcto (8). Luego veremos, con mayor detalle, las diferencias existentes entre legalidad y legitimidad e incluso el nuevo sentido que se le atribuye al principio de juridicidad, que poco tiene que ver la teoría originariamente sustentada por los positivistas kelsenianos.

La idea que se perfila en el pensamiento de Bielsa es la de vincular el principio de legalidad con la ley positiva, postura que resulta opuesta al sentido amplio que le ha atribuido en un sector de la doctrina vernácula (9), española (10) y francesa (11), que incluyen dentro del principio de legalidad, tanto la legalidad formal o

(4) MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T.º II, 4.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 35 - pp. 38-39.

(5) BOSCH, J. T., *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1944, pp. 47-50.

(6) BIANCHI, A. B., *La separación de poderes. Un estudio desde el Derecho Comparado*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, explica con una lógica argumental impecable el funcionamiento de los distintos modelos a través de sus raíces históricas y políticas, véase, pp. 45 ss.

(7) RODRIGUEZ, L., *Derecho Administrativo General y Colombiano*, ed. Temis, 19.ª ed., Bogotá, 2015, p. 337, adopta un criterio amplio sobre el principio de legalidad comprensivo tanto de la ley como del derecho.

(8) BIELSA, R., *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Depalma, 2.ª edición aumentada, Buenos Aires, 1954, pp. 83 ss. En el prólogo, alude a un anterior suyo publicado en 1946, cabe consignar que en su tratado se remite las monografías respectivas sin desarrollar el tema.

(9) LINARES, J. F., *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, pp. 138 ss.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 20.ª ed., Thomson Reuters, Madrid, 2022, pp. 479 ss.

(11) VEDEL, G. y DELVOLVÉ, P., *Droit Administratif*, Tomo I, PUF, 12.ª ed., París, 1992, pp. 144 ss., y DELVOLVÉ, P., *Le droit administratif*, Dalloz, 2.ª ed., París, 1998, pp. 53 ss.; RIVERO, J. y WALINE, J., *Droit Administratif*, 19ª ed., Dalloz, París, 2002, pp. 64 ss., pp. 79-88. La 19.ª edición del libro de Rivero actualizada por su fiel discípulo Jean Waline, es la primera que se publica después del fallecimiento del ilustre jurista francés que tanto ha influido en el planteamiento y desarrollo de los principios generales del derecho como fuente del Derecho Administrativo. Su pensamiento, en este aspecto, fue seguido por eminentes juristas españoles como García de Enterría, Fernández Rodríguez, González Pérez y Muñoz Machado.

positiva como la razonabilidad o justicia (que, como fuentes, están representadas por los principios generales del derecho).

Esta tesis no implica desconocer que la construcción del principio de legalidad se encuentra engarzada en la vinculación de la Administración a la ley y al derecho, tal como lo prescriben la C. E de 1978 (art. 103.1) y la Ley Fundamental de Bonn (art. 20), en un sentido opuesto al positivismo legalista. Tampoco implica que, fuera de la ley formal, la administración no pueda crear normas, ya sea por el mecanismo de la delegación o la configuración de circunstancias excepcionales de necesidad y urgencia, como se reconoce en los artículos 76 y 99 inc. 3.º de la Constitución Nacional.

En definitiva, la concepción integral del principio de legalidad asegura la efectividad del Estado de Derecho, basado en la teoría de la separación de los poderes, cuyo funcionamiento tiende a garantizar la libertad de los ciudadanos sobre la base de un «equilibrio dinámico» (12), conforme a la realidad, modalidades interpretativas y costumbres constitucionales de cada país, habida cuenta que el Estado de Derecho es y será siempre, una categoría histórica que, desde el punto de vista objetivo, se caracteriza por ser una regla de derecho positivo, general, impersonal y obligatoria (lo que permite abarcar en el concepto tanto a las leyes del Congreso como a los reglamentos que dicta el Ejecutivo).

De este planteamiento acerca de la naturaleza y sentido de la ley en el marco de la separación de los poderes, como fuente del ordenamiento jurídico, se desprenden una serie de consecuencias provocadas por el generalizado fenómeno de la pérdida de la centralidad de la ley formal y material. Se habla del comienzo de una época en la que el Estado Legal resulta sustituido por el Estado de Derecho (13), proceso que lleva ínsito el auge de los principios generales del derecho.

Este cambio profundo en los respectivos sistemas jurídicos ha llevado a muchos publicistas a replantear las relaciones entre la ley y el reglamento, así como a reconsiderar el papel que cumplen los principios generales del derecho público no escritos en el ordenamiento administrativo frente a las fuentes textuales.

2. LA RELACIÓN ENTRE LA LEY Y EL REGLAMENTO

El análisis de las relaciones entre la ley y el reglamento no puede prescindir de los fundamentos del sistema constitucional argentino, ni de sus raíces históricas, análisis que debe hacerse en paralelo con los preceptos del ordenamiento constitucional positivo, sobre todo de los principios en que se nutre.

Ese camino conduce, en primer lugar, a reconocer que los cimientos de todo el edificio constitucional se encuentran en la teoría de la separación de los poderes, cuya idea central tiende a establecer la coordinación entre los tres clásicos poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), a fin de que el equilibrio de fuerzas favorezca y proteja las libertades individuales. De este modo, un acto administrati-

(12) CORVALÁN, J. G., *Derecho Administrativo en transición*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 39-41.

(13) Fenómeno advertido, en su momento, en la doctrina administrativista francesa por Pierre Delvolvé, *Le Droit Administratif...*, cit. p. 54.

vo puede provenir, indistintamente, de cualquiera de los poderes del Estado, lo mismo que la actividad de dictar normas abstractas, generales y obligatorias, que no son patrimonio exclusivo del Legislativo (14).

En definitiva, no existe una separación tajante de las funciones entre los distintos órganos que ejercen el poder estatal, sin perjuicio de que cada poder tenga asignada una función predominante.

Con excepción del Poder Judicial, que precisa mantener su independencia absoluta, libre de la injerencia del Ejecutivo y del Legislativo, estos últimos poderes del Estado deben actuar bajo el principio de colaboración recíproca porque como se ha interpretado en el derecho de nuestra principal fuente histórica constitucional, la Constitución de Filadelfia, los poderes actúan bajo el principio de coordinación.

La tesis opuesta postula que más separación de poderes lo que se configura en nuestra Carta Magna es una división férrea y tajante entre las funciones de los poderes del Estado. Uno de los errores de esa postura, sustentada por destacados constitucionalistas, derivó en el rechazo de la constitucionalidad «*in genere*» de los reglamentos de necesidad y urgencia, tema que más adelante abordamos.

La dilucidación del concepto de ley que se desprende del precepto de la C. N. que acuña el principio de legalidad (art. 19 C. N.), se remonta a una antigua controversia habida de la doctrina alemana entre los partidarios de la noción formal de la ley y los que propiciaban la concepción material. Mientras que, los primeros concebían a la ley como el exclusivo producto del Parlamento o Asamblea (como aconteció durante la Revolución Francesa), los segundos consideraban que la ley era toda norma abstracta, general y obligatoria, emanada tanto del Legislativo (leyes también en sentido formal y material) como del Ejecutivo, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria (leyes en sentido material).

La fórmula del artículo 19 de la C. N., al prescribir que nadie «...será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privarlo de lo que ella no prohíbe», que, desde 1813, viene reiterándose en casi todos nuestros textos preconstitucionales (15), se refiere a la ley en sentido material (reglamentos) como a la ley en sentido formal (leyes del Congreso, sean o no leyes en sentido material), tal como lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina constitucional (16).

En segundo lugar, corresponde indagar acerca de la prevalencia de las leyes del Congreso sobre los reglamentos, tema que, en cuanto al principio aplicable, no plantea mayores dificultades.

En efecto, a excepción de los reglamentos independientes o de organización, dictados por el Ejecutivo en su condición de Jefe de Gobierno (art. 19 inc. 1.º C. N.) o por el Jefe de Gabinete (art. 100 ap. 1), a cargo de la Administración General del país, los restantes reglamentos (ejecutivos, delegados o de necesidad y urgencia) se encuentran en una situación de subordinación a las leyes del Congreso, cuya supremacía se halla prescrita en la Constitución (art. 31 C. N.).

(14) Criterio que ha seguido recientemente por la Ley de Bases 27.742.

(15) Véase: SAMPAY, A. E., *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, pp. 10 ss.

(16) Fallos: 234:82.

3. LEGALIDAD Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

A la fragmentación material de la legalidad de ha sucedido un nuevo fenómeno que viene a integrar, completar y reinterpretar el esquema clásico de las fuentes del Derecho, dándole a la legalidad un sentido acorde con los principios de justicia, caracterizados como principios generales del derecho, que han terminado imponiéndose, en el sistema europeo e iberoamericano, configurando un nuevo bloque de legalidad (17), conforme a los textos constitucionales o incluso más allá de los textos positivos, como acontece en Francia (18).

Una de las cuestiones teóricas que plantea la visión principialista del derecho estriba en determinar que es un principio. El principio no llega a configurar una norma completa, caracterizada por contener antecedentes de hecho, mandato o vínculo jurídico obligatorio y consecuencia judicial, sino solo mandatos carentes de supuestos de hecho que, al igual de las normas, configuran reglas de derecho vinculantes. Los principios, a diferencia de las normas, pueden hallarse o no positivizados, ya que surgen generalmente de la doctrina y resultan acogidos por la jurisprudencia (19).

La complitud que poseen las normas las distingue pues, de los principios. Pero tanto, las normas como los principios pertenecen al género de las reglas de derecho (20), en cuanto generan la obligación o el deber de cumplirlas, junto a la potestad que tienen los jueces de aplicar las consecuencias jurídicas al juzgar su violación o incumplimiento (v.gr. declaración de nulidad de su acto administrativo que transgrede en principio general del derecho).

Se ha pretendido distinguir entre principios y valores en el sentido de que mientras estos últimos no permiten especificar los supuestos en que se aplican, ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción (21) y resultan vinculantes o exigibles. Como puede apreciarse, el valor, así definido, se parece a la directiva o directriz de Dworkin en cuanto apunta a un estándar –que al igual que el principio debe ser observado– pero reposa en un objetivo político, económico o social que persigue la comunidad. Cuando nos referimos al valor no lo hacemos en el sentido de algo útil sino como equivalente a bien, es decir, algo objetivo

(17) MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T.º III, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2015, pp. 116-117, apunta que los principios generales se han convertido en un elemento fundamental del bloque de legalidad.

(18) DELVOLVÉ, P., *Le droit administratif...*, cit., p. 56.

(19) Los órganos que resuelven controversias (sean jueces o consejeros de Estado, según los diferentes sistemas) también pueden crear (en realidad, los descubren) principios generales del Derecho, cuya ejemplaridad los convierte en fuente jurídica aplicable a los casos posteriores. En Francia, esta práctica está más generalizada que en los sistemas judicialistas.

(20) La consideración de los principios generales del derecho como reglas genéricas es sostenida en Argentina por VIGO, R. L. en *Los principios jurídicos*, Depalma, Buenos Aires, 2000 y en el libro de este autor *El iusnaturalismo actual*, D M. Villey a J. Finnis, Distribuciones Fontamara, México, 2003, p. 131, nota 177, postura que seguimos en *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, 2.ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 56, texto y nota 87.

(21) PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, pp. 286 ss.

que resulta estimable por su cualidad intrínseca que suele ser el centro de un principio jurídico y, en cierto modo, refleja la relación de éste con la ley natural.

En el plano jurídico, la diferencia entre valor y principio dista de ser clara pues independientemente de que en algunos principios existe un menor grado de concreción que en otros, los valores siempre deben ser observados cuando razonablemente son susceptibles de ser captados por el sistema jurídico. ¿Podría acaso negarse –por ejemplo– que la justicia, la buena fe, la protección de la libertad y de la igualdad no constituyen principios generales del derecho exigibles? (22). En suma, todo principio contiene un valor, pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (vgr. la amistad).

Aunque el positivismo no desconoce los valores (ni por ende la moral) ellos son sacados, arbitrariamente, del sistema jurídico al que sólo concibe integrado por normas positivas, excluyendo a la moral.

La depuración que pretende hacer el positivismo (por eso Kelsen denominó su concepción como teoría pura) negando toda relación entre el derecho positivo y el derecho natural, adolece de graves fallas filosóficas, históricas y metodológicas que recién en este siglo han sido objeto de una refutación integral (23) de parte del iusnaturalismo (a través de la NEDN).

Cabe advertir, también que, el afán depurador del positivismo kelseniano no da cabida al principio democrático dentro del sistema constitucional. En efecto, si bien Kelsen reconocía a la democracia como un valor, algo que pertenece a su propia esencia, al sostener que la democracia constituye la expresión del relativismo (24) y al no atribuir a la democracia la condición de un principio general del derecho (Kelsen no aceptaba incluir a los principios generales del derecho entre las fuentes del ordenamiento) superior a las leyes, su teoría termina legitimando cualquier régimen autoritario (nazismo o fascismo) que fuera elegido por la mayoría del pueblo, ya que siendo todas las verdades relativas no era posible deslegitimar –en el plano de su teoría– un régimen positivo cuyas teorías y prácticas políticas resultan contrarias a la ley natural (que impone, entre otros, los mandatos de no matar, no torturar, no dañar bienes ajenos, etc.). En esta concepción no caben derechos absolutos como el derecho a la vida.

Uno de los ataques más serios que ha sufrido el positivismo anglosajón (25) estriba en la distinción formulada por Dworkin entre principios, directrices y nor-

(22) BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, 1.ª ed., reimpresión, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 75 ss.

(23) FINNIS, J., *Ley natural...*, cit., pp. 39 ss.

(24) KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, trad. del alemán por Luengo Tapia R. y Legaz y Lecambra, L., Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1934, p. 143 ss., especialmente pp. 153 ss.

(25) Conf. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, pp. 72-73, donde señala que: «En la mayoría de los casos usaré el término ‘principio’ en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo ‘directriz’ o ‘directriz política’ al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los

mas, que, paradójicamente, sirve también para limitar las exageraciones interpretativas en que ha incurrido un sector del neoconstitucionalismo continental y vernáculo cuando asigna plena operatividad a principios y valores que encierran objetivos o directivas políticas a cumplir por los gobernantes de turno por decisión del poder constituyente, que no delegó en el Juez el poder de crear, con carácter general, los mandatos propios de las normas operativas.

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica (26) que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, que, en definitiva, se traduce en la orientación que se proporciona al juez encargado de dirimir una controversia o al órgano administrativo que aplica o interpreta el derecho ya fuera para crear una situación de gravamen como de ventaja, respecto de un particular.

3.1 EL CARÁCTER VINCULANTE DE LOS PRINCIPIOS. DISTINCIÓN ENTRE DERECHO Y PRINCIPIO

La mayoría de los autores modernos participan de la tendencia, originada a contramano del positivismo clásico, que atribuye obligatoriedad a la observancia de los principios y superioridad sobre las leyes positivas, cuyo grado de primacía se acentúa en la medida en que se incorporan, en su gran mayoría, a las nuevas constituciones (27). Incluso, los principios, contenidos en el preámbulo se consideran operativos (28). Los principios carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas determinadas, resultan, sin embargo, preceptivos y se complementan con la garantía pública (29) que los protege, lo que tiene particular relevancia en el campo de los derechos humanos.

Se ha sostenido, en el campo de la teoría moderna de Alexy sobre la argumentación jurídica, que se trata de mandatos de optimización (30) cuando, en realidad, ello es peculiar solo de una clase de principios, que predicen enunciados suscepti-

accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia) o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera.

(26) DWORKIN sostiene que: «Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada la decisión».

(27) Sobre los diversos conceptos que caracterizan a un principio jurídico, véase: WUNDER HACHEM, D., *Principio constitucional da supremacia do interesse público*, Forum, Belo Horizonte, 2011, pp. 131 ss.

(28) TAWIL, G. S., «El Preámbulo de la Constitución Nacional» en *Estudios de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 798 ss.

(29) Ver, BARRA, R. C., «El ordenamiento institucional de los derechos humanos», en *Temas de Derecho Público*, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 300, puntualiza que la exigibilidad es una cualidad inherente a todo derecho humano que se complementa con la garantía pública.

(30) ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. del alemán, Palestra, Lima, 2007, pp. 458 ss. Sobre las teorías de la argumentación y su proyección en los fallos judiciales véase el exce-

bles de ser ponderados con gradualidad, en un marco abierto e indeterminado de aplicación a los supuestos de hecho o sujetos a las orientaciones, estándares o directrices de naturaleza política, en el sentido empleado por Dworkin.

Por el contrario, basta con reparar en la mayoría de los principios generales para darnos cuenta que no son todos mandatos de optimización (31) y que hay mandatos de aplicación imperativa, ya sean mandatos negativos o positivos. Hasta existen principios que generan derechos del hombre que tienen primacía sobre otros como el derecho a la vida (32) que no pueden ser alterados por los gobernantes (legisladores, jueces o funcionarios públicos).

Esto acontece, por ejemplo, en el campo del derecho público, con el principio de la tutela judicial efectiva, el de la buena fe y el de verdad material, para citar algunos ejemplos en los que no hay optimización posible porque lo óptimo es la realización plena del principio.

En cambio, el mandato de optimización aparece en aquellos supuestos en que más que principios se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o al funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que adopte. Son las que, en la teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución (33).

Dada las múltiples conceptualizaciones que hay sobre el derecho en el mundo jurídico suelen confundirse o identificarse los principios con los derechos y estos, a su vez, con las garantías constitucionales. El derecho público es proclive al uso promiscuo de estos conceptos pero lo cierto es que hay una libertad de estipulación en el medio doctrinario favorecida por la textura abierta del lenguaje natural que se utiliza y la variedad de sentidos del término. Sólo el conocimiento teórico-práctico permite saber en qué sentido el juez o el legislador han empleado el concepto (vgr. como principio, derecho o garantía) y si el término derecho que utilizamos se refiere al poder jurídico o facultad que habilita la pretensión procesal o a cualquiera de las otras acepciones reconocidas (ej. lo justo o el derecho concebido como ordenamiento).

lente trabajo de ZACAGNINO, M. E., – FERNÁNDEZ, M. A., en Sacristán, Estela B. (Dir.), *Manual de jurisprudencia y doctrina*, La Ley, Buenos Aires, 2013, pp. 619 ss.

(31) ATIENZA, M. – RUIZ MANERO, J., *Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 2004, pp. 30-31.

(32) Véase: FINNIS, J., *Ley natural...*, cit. p. 251, atribuye el carácter absoluto al derecho a la vida. Pero la ley natural y el derecho positivo consagran excepciones al carácter absoluto del derecho a la vida cuando se trata de la defensa de la propia vida (legítima defensa). Aunque es un tema que exige mayores desarrollos también cabe admitir que el derecho legitima la defensa colectiva en los supuestos de guerra habiendo convenciones que regulan diversos aspectos (ej. las Convenciones de Ginebra).

(33) Ver VANOSI, J. R., *Teoría constitucional*, T.º II, Depalma, Buenos Aires, 1976, pp. 3 ss., distingue entre cláusulas operativas y cláusulas programáticas no operativas que cumplen la función de indicar a los poderes públicos ciertas directivas para el accionar de los poderes públicos o bien, establecer reglas de interpretación dirigidas particularmente a los jueces (*op. cit.*, p. 4).

3.2 LOS PRINCIPIOS GENERALES SON FUENTES DEL DERECHO

En general, cuando se habla de fuentes del derecho se alude a una metáfora que refiere al lugar u origen en el que brota el ordenamiento jurídico. La mayoría de los juristas suponen que esas fuentes son las fuentes sociales y que su estudio pertenece a la teoría general de derecho. Sin embargo, es indudable que la esencia de las concepciones de dicha teoría general reposa en fundamentos filosóficos que remiten a concepciones inmanentes o trascendentes del ser. En la concepción inmanente, tanto el hombre como las diferentes entidades creadas para su desenvolvimiento junto al Estado y sus organizaciones constituyen los principales protagonistas del derecho, cuyo accionar para el inmanentismo permanece encerrado en el propio ser. Por esa razón, en la filosofía inmanente, el hombre constituye un fin en sí mismo.

En cambio, la idea de trascendencia perfila la finalidad del hombre más allá de sí mismo y de sus fines egoístas o individuales, proyectándose hacia un objetivo superior que va más allá de sí mismo que, para los cristianos y cultores de religiones monoteístas, es siempre Dios. No obstante, con abstracción de su creencia religiosa, el ser puede perseguir un objetivo trascendente y el ejemplo más claro de este aserto se encuentra en el fin de bien común que, en términos escolásticos, es la llamada causa final del Estado. Ella que constituye la télesis de la justicia general, noción en la que se alinean las dos especies de justicia particular (distributiva y conmutativa). Ahora bien, a partir del iluminismo y durante dos siglos la teoría de las fuentes se alojó en los Códigos Civiles, en la inteligencia que este constituía el *ius commune* y en atención al objetivo de fijar en textos indelebles la primacía de la ley formal y material sobre las demás fuentes del derecho consideradas como fuentes auxiliares e indirectas (jurisprudencia, principios generales del derecho, costumbre, doctrina, etc.).

Esa fue la tradición jurídica que nuestro Codificador siguió al redactar el antiguo Código Civil, que relegaba la jerarquía de los principios generales del derecho pues, aunque les reconocía carácter de fuentes, los consideraba aplicables supletoriamente recién una vez que se agotase la interpretación literal o exegética y la posibilidad de aplicar la técnica de la analogía (34).

Es cierto, que el ex artículo 16 del Código Civil argentino no abarcaba al derecho público en cuanto circunscribía su aplicación a las cuestiones civiles, pero no lo es menos que el sistema diseñado por Alberdi y consagrado por la Constitución de 1853, asignaba una jerarquía relevante a los principios generales del derecho (los grandes principios del derecho público), tanto en sentido genérico (35) como específicamente determinados (36), en el respectivo texto constitucional.

(34) Artículo 16. Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de las leyes análogas; y si aún la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

(35) Artículo 27 C. N.

(36) Entre otros: artículos 16, 17, 18 y 19 C. N. El artículo 33 C. N. alude a los principios de soberanía del pueblo y forma republicana de gobierno que traduce, entre otros, el principio de separación de los poderes.

Dicha prevalencia sobre las leyes y demás normas, derivada de la propia ontología de los principios que constituyen la base del ordenamiento (37) deriva, en el orden positivo constitucional, del principio de supremacía que prescribe el artículo 31 de la C. N.

En consecuencia, pese al loable propósito de regular las fuentes del derecho (distinguiendo ley y derecho como las constituciones alemana y española) que estatuye el Código Civil y Comercial de la Nación (38), con el fin de adaptar (39) la preceptiva del derecho privado a la Constitución Federal, la materia de las fuentes del derecho excede el marco de aplicación del Código, pues comprende nada menos que, aparte de los derechos especiales, todo el universo del derecho público, representado básicamente por el derecho constitucional y los derechos administrativo, tributario y penal.

No puede desconocerse, a esta altura de la evolución de la ciencia jurídica, que los principios generales del derecho, en particular, los pertenecientes al derecho público o aplicables a él por analogía, son fuentes formales y materiales del ordenamiento, al hallarse positivizados. En tal caso, constituyen fuentes directas (40) del ordenamiento jurídico.

No obstante, las concepciones iusnaturalistas, aun las que asignan un valor prevaleciente a la determinación positiva, han sostenido la posibilidad de que los jueces sean, en caso de lagunas o situaciones de extrema injusticia, quienes descubren los principios generales del derecho a través de la creación pretoriana, positivizando así, en cierto modo, algún principio de derecho natural no incorporado al derecho positivo. Tal es lo que ocurrió, en el plano de la realidad jurisprudencial europea, con la creación jurisprudencial del principio de la confianza legítima (41).

El reconocimiento de ese cuadro de principios generales del derecho que prevalece sobre las normas, cualquiera fuera la fuente social de su creación, es decir, con independencia de su positivización normativa, ha dado origen a una nueva corriente filosófico-jurídica que se está abriendo paso, tanto en la dogmática como en la interpretación judicial, seguida en la escuela rioplatense del derecho administrativo desde hace algunos años (42), constituye una tendencia o corriente del iusnaturalismo actualizado configura el denominado principalismo iusnaturalista

(37) Esta prevalencia la sostuvimos por primera vez en *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 1992, p. 64.

(38) VIGO, R. L., «Comentarios al capítulo I del Título Preliminar», en la obra *Análisis del Proyecto del nuevo Código Civil y Comercial*, informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina; LAFERRIERE, J. N. (compilados), *El Derecho*, Buenos Aires, 2012, pp. 63 ss.

(39) Cfr. LORENZETTI, R. L., (Director General) *Código Civil y Comercial explicado, Doctrina-Jurisprudencia, Título Preliminar*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2019, p. 10, apunta que cuando el Código menciona a la Constitución se refiere al «bloque de constitucionalidad», que se integra con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 C. N.). Sus principios, aun cuando no forman parte de la Constitución poseen jerarquía Constitucional y puede sostenerse, a nuestro juicio, que integran el mencionado «bloque de constitucionalidad».

(40) FERREYRA, R. G., 1852. «Orígenes sobre las bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución Federal en el tiempo», en *Academia*, Revista sobre enseñanza del Derecho, año 10, número 19, Buenos Aires, 2012, p. 163.

(41) Véase: COVIELLO, P. J. J., La protección de la confianza del administrado, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 33 ss.

(42) DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, La Ley, Montevideo, 2012, una de las obras de mayor enjundia doctrinaria en dicho movimiento.

que, en lo esencial, aplica el esquema «finnisiano» a la dogmática del derecho público (constitucional y administrativo), sin perjuicio de abreviar en otras fuentes doctrinarias compatibles con dicho esquema.

Desde luego que la interpretación por principios no está exenta de dificultades sobre todo cuando el juez debe elegir entre dos principios opuestos. La idea de buscar un «equilibrio mínimo» (43), en ciertos casos, resulta imposible cuando – por ejemplo– hay que optar por el derecho a la vida de la persona por nacer o el derecho a la vida de la madre (el llamado aborto terapéutico). Son los llamados «casos trágicos», donde la solución a favor de uno de los derechos implica la cancelación del otro (44). En cualquier caso, se impone una interpretación en base a la llamada «directriz de totalidad que, en definitiva, procura lograr la solución más justa del caso sobre la base de ponderar tanto pautas positivistas como de raíz naturalista clásica (45).

3.3 RECEPCIÓN LEGISLATIVA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO PÚBLICO

La sanción de la Ley 27.742 denominada de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (en adelante LB), ha consagrado en el ordenamiento positivo nacional, la recepción de los principales principios que rigen en el procedimiento administrativo y en materia de acto administrativo, así como, en el proceso contencioso-administrativo. Ella traduce la concepción principialista del Derecho que hemos venido sosteniendo, mucho de cuyos principios han tenido recepción jurisprudencial.

Con independencia de su apoyatura en nuestra Carta Magna y de la jerarquía de los tratados que ha reconocido la Constitución (art. 75 inc. 22 C. N.) la LB prescribe un conjunto nutrido de principios generales de Derecho Público que protegen los derechos de los particulares, en armonía con la tutela del interés público.

Si bien algunos de esos principios se encontraban mencionados en la ley anterior de Procedimientos Administrativos 19.549, lo cierto es que la actual regulación recoge toda la evolución habida, tanto en nuestro país, como en el derecho comparado.

Su sola enunciación refleja la idea del cambio legislativo operado pues se prescriben como principios fundamentales el procedimiento administrativo los siguientes: a) tutela administrativa efectiva (46); b) juridicidad (concebido como principio de legalidad en sentido amplio); c) razonabilidad; d) proporcionalidad; e) buena fe;

(43) ATIENZA, M., «Sobre lo razonable en el derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 27, Madrid, 1989, p. 99, nota 104, cit., por RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *Teoría del Derecho*, 3.ª ed., ed. Abaco, Buenos Aires, 2013, p. 155, nota 181.

(44) RABBI-BALDI CABANILLAS, R., *Teoría del Derecho*, cit., p. 356. En el caso al que se refiere este autor (Fallos 335:197), los jueces Arguimbau y Petracchi optaron por salvaguardar la vida de la madre, conforme a la excepción establecida en el Código Penal, sin que haya prevalecido el interés de la persona por nacer o del niño como predica el respectivo tratado internacional.

(45) *Ibidem*, pp. 357-358.

(46) CANOSA, A. N., *La tutela administrativa efectiva y las bases constitucionales del procedimiento administrativo*, RDA, Buenos Aires, 2014, p. 91.

f) confianza legítima; g) transparencia; h) simplificación administrativa; y, i) buena administración (47).

El reconocimiento de tales principios, cuyo análisis excede el objeto de este trabajo, aunque se le asigne carácter fundamental, no agota la lista de otros trascendentes principios generales del derecho público (v.gr. la inderogabilidad singular del reglamento) no incorporados al ordenamiento positivo ni tampoco impide extraer otros de la nueva normativa aplicable o más allá de los textos legales.

4. SENTIDOS MULTÍVOCOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La característica de ser un derecho en formación, escasamente codificado y cambiante, propia del derecho administrativo, ha fomentado una excesiva libertad de estipulación al punto de provocar contradicciones susceptibles de confundir a los juristas poco avezados.

Uno de los ejemplos más notables se encuentra en el empleo multívoco del concepto de legalidad concebido como un principio general del derecho, el cual, según los países y las fuentes doctrinarias que se sigan, ha generado, muchas veces, discusiones innecesarias y malos entendidos. Veamos algunos de esos conceptos que utiliza el principalismo.

4.1 LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD

Ambos términos han tenido su «carga histórica». El Estado de Derecho, que predica la Revolución Francesa, se caracteriza por apoyarse en el principio de legalidad como fuente formal prevaleciente en el mundo jurídico. Pero, *a posteriori* al incorporar al bloque de legalidad los principios generales del derecho provenientes de la jurisprudencia del Consejo de Estado, es posible concluir en que el principio se nutre con las normas positivas y el derecho o la justicia (fundamentalmente con el principio de razonabilidad).

El concepto de legitimidad, nacido tras la restauración de la monarquía francesa en el siglo XIX, se ha afirmado como un principio más político que jurídico, conectado a la necesidad de autojustificación del poder (48) y, modernamente, a la necesidad de obtener el consenso de los gobernantes.

En el derecho administrativo francés, la legitimidad carece de toda relevancia en el ámbito de la Administración activa y jurisdiccional, lo que puede comprobarse, realizando un ligero examen sobre la jurisprudencia principal del Consejo de Estado (49) que, prácticamente, no la menciona.

En cambio, los juristas italianos, que influenciaron a la doctrina y legislación argentina, utilizaron el concepto para construir una presunción en la teoría del acto administrativo: la presunción de legitimidad que, en principio, suponía que el acto

(47) Artículo 1.º bis de la LNPA.

(48) LEGAS y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, 5.ª ed., Barcelona, 1979, pp. 58 ss.

(49) Véase: LONG M.; WEIL P.; BRAIBANT G.; DELVOLVÉ P. y, GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 13.ª ed., Dallos, París, 2001, pp. 1 ss.

administrativo cumplimentaba todos los requisitos de validez (en sentido amplio). Esto presunción, recogida en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 en el año 1972, mantenida en la LB (50) es *juris tantum* y su principal objeto actualmente reside en la posibilidad de trabar la ejecución o cumplimiento del acto administrativo cuando la nulidad del acto sea manifiesta u ostensible (51).

El dilema interpretativo que se ha descripto continua sin resolverse y se torna difícil conocer el sentido de la terminología que emplea cada autor, dilema que, como seguidamente veremos, se reproduce con el concepto de juridicidad que, en nuestro país, estatuye la LB, como un principio fundamental del procedimiento administrativo (52).

4.2 JURIDICIDAD Y LEGALIDAD

El artículo 1.º bis de la LNPA (53) introdujo, entre los principios del procedimiento administrativo, el denominado principio de juridicidad concepto que introdujo por primera vez en la doctrina nacional el Profesor Fiorini, mediante una formulación ciertamente confusa tributaria de la concepción de Merkl y, por tanto, kelseniana (54).

En el escenario de esa época prevalecía en el pensamiento doctrinario constitucional y administrativo, el concepto de legalidad, en el sentido de ser la ley la principal fuente del derecho público a la que un sector de prestigiosos doctrinarios (Bidart Campos y Linares) la integraban en el principio más amplio de legitimidad.

La utilización promiscua de los conceptos de juridicidad y legalidad fue objeto de nuestra crítica y carece de sentido reiterarla ahora, sin perjuicio de que vamos a continuar refiriéndonos al contenido amplio que cabe asignarle al principio de legalidad (55), es decir, al que comprende tanto la ley formal y material como los reglamentos y los principios generales del derecho.

Se trata, en definitiva, del mismo principio de legalidad que «nuclea a todo el ordenamiento normativo», desde la Constitución hasta los principios generales del derecho (56), una de cuyas derivaciones se proyecta a la denuncia de ilegitimidad que prescribe la LNPA (57).

(50) Artículo 12 LNPA, con las modificaciones de la Ley 27.742.

(51) Vid CASSAGNE, J. C. y LAPLACETTE, C. J., en su estudio sobre «El derecho argentino», publicado en la obra colectiva *«La sujeción de la Administración al Derecho Público y al Derecho Privado. Diálogo entre Europa y América»*, (editores Javier Barnes y Eberhard Schmidt-Assmann), ed. Global Law Press, Sevilla, 2023, p. 126.

(52) Artículo 1.º bis de la LNPA, con las modificaciones de la Ley 27.742.

(53) Texto según la Ley 27.742.

(54) Esa terminología fue recogida por el Profesor Comadira, J. R., aunque con un sentido similar al principio de legalidad en su versión comprensiva de los principios generales del derecho. Algunos compendios modernos optan por utilizar la terminología clásica de principio de legalidad. Véase, también: BALBÍN, C. F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., La Ley, 2015, pp. 124 ss., quien incluye a los principios generales del derecho entre las fuentes del derecho (pp. 445 ss.)

(55) Vid. REBOLLO PUIG, M., «Juridicidad, Legalidad y Reserva de Ley como límites a la potestad reglamentaria del gobierno», *Revista de Administración Pública*, núm. 25, Madrid, 1991, pp. 7 ss.

(56) Cfr. COMADIRA, J. R. y MONTI, L., *Procedimientos Administrativos en Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y Comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 52.

(57) *Ibidem*, p. 52, nota 185.

4.3 LEGALIDAD Y OPORTUNIDAD

La cuestión del mérito u oportunidad de la actividad de la Administración Pública tuvo gran trascendencia y repercusión en la doctrina italiana clásica que consideraba que el mérito no integraba los elementos que hacían a la legitimidad del acto administrativo (58). Esta tesis propiciada en nuestro país por Fiorini (59) fue, contradicha, con argumentos que compartimos, por Marienhoff, cuya obra sirvió de fuente de la primigenia LNPA.

En efecto, si se acotan las diferencias lingüísticas de los conceptos utilizados resulta claro que para el insigne maestro existían dos argumentos fundamentales para considerar el mérito o la oportunidad dentro de la teoría de los elementos del acto administrativo a saber: a) que se trata de la consideración de un valor de sustancia jurídica similar a la legalidad propia de los distintos elementos y, b) que todo lo atinente al mérito halla ubicación en el «objeto»... y en la «finalidad», considerados como elementos del acto administrativo... incluso... la «motivación» del acto (60).

La determinación del concepto de oportunidad o mérito y su diferencia con la legalidad, en sentido estricto, se proyectan, principalmente, a dos institutos de la teoría del acto administrativo vinculados al ejercicio de las potestades de la Administración. En primer lugar, esa conexión se presenta en el ejercicio de la potestad de revocar un acto administrativo por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, cuya facultad se encuentra prevista, en forma expresa, en la LNPA (61). En tales casos, tal acto es posible de ser controlado por los jueces tanto en la legalidad de sus elementos constitutivos como en la razonabilidad y proporcionalidad del interés público en juego. No se trata de la improcedencia de realizar un juicio en abstracto sobre la oportunidad sino de ponderar, con el auxilio de las probanzas técnicas, que la apreciación del mérito o interés público resulta inválida por arbitrariedad, sin perjuicio del derecho del administrado a recibir una justa indemnización que incluya el lucro cesante, dado que se configura un sacrificio patrimonial por razones de interés público.

El otro supuesto que plantea la invocación del mérito o interés público se relaciona con el ejercicio de los poderes discrecionales de la Administración, cuestión en la que compartimos la tesis de que se hallan sometidos al control judicial a través del juzgamiento de los conceptos jurídicos indeterminados que la doctrina española (62), de inspiración germánica, ha difundido con una notable ejemplaridad en el derecho hispanoamericano (63).

(58) RANELLETTI, O., *Teoría degli atti amministrativi speciali*, ed. Giuffrè, Milán, 1945, pp. 103-104.

(59) FIORINI, B., *Derecho Administrativo*, T.º I, La Ley, Buenos Aires, 1968, p. 344 ss.

(60) MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T.º II, 4.ª ed. Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 280.

(61) Artículo 17, último párrafo de la LNPA.

(62) MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado ...*, cit., T.º III, p. 243 y ss, destaca la «influencia enorme» que tuvo la doctrina de GARCÍA de ENTERRÍA en la doctrina y jurisprudencia españolas, véase especialmente: GARCÍA de ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso...*, cit. T.º I, p. 505 ss.

(63) Vid. nuestro libro, *El principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*, 2.ª ed., con prólogo de Jesús González Pérez y recensión de EDUARDO GARCÍA de ENTERRÍA, IBdF, Buenos Aires, 2016, p. 247 ss.

Una reciente doctrina, aunque parte de diferentes bases teóricas, que excluyen el mérito de los vicios de ilegitimidad (64), ha efectuado un ponderado estudio de las diversas cuestiones que suscita el problema del control judicial de los juicios de oportunidad de la Administración, particularmente los producidos en ejercicio de poderes discrecionales, cuyas respectivas propuestas y argumentos consideramos ponen en evidencia las grandes dificultades dogmáticas y prácticas que se plantean en esta materia.

5. LEGALIDAD Y DERECHO ADMINISTRATIVO: VINCULACIÓN POSITIVA Y VINCULACIÓN NEGATIVA

En el moderno Estado Constitucional las actividades de la Administración y de los demás poderes del Estado que cumplen funciones materialmente administrativas (v.gr. el Congreso y el Poder Judicial) deben enmarcar su accionar en el principio de legalidad, concebido en un sentido amplio, que comprende tanto la ley positiva (formal y material) como la razonabilidad o justicia de los respectivos actos.

Ese mandato constitucional que surge del precepto contenido en la C. N. en el artículo 19 (65), junto con los artículos 14 (66) y 28 (67) rige para la actividad de todos los órganos y poderes del Estado, aparece completado en otras cláusulas constitucionales como los artículos 16, 17, 99 inc. 1.º y 93 de la C. N. (68).

De este modo y tal como lo hemos explicado en anteriores estudios (69), nuestra Constitución articula un sistema de poderes limitados y coordinados, cuyo ejercicio equilibrado se encuentra garantizado por el control de constitucionalidad de las leyes y actos administrativos que la Constitución atribuye al Poder Judicial, encabezado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A su vez, la estructura federal de nuestra forma de gobierno prescribe que el dictado de las Constituciones provinciales debe concordar con los principios, declaraciones y garantías establecidos en la Constitución Nacional (arts. 5.º y 123 C. N.).

Ahora bien, las potestades de la Administración deben ejercerse en el marco de los poderes que le atribuye la ley formal y material que, aparte de la Constitución, constituye la norma de habilitación de la competencia.

Esta regla, que traduce una vinculación positiva en el sentido de que la Administración solo puede actuar cuando existe una permisión expresa en el derecho positivo ha sufrido una transformación en el derecho moderno, al admitirse el postulado de la permisión amplia, cercano a la llamada vinculación negativa de la

(64) MAIRAL, H. A., *Control Judicial de la Administración Pública*, La Ley, 1.ª ed., Buenos Aires, 2021, pp. 708 ss.

(65) Que prescribe que «Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe».

(66) Dispone que los derechos individuales se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.

(67) Este precepto pone un límite a la ley material

(68) SESÍN, D. J., *Administración Pública. Actividad reglada, Discrecional y técnica*, Thomson Reuters-Abeledo-Perrot, 3.ª ed., Buenos Aires, 2022, p. 7.

(69) En *Los Grandes Principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, 2.ª ed., actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 161 ss.

Administración con la ley formal y material, en cuanto se admite la configuración de potestades implícitas o inherentes. La doctrina acepta que, excepto en actos de gravamen, puedan existir permisiones implícitas o inherentes regidas por el principio de la especialidad (70).

Algo similar acontece en los supuestos la delegación legislativa en el proceso de interpretación constitucional, al admitirse el principio del «standard» inteligible como criterio genérico que rige la atribución de poderes legislativos (71), quebrándose el sentido absoluto de la máxima lockeana *delegata potestas non potest delegari*. La facultad del Ejecutivo de dictar disposiciones legislativas con arreglo a las bases que fija el Congreso, con un plazo para su ejercicio, conforme al artículo 76 de la C. N., para regular materias de la Administración o en situaciones de emergencia, no implica la transferencia ni dejación de las facultades del Poder Legislativo. La delegación legislativa es, en definitiva, como afirmaba Bielsa, un encargo o comisión que el Legislativo encarga al Ejecutivo (72) con arreglo a la política legislativa establecida por el Congreso (73).

En definitiva, las tesis de la vinculación positiva y negativa de la ley formal y material con la Administración resulta más compatible en los sistemas parlamentarios europeos que en la de los Hispanoamérica que adoptaron el presidencialismo de la Constitución de Filadelfia, con una interpretación coordinada y flexible de la separación de poderes que abre el juego a una aplicación acentuada de delegaciones legislativas, enmarcadas en las directivas políticas del Congreso. En Argentina, estas delegaciones están sometidas siempre al control de constitucionalidad por arbitrariedad, que incluye la revisión de la razonabilidad y proporcionalidad de la legislación delegada.

En nuestra opinión, la delegación constituye una herramienta de técnica legislativa esencial para el ejercicio de una buena Administración. En efecto, por nuestra idiosincrasia, tradiciones y fuentes constitucionales precisamos seguir un camino de mayor tolerancia a las delegaciones que efectúa el Congreso en el Poder Ejecutivo, reconociendo la validez constitucional de herramientas que instrumenten conceptos jurídicos indeterminados que establezcan la política legislativa del Congreso, el cual por su composición y funciones, carece de estructuras técnicas para determinar concretamente las bases de la delegación (74).

(70) Véase: nuestro *Curso de Derecho Administrativo*, T.º, 13.ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2021, pp. 254-255; PERRINO, P. E., *Breves reflexiones sobre el principio de legalidad de la administración, las potestades administrativas y las restricciones de derechos*, en RDA 2024-151, y LINARES, J. F., *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, pp. 228 ss. especialmente pp. 246-248 (nota 51).

(71) Ampliar en BIANCHI, A. B., *La delegación legislativa: evolución y estado actual*, Anuario del Centro de Derecho Constitucional núm. 3, UCA, Buenos Aires, 2015, disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/delegación-legislativa-evolución-estado.pdf>, pp. 15-45 y ZIULU, Adolfo Gabino, *La doctrina de la delegación legislativa en la jurisprudencia de los Estados Unidos* (en línea). Prudentia Iuris, 2002, 56. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/17292>.

(72) BIELSA, R., *Reglamentos delegados*, LL 102:1071.

(73) Fallos 18:187, in re «Héctor Czerniecki» y Fallos 330:1885, en el caso «!Comisión Nacional de Valores c/ Establecimiento Modelo Terrabusi S. A.

(74) Sobre la admisibilidad de los conceptos jurídicos indeterminados para establecer la política legislativa del Congreso en los Estados Unidos, nos remitimos al excelente y completísimo trabajo reciente de BIANCHI, A. B., *Un cambio significativo en la Corte de los Estados Unidos sobre control judicial de los reglamentos administrativos (una referencia necesaria para el principio judicialista de*

6. LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

6.1 EL ESCENARIO ACTUAL

El dictado del Decreto 70/23, por parte del Presidente de la República, ha puesto en cuestión, nuevamente, con una excesiva proliferación de fallos y trabajos doctrinarios, los principios constitucionales que justifican la potestad del Ejecutivo para ejercer funciones materialmente legislativas, en circunstancias excepcionales, conforme al precepto contenido en el artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional.

Se trata de una cuestión que reviste una trascendencia que escapa a los cánones ordinarios debido a las razones históricas que condujeron a la incorporación de dicho precepto en la C. N. y a la necesidad de compatibilizar las concepciones y principios fundantes de la Constitución, particularmente el principio democrático, con el sistema presidencialista adoptado y la teoría de la separación de los poderes, a la luz de las circunstancias actuales.

Uno de los más grandes constitucionalistas argentinos, Joaquín V. González, entendía que la interpretación constitucional era una actividad que no operaba sobre un organismo estático sino pleno de vida y dinamismo. Y si bien esta opinión no impide interpretaciones subjetivas sobre los textos constitucionales, basadas en ideologías extrañas a la propia carta fundamental, permite comprobar que las Constituciones «no son anillos de hierro sino organismos vivos que se transforman, aumentan, se desarrollan, se simplifican, se multiplican y naturalmente, las condiciones nuevas de la sociedad, mejoradas, por otras ideas ambientes llegan a influir en el espíritu de la Constitución; y es así como los Estados Unidos han cambiado de sentido real, cláusulas las que pocas décadas antes eran interpretadas en sentido diferente», agregando que «esa es la misión de los jueces» (75).

Algunas pautas de interpretación contribuyen a una cabal y justa interpretación constitucional. Por de pronto, no caben los métodos holísticos que prescinden de la teoría de los sistemas confundiendo las partes con el todo (76), ya que la tarea interpretativa exige que en el análisis de las cuestiones se tenga en cuenta que las propiedades del «todo» (sistema) son distintas de las propiedades de sus «partes» (subsistemas), las cuales funcionan, sin embargo, de forma ordenada, «tanto respecto de ellos como respecto a su totalidad» (77).

No hay que olvidar tampoco que estamos en presencia de la interpretación de un texto positivo que impide crear requisitos adicionales a los que prescribe la Constitución, desfigurando la verdadera intención del constituyente, mediante interpretaciones subjetivas.

Argentina), La Ley, diario del 22 de agosto de 2024, p. 10, menciona entre los estándares que conforman el llamado principio inteligible, los conceptos de «justo y razonable», «interés público», «conveniencia, interés o necesidad pública», «lucro exagerado» y «métodos de competencia desleales».

(75) GONZÁLEZ, J. V., *Obras Completas*, T.º VII, Ed. Universidad de La Plata, Buenos Aires, 1935, pp. 195-196.

(76) Vid. FALCÓN, E. M., *Sistemas y Proceso*, La Ley, Buenos Aires, 2022, diario del 26 de agosto de 2022, pp. 1 ss.

(77) *Ibidem*, p. 1.

Menos aún, puede suponerse que sea posible propugnar la configuración de una potestad discrecional que conceda alguna opción al Ejecutivo para ejercer a su arbitrio lo prescripto por la norma. Es claro que, nos encontramos ante a conceptos jurídicos indeterminados (78) respecto de facultades excepcionales del Ejecutivo que admiten una única respuesta justa, siempre que se configuran los presupuestos habilitantes establecidos en la norma constitucional positiva.

Antes que una metodología empírica, resulta imprescindible realizar una interpretación sistémica y justa del precepto, apoyada en los principios constitucionales que estructuran nuestra Carta Magna y en el imperativo de que no es posible poner trabas interpretativas para la realización de una finalidad constitucional (79). Ese fin conduce a admitir y no obstaculizar los medios jurídicos que la Constitución pone al alcance del Presidente en situaciones excepcionales de necesidad y urgencia (80).

Por último, no resulta lógico ni coherente con el texto constitucional omitir que la circunstancia excepcional por la que atraviesa nuestro país, caracterizada por un proceso de estancamiento y de hiper inflación (81) es única en su vida institucional y que exige soluciones perentorias de carácter permanente para retomar al sistema de libertades que consagra la Constitución en su histórico Preámbulo, que conforma uno de sus fines esenciales (82).

Como se verá seguidamente, constituye un error interpretar la teoría de la separación de los poderes de un modo absoluto (al estilo de la Asamblea francesa de 1789).

El error de semejante doctrina conduce a suponer que, en dicha teoría, la función legislativa se concibe totalmente separada de la ejecutiva, asignando prevalencia absoluta al Congreso sobre el Presidente, quien tendría prohibido el ejercicio de funciones materialmente legislativas (83), algo que no ocurre en el sistema norteamericano que nos sirvió de fuente constitucional (84).

(78) GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 18.ª ed., Thomson-Reuters, Madrid, 2017, pp. 503 ss.

(79) Fallos 325:723 y 328:1852, entre otros.

(80) OYHANARTE, M. (h), *Curación del trámite ordinario para la sanción de las leyes. Un estudio empírico para el control de los DNU*, en SANTARELLI, F. G., *DNU 70-2023, Bases para la reconstrucción de la economía Argentina*, Libro Digital, PDF, La Ley, Buenos Aires, 2024, pp. 114-115.

(81) El índice de inflación en 2023 alcanzó a la descomunal cifra de 211,4%, la mayor del mundo.

(82) OYHANARTE, M. (h) cit., pp. 114-116, proporciona numerosos ejemplos de DNU dictados por Presidentes que gobernaron desde 1994 que contienen normas permanentes.

(83) La tesis contraria la venimos sosteniendo con anterioridad a la reforma de 1994: *La Constitucionalidad del nuevo signo monetario*, diario La Nación del 20 de junio de 1985. Interesa puntualizar que según nos expresó el Dr. Jorge Enrique Cermesoni, muy cercano al Dr. Raúl Alfonsín y el testimonio del Dr. Rodolfo Luis Vigo, cuando se desempeñaba como Juez de la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe en el año 1994, en el sentido que el ex Presidente Alfonsín consideraba necesario para poder gobernar la utilización acotada de los Decretos de Necesidad y Urgencia, al punto que durante su mandato tuvo que dictar diez DNU. Ello sin perjuicio de que el Dr. Alfonsín buscara, en la Convención de los Constituyentes, limitar las atribuciones legislativas al Poder Ejecutivo, en la forma prevista por el artículo 76 de la C. N.

(84) Véase: CORRES-ILLERA, M. y CUEVAS LANCHARES, J. C., «Un estudio comparativo sobre el Poder Ejecutivo entre Estados Unidos y España: el uso y abuso de las órdenes ejecutivas y los Reales Decretos-Ley», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 116, Madrid, 2023, pp. 315-355.

6.2 DIFERENTES INTERPRETACIONES SOBRE LA SEPARACIÓN DE PODERES CON RESPECTO A LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DNU

En la historia del derecho público argentino se han suscitado dos interpretaciones distintas sobre la aplicación de la doctrina de la separación de los poderes en nuestra Constitución Nacional, particularmente en lo que concierne a la constitucionalidad de los DNU.

La primera, a la que adherimos, junto a la mayor parte de los cultores del Derecho Administrativo argentino, sostiene la constitucionalidad de los DNU, apoyándose en la interpretación relativa de la concepción de Montesquieu, en el sentido de admitir la posibilidad de que en circunstancias excepcionales pueda el Poder Ejecutivo, dictar decretos con fuerza de ley. Esta fue la doctrina tradicional seguida, en el Derecho Constitucional por Joaquín V. González y en el derecho administrativo por Bielsa, Villegas Basavilbaso, Marienhoff, Bosch, entre otros y por Ramón Ferreyra, Procurador del Tesoro de la República, que escribió el primer libro de Derecho Administrativo argentino (85).

En cambio, si se parte de la concepción rígida de la separación de los poderes, que sustenta el dogma roussoniano de la ley como producto de la voluntad general, adjudicada al legislador en forma exclusiva, resulta lógico el razonamiento que condujo a los constitucionalistas posteriores a Joaquín V. González a sustentar el rotundo rechazo a los DNU (tal como lo hicieron juristas de la talla de Linares Quintana y otros, con posterioridad), en la doctrina constitucional.

No obstante, los DNU siguieron dictándose en los períodos anteriores a la reforma constitucional de 1994 y aun a posteriori. En la época del ex Presidente Menem se dictaron numerosos DNU, lo que motivó que, en la reforma de 1994, se impusieran determinados límites o reservas legales.

Entre los argumentos que imaginan actualmente algunos legisladores para rechazar su constitucionalidad, se ha llegado a decir que los DNU, al legislar sobre derechos de fondo, violan el sistema republicano y representativo de la Constitución, olvidando que otros países que sustentan el sistema republicano y la separación de poderes (bien que con sus peculiaridades típicas) han reconocido poderes legislativos al Ejecutivo (por ejemplo, los decretos legislativos en Francia, a partir de la Constitución de 1958).

Lo que acontece con el DNU 70/2023 es que, por primera vez en nuestra historia constitucional, se configura una situación de necesidad y urgencia en forma integral, que demanda una solución única y drástica para remediarla, a fin de superar el grave riesgo social de caer en un proceso de inflación incontenible. Si en algunos supuestos del DNU 70/2023, no se cumplimentaran los presupuestos habilitantes será cuestión de la justicia privarlo de efectos puntuales, con referencia a una medida concreta, sin que ello repercuta necesariamente sobre la totalidad del Decreto Legislativo.

(85) GONZÁLEZ, J. V., *Obras completas*, cit., T.º III, pp. 47 ss.

En cuanto al fondo, el DNU 70/2023, configura una situación extrema que supera la emergencia (que siempre es transitoria) (86) y traduce la necesidad de volver a los postulados de la Constitución alberdiana, mediante la remoción de los obstáculos que, mediante un círculo vicioso de regulaciones, suprimen las libertades, crean privilegios sectoriales e impiden salir de la más peligrosa crisis económica y social a la que nos llevó una política estatista que agravó el déficit fiscal, hasta llegar a límites susceptibles de crear una situación de grave riesgo social, con olvido de los parámetros económicos que observan la mayoría de los países del mundo, incluso los de nuestra región de Iberoamérica (que no incurren en crónicos «déficits» fiscales).

6.3 NECESIDAD Y ESTADO DE NECESIDAD. LOS DECRETOS, LEYES Y LA EMERGENCIA

En la doctrina, se ha distinguido la necesidad del estado de necesidad (87). Mientras el estado de necesidad constituye una relación entre dos sujetos en el sentido de que ante un mal inminente y grave se justifica el hecho necesitado o autoriza a causar un daño, la necesidad es fuente potencial y generadora de normas que, como tal, deroga excepcionalmente principios generales del derecho. Es un *ius singulare* (88). Pero, Estado de necesidad y necesidad se fundan en un mismo principio: *necessitas ius constituit*.

Por su parte, la figura del Decreto-Ley, muy extendida en Francia entre 1924 y 1958 (89), se refiere a disposiciones de carácter legislativo que requerían la ratificación del Congreso (90), dictadas con fundamento en el derecho de conservación del Estado y el mantenimiento de los servicios públicos.

A su vez, en ese entramado de figuras constitucionales difusas convivieron, durante algún tiempo, las llamadas ordenanzas de urgencia junto a las medidas de emergencia consideradas estas últimas como medidas transitorias que comprimen o limitan los derechos subjetivos e intereses de los ciudadanos (91). La emergencia ha sido caracterizada como una situación grave que cuando va unida a la necesidad, concebida esta última como una carencia o falla, permite adoptar soluciones jurídicas de cierta duración (92) o permanentes.

(86) ABERASTURY, P. (h), «Reglamentos de necesidad y urgencia en el actual proceso de democratización», en *Revista de Derecho Administrativo*, año 1, núm. 2, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 505, distingue, acertadamente, la necesidad y urgencia del concepto de emergencia que permite una compresión transitoria de los derechos individuales y que, en la actualidad, habilita la procedencia de la delegación legislativa (art. 76 CN).

(87) BIELSA, R., *El estado de necesidad en el derecho constitucional y administrativo*, 2.ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1957, pp. 9 ss.

(88) *Ibidem*, p. 13.

(89) MORAND DEVILLER, J., *Droit Administratif*, 13.º ed., L. G. D. J., Paris, 2013, pp. 261 ss.

(90) BIELSA, R., *El estado de necesidad...*, cit., pp. 18 ss. En Argentina, el concepto de Decreto-Ley se utilizó por los gobiernos de facto para nominar a los decretos con fuerza de ley, véase: MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T.º I, Abeledo-Perrot, 4.º ed., Buenos Aires, 1990, pp. 231 ss.

(91) *Ibidem*, p. 94.

(92) ROSATTI, H., *Tratado de Derecho Constitucional*, T.º II, 2.ª edición ampliada y actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, pp. 687-688.

A diferencia del *ius singulare* que configura la necesidad, el estado de necesidad constituye una situación de emergencia mientras que la necesidad en sentido propio implica la facultad de resolver una situación excepcional en forma permanente con soluciones de cierta duración (93). Esa era la principal doctrina existente en la Argentina sobre la materia (94) hasta la reforma constitucional de 1994. Sin embargo, a posteriori del trabajo de Bielsa antes citado, un sector del derecho administrativo sostuvo que los Decretos legislativos eran reglamentos de necesidad y urgencia y que la situación excepcional que remediaban debía ser aguda y súbita (95) (v.gr. terremotos, incendios, epidemias), asimilando dicha figura al concepto de emergencia.

La doctrina del reglamento de necesidad y urgencia cobró trascendencia a raíz del prolijo abordaje que llevó a cabo Villegas Basavilbaso en su tratado, quien llegó a sostener que dicho reglamento «puede crear normas jurídicas nuevas o derogar las existentes» (96).

6.4 LOS PRESUPUESTOS HABILITANTES EXIGIDOS POR EL ARTÍCULO 99 INC. 3 DE LA C. N.

6.4.1 Requisitos sustanciales

En medio de la diversidad de doctrinas y terminologías expuestas en el punto anterior, el constituyente de 1994 optó por adoptar la figura de los Decretos legislativos, denominados comúnmente Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU).

Las razones para incorporarlos al derecho positivo constitucional han sido expuestas en sucesivos trabajos doctrinarios de envergadura (97) por lo que carece de utilidad práctica que nos ocupemos de ello aquí, máxime porque estamos convencidos de que lo decisivo en la interpretación más que los motivos que indujeron a los constituyentes del 94, es la razón y el sentido del precepto positivo sancionado.

En este punto, señalamos desde ya que, no obstante las respetables opiniones que le asignan al texto constitucional un contenido mayor, lo esencial radica en determinar lo que realmente preceptúa, conforme a las reglas de la sana crítica.

Si se mira bien el escenario que describe el inc. 3.º del artículo 99 de la C. N. se advierte que, el dictado de decretos legislativos por parte del Presidente de la República está subordinado a tres presupuestos de naturaleza material, contenidos en los conceptos de: a) necesidad; b) carácter excepcional; y, c) urgencia.

(93) BIELSA, R., *El estado de necesidad...*, cit., p. 139.

(94) VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho Administrativo*, T.º I, TEA, Buenos Aires, 1949, p. 297, nota 81.

(95) MARIENHOFF, M. S., *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., T.º I, p. 264.

(96) VILLEGAS BASAVILBASO, B., *Derecho Administrativo*, cit., T.º I, p. 293.

(97) Entre otros: MANILI, P. L., *Tratado de Derecho Constitucional Argentino Comparado*, T.º VI, La Ley, Buenos Aires, 2021, pp. 131 ss., afirma, con razón, que no debe confundirse el objetivo que persiguió la reforma (según algunos constituyentes, como García Lema y Quiroga Lavié) con lo que se plasmó en el propio texto positivo ni con lo que se interpretó en la praxis constitucional. Así, hubo autores que sostuvieron que la reforma de 1994 implicó la flexibilización de la facultad de dictar los DNU (Cfr. BARRA, R. C., *Decretos necesidad y urgencia. El caso «Rodríguez»*, LL 1998-B-1362). En una posición más cercada a la de Barra, sostuvimos que lo más trascendente de la Reforma de 1994, es haberles otorgado carta de constitucionalidad a los DNU, en armonía con las tesis administrativistas y la opinión de Joaquín V. González.

En cuanto al primer presupuesto habilitante, si se toma la 5.^a acepción del Diccionario de la RAE, se advierte que la necesidad se vincula al peligro o riesgo frente al cual se precisa un auxilio urgente. Una metáfora que cuadra es la de la necesidad de realizar una operación quirúrgica que, además, debe ser de urgencia, porque así lo demanda el texto constitucional. La doctrina española, de cara a una regulación semejante prevista en la Constitución, ha dicho que se trata de una necesidad relativa (98), es decir, no absoluta, habiendo argumentado, incluso, que el Gobierno, como órgano democráticamente elegido ha optado por determinados objetivos, con independencia que desde otra óptica política puedan considerarse innecesarios (99).

El segundo requisito alude al carácter excepcional de la necesidad para legitimar el dictado del DNU, en cuanto ha de tratarse de una situación de hecho anormal que exceda lo ordinario o normal (100).

El tercer recaudo, uno de los más controvertidos en el caso, es el relativo a la urgencia, entendiéndose por tal a la relación existente entre la necesidad y el factor tiempo, para lo cual el artículo 99 inc. 3.º de la C. N. requiere de la ocurrencia de circunstancias excepcionales que tornan imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes por el Congreso.

La interpretación de la Constitución española registra discrepancias en punto a la naturaleza del concepto de «extraordinaria y urgente necesidad», ya que mientras en el campo del derecho administrativo se ha entendido que se trata de un concepto jurídico indeterminado (controlable por los jueces) en el marco de una situación de hecho imprevisible y de urgencia, de otro lado, un constitucionalista eminente, Manuel ARAGÓN REYES, ha sostenido que la cláusula de la Constitución española que prescribe la «extraordinaria y urgente necesidad» deja en manos del Gobierno y del Congreso la libre apreciación política de su comprobación en cada caso, aunque siempre sea susceptible de control judicial por su uso abusivo o arbitrario (101).

6.4.2 Requisitos formales

Dada la supremacía de la Carta Magna, el incumplimiento de los requisitos formales implica una típica inconstitucionalidad en las formas que rigen su dictado, lo cual acontece en dos circunstancias procedimentales (art. 99, inc. 3.º tercer y cuarto párrafo, de la C. N.) del DNU:

a) No se dicte en un acuerdo general de ministros y no se formalice el refrendo de todos ellos:

(98) YLARRI, J. S., *Los Decretos-Leyes y el control de la «extraordinaria y urgente necesidad»*, Lajouane, Buenos Aires, 2019, p. 64.

(99) *Ibidem*, p. 65, nota 10. En esta nota YLARRI cita dos trabajos de SORIANO GARCIA, J. E., a uno de los cuales hemos accedido y que lleva por título: «Los Decretos-Leyes en la jurisprudencia constitucional española», publicado en *RAP*, núm. 100-102, 1, 1983, pp. 453-470.

(100) Cfr. SANTAMARIA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pp. 633-634, agregando que debe tratarse de una situación imprevisible.

(101) ARAGÓN REYES, M., *Uso y abuso del decreto-ley: un presupuesto de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 63-64.

b) No se someta, por parte del Jefe de Gabinete, a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

De allí en más, la ley que reglamentó el tratamiento de los DNU en el Congreso (Ley 26.122) establece un procedimiento especial, de aprobación legislativa, que se contrapone a la finalidad de impedir el poder excesivo del Presidente de la República (102), si es que esta hubiera sido la intención de los constituyentes, algo difícil de esclarecer con precisión cuando se trata de la formación y expresión de una voluntad colectiva de un cuerpo colegiado numeroso en el que vaya a saberse cuál fue el propósito que orientó el voto de cada uno.

En suma, estamos ante una situación de «grave riesgo social», como lo puntualiza la jurisprudencia de la Corte Suprema (103). En parte alguna de la Constitución se prohíbe que los DNU contengan disposiciones permanentes y que no puedan derogar leyes de fondo ni tampoco se exige que su contenido vaya saliendo por etapas, caso por caso.

Menos suerte debería correr el argumento según el cual debió el Presidente convocar a sesiones extraordinarias para que se debatiera el DNU en el Congreso por dos razones que resisten cualquier impugnación dialéctica. En primer lugar, la circunstancia de que el propio texto constitucional habilita al Poder Ejecutivo a dictar los DNU cuando sea imposible acudir al procedimiento ordinario previsto para la sanción de las leyes y no al extraordinario. El Ejecutivo no está obligado por la Constitución a incluir el tema de la aprobación de un DNU entre las materias que se abordan en las sesiones extraordinarias.

Ello es así, por cuanto, la aprobación de los DNU está regulada por la ley, mediante un trámite especial y el Presidente cumple con el mandato constitucional enviando el DNU a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente, conforme al procedimiento de la Ley 26.122, norma que, por más objetable que fuera, es la que nos rige.

En conclusión, el DNU 70/2023 es constitucionalmente válido en la medida que establece una reforma legislativa integral imprescindible para la subsistencia del Estado que cumple con los requisitos materiales y formales a la luz del sistema que prescribe la Constitución en su artículo 99, inc. 3.º, norma que solo limita la amplitud material de su contenido a las reservas legales establecidas (penal, tributaria, electoral y régimen de los partidos políticos) (104) y en la medida en que se cumplan los presupuestos habilitantes que exige, en forma expresa, el citado precepto positivo de la Constitución Nacional.

(102) En una nota periodística de un nivel poco común de excelencia BIANCHI, A., ha dicho: «No he logrado entender del todo a los constituyentes del 94 que, bajo la consigna de limitar los poderes del Poder Ejecutivo, le dieron una herramienta tan poderosa como los DNU, en nota titulada El megadecreto frente al espejo de la Constitución», diario *La Nación* del 14 de diciembre de 2023, p. 12.

(103) El concepto de «grave riesgo social» que se esgrime en la jurisprudencia de la Corte Suprema (Fallos 327:5559, entre otros), que nadie ha negado, es fundamental para determinar la constitucionalidad del DNU 70/2023.

(104) Cfr. SACRISTÁN, E. B., «Decretos de necesidad y urgencia en la Convención Constituyente de 1994: la cuestión de la materia», *El Dial.com*, de fecha 3 de febrero de 2024, especialmente, pp. 2 ss.

No estamos, como apunta con fina ironía BIANCHI (105), ante el fin de la República, ya que están abiertos todos los resortes del control parlamentario y judicial. El DNU 70/2023 ha sido sometido a la consideración de la Comisión Bicameral Permanente como lo manda la Constitución y los jueces ejercen el control de su constitucionalidad en los casos concretos sometidos a su juzgamiento. La supremacía constitucional o suma regla (106) se impone y el Estado de Derecho está garantizado con la vigencia efectiva de la separación de poderes y la independencia del Poder Judicial, dos principios fundamentales que afirman la estabilidad de nuestra democracia.

7. LEGALIDAD Y CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y ACTIVIDAD MATERIALMENTE DE OTROS ÓRGANOS DEL ESTADO

En los sistemas judicialistas, como el diseñado en la Constitución Argentina, el control de la legalidad del accionar de la Administración y de la actividad materialmente administrativa de otros órganos del Estado (el Legislativo o el Poder Judicial) se encuentra asignado a tribunales judiciales.

A diferencia del judicialismo norteamericano nuestro sistema es tributario del sistema judicialista de Cádiz (107), aun cuando éste tardó muchos años en imponerse en España. Veamos, ahora, en forma sucinta, las similitudes y diferencias con el sistema judicialista estadounidense.

7.1 SIMILITUDES Y ANALOGÍAS ENTRE SISTEMA JUDICIALISTA ARGENTINO Y EL NORTEAMERICANO

En comparación con el sistema establecido en la Constitución de Filadelfia se advierten una serie importante de similitudes y analogías, las que, por tratarse de un tema obvio y suficientemente conocido, solo abordaremos en sus aspectos esenciales.

Tanto en la organización del sistema federal de gobierno como en la adopción del presidencialismo hay en nuestra Constitución preceptos que son meras reproducciones de la Constitución norteamericana junto a otros que exhiben similitudes y analogías, sin desconocer que en este examen la semejanza distingue si la cosa objeto de la comparación es común (similitud) o distinta (analogía).

Por ejemplo, existe una gran similitud entre el artículo 31 de la Constitución Argentina y su equivalente norteamericano (108), en cuanto al reconocimiento de

(105) BIANCHI, A. B., *El megadecreto...*, cit., p. 12.

(106) FERREYRA, R. G., *Fundamentos constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 344, afirma que la Constitución constituye la «suma regla» de orden estatal, añadiendo que «en el Estado Constitucional todo derecho del Estado debe ser genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo»

(107) Ampliar en nuestro libro: *El principalismo y las fuentes de la Constitución Nacional, Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2023, especialmente, pp. 142 ss.

(108) Artículo VI, 2.ª parte de la Constitución de los Estados Unidos.

la Constitución como ley suprema y al consecuente principio de supremacía Constitucional. Este principio traduce el carácter normativo de la Constitución y su prevalencia sobre las leyes, prelación que tiene también sobre los tratados internacionales en general, salvo los tratados que poseen jerarquía Constitucional (art. 75 inc. 22 C. N.), no obstante que los preceptos de estos tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución.

Al propio tiempo, hay una relación de analogía comparativa en la regulación de las normas sobre federalismo y el sistema presidencial.

No obstante que ambas constituciones se enroscan en el llamado sistema judicial de revisión de la actividad de la Administración y presentan analogías de trascendencia, como las relativas a la regulación de la competencia de la Corte Suprema y demás tribunales federales (arts. 116 y 117 de la C. N.), regulada con conceptos semejantes a los de su fuente norteamericana, o el precepto que prescribe la garantía de la defensa o debido proceso adjetivo (art. 18 C. N.), lo cierto es que el artículo 109 de la C. N., ausente en la Constitución de los Estados Unidos, establece una diferencia específica que acentúa notablemente el judicialismo, dotándolo de una singularidad, que fortalece la independencia del Poder Judicial.

Pese a que la interpretación de la Corte Suprema Nacional reconoció finalmente una jurisdicción administrativa primaria en los tribunales administrativos que cumplen con determinados requisitos en cuanto al órgano (independencia, imparcialidad, y especialización) introdujo una condición inexcusable para armonizar el sistema de la revisión judicial en su conjunto, al establecer que siempre debía ser posible que la justicia fuera la que efectuara la revisión final de esas decisiones, con amplitud de debate y prueba, de las cuestiones tanto de hecho como de derecho. Es decir, que si bien en ambos sistemas la ley puede crear jurisdicciones administrativas primarias no son instituciones semejantes y rige entre nosotros el principio de revisibilidad jurisdiccional amplio que es algo más que una presunción, como se pregonaba en el derecho norteamericano.

Finalmente, un tema que genera dudas interpretativas y que ha dividido a la doctrina es el relativo a los efectos *erga omnes* de las sentencias que declaran la nulidad o inconstitucionalidad de normas de naturaleza legislativa o reglamentaria (109). La cuestión pone en juego el remanido carácter difuso que, para un sector del derecho constitucional, tendría el sistema judicialista argentino creado para entender en la resolución de causas (entre partes contrapuestas), conforme al artículo 116 de la C. N. Este carácter difuso del control de constitucionalidad o de legalidad, si bien es la regla general, admite excepciones (v.gr. procesos colectivos (110)).

Sin pretender profundizar aquí sobre esta cuestión (111), consideramos que, en determinadas situaciones y con resguardo de la garantía de la defensa y de la tutela

(109) Ampliar en LAPLACETTE, C. J., *Acciones Declarativas de Inconstitucionalidad*, La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 243 ss.

(110) SOLA, J. V., *El caso «Halabi» y la creación de las acciones colectivas*, LL, 2009-B-154.

(111) A favor de la posibilidad de reconocer «efectos *erga omnes*»: BIDART CAMPOS, G. J., *La interpretación y el control constitucionales de la jurisdicción constitucional*, 2.^a ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pp. 141-143; BOSCH, J. T., *¿Tribunales Judiciales...», cit.*, p. 137; GRECCO, C. M., *Impugnación de disposiciones reglamentarias*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, pp. 107 ss.; COMADIRA, J. R. Y MONTI, L. (col.), *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2002, T.º I, pp. 470-473, así como nuestros trabajos *La impugna-*

judicial efectiva, se ha incrementado la posibilidad de reconocer, en nuestro derecho y en el derecho procesal interamericano (112), efectos *erga omnes* a sentencias que anulan o declaran la inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, tanto en procesos individuales como colectivos.

En tal sentido, en una sistematización realista de los supuestos que admiten el reconocimiento de efectos *erga omnes* de las sentencias judiciales se han seleccionado dos especies de controversias: a) la resolución múltiple de conflictos; y, b) los conflictos en los que su resolución exija atribuirles a efectos expansivos (113).

A falta de una regulación legal sobre esta temática, seguimos pensando que el carácter «extra-partes» solo adquiere vigencia y firmeza si el mismo es establecido en un fallo del Alto Tribunal.

7.2 DIFERENCIAS ESPECÍFICAS CON EL SISTEMA JUDICIAL NORTEAMERICANO

No son pocas las diferencias existentes entre las Constituciones de los Estados Unidos y de Argentina, como bien lo ha reiterado Alberdi en sus diferentes obras y escritos.

La comparación suele hacerse, en general, sobre la Constitución formal de cada país entendiendo por tal, el texto positivo único y codificado de la Constitución, sin profundizar mayormente sobre la diferencia con los principios establecidos en los precedentes judiciales que son los reales y típicos de cualquier sistema constitucional (114). Una cosa es la Constitución formal positiva (115) y otra es la Constitución material formalizada a través de los principios elaborados por la jurisprudencia.

Un análisis de esta naturaleza, que excluya los principios constitucionales que surgen de la jurisprudencia de la Corte argentina e incluso de la legislación, caería en el defecto positivista de suponer que el derecho está constituido solo por fuentes formales positivas sin que tengan cabida, en el plano de su vigencia efectiva y vinculante, los denominados principios generales del derecho (116), que prevalecen sobre las normas y cuya estructura lógica es comprensible por cualquier jurista con mínimos conocimientos acerca de la teoría del derecho y de la filosofía jurídica (antecedentes de hecho, mandato y consecuencia jurídica).

ción judicial de reglamentos en el orden nacional, LL, 1979-C-721, reiterados más tarde en *El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general en Derecho procesal administrativo* (dir. Juan Carlos Cassagne), T.º I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 985; en contra: MAIRAL, H. A., *Control judicial...*, cit., p. 1014 ss., entre otros.

(112) Vid. MANILI, P. L., *Derecho Procesal Constitucional e Interamericano*, La Ley, Buenos Aires, 2023, p. 114 ss.

(113) LAPLACETTE, C. J., *Acciones declarativas...*, cit., p. 255 ss.

(114) SANTIAGO, A., *Bien común y derecho constitucional*, ed. Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 261 ss., hace un correcto análisis de las tesis realistas del derecho en la jurisprudencia de la Corte.

(115) Véase, BIDART CAMPOS, G. J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T.º I, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 36 y ss, especialmente pp. 40-41.

(116) Ampliar en nuestro libro *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, 2.ª ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021.

En el cuadro de las distinciones entre un sistema y otro figuran, en primer lugar, cinco regulaciones diferentes propias de la Constitución formal que, según su orden de trascendencia, son:

1. la interdicción impuesta al Poder Ejecutivo para el ejercicio de funciones judiciales (art. 109 C. N.), ausente en la Constitución norteamericana (117);
2. el no sometimiento de los Estados a la jurisdicción de los tribunales federales prescripto en la Enmienda XI de la Constitución de los Estados Unidos, precepto inexistente en la Constitución nacional (118);
3. la prohibición al Congreso de conceder al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias o supremacías bajo pena de nulidad (art. 29 C. N.), que tampoco prescribe en la Constitución de los Estados Unidos;
4. la potestad del Congreso para el dictado de la legislación común o Códigos de fondo (art. 75 inc. 12 C. N.) que no existe en la Constitución norteamericana (119). Sobre el tema, la doctrina ha dicho que «las cuestiones sometidas al derecho común deben ser reservadas a los tribunales judiciales competentes y no colocar una valla que afecte al debido proceso, cuando el conflicto no tiene que ver con el ejercicio del derecho público asignado al Estado en ejercicio del poder de policía específico» (120).
5. el principio de la tutela judicial efectiva, que surge de lo prescripto por los artículos 8 y 25 de la CADH.
6. el hecho de que la Constitución norteamericana prescribe dos formas de ejercer la función judicial: a) según la ley y, b) conforme a la equidad (art. III, sección 2.^a inc. 11 y art. XI) (Enmienda constitucional) (121).

A su vez, un somero examen acerca de los principios y praxis de la llamada Constitución material o real del derecho constitucional norteamericano permite advertir una serie importante de diferencias específicas en punto al sistema judicialista.

Por de pronto, como consecuencia de la recepción de las tradiciones anglosajonas, en la Constitución material-formal del derecho norteamericano rige la regla de la inmunidad soberana que se traduce, en la imposibilidad de demandar al Estado

(117) Vid: BULLRICH, R., *Principios generales de Derecho Administrativo...*, cit., pp. 152 ss., uno de nuestros predecesores en la cátedra de Derecho Administrativo de la UBA que más se ocupó del análisis del ex artículo 905 de la C.N. (actual art. 109) critica «el hábito de subordinar nuestras cuestiones constitucionales a las que se tratan en los Estados Unidos» (*op. cit.* p. 154).

(118) Aspecto diferencial que ha destacado BIANCHI A. B., ver: *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*, Cátedra Jurídica, Buenos Aries, 2019, pp. 272-273 y recientemente reiterado en *Dos comentarios sobre...* cit., p. 1, texto y nota 6.

(119) Este precepto reviste implicancias para el sistema judicialista adoptado particularmente en dos materias: a) la regulación de la responsabilidad del Estado en la Nación y Provincias y, b) la prohibición de que los tribunales administrativos decidan cuestiones de derecho común.

(120) ABERASTURY, P., *Las funciones de la Administración y un aspecto del caso «Ángel Estrada»*, RDA 58-962.

(121) Aspecto que destacan: SÁNCHEZ VIAMONTE, C., *Manual de Derecho Constitucional*, ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1958, p. 313 y CLARKE ADAMS, J., *El derecho administrativo norteamericano. Nociones institucionales de derecho administrativo comparado*, trad. del inglés, Eudeba, Buenos Aires, 1964, pp. 11 ss., afirma que la equidad «es fuente de especial importancia en el derecho administrativo».

sin su consentimiento, salvo algunas hipótesis excepcionales (122). Esta regla, contraria a nuestra tradición jurídica y legislativa (123) adoptada en el año 1864 por la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso «Seste y Seguich», hoy día resulta anacrónica, aunque sea la regla actualmente vigente en el derecho norteamericano, que se mantiene incólume como un principio que carece de explicación en un gobierno republicano, pese a las conocidas críticas que ha recibido de la propia doctrina estadounidense.

Es evidente, entonces, que en este punto central del proceso contencioso-administrativo, como es la demandabilidad del Estado, la Constitución real del modelo norteamericano resulta incompatible con la argentina y demuestra hasta qué punto la herencia anglosajona ha continuado prevaleciendo en los Estados Unidos en esta materia, mientras que, nuestro país ha seguido la tradición de su derecho patrio, reafirmada tras la sanción de la ley 11.634 de 1932.

Otra característica que marca una distinción importante estriba en la existencia de tribunales legislativos creados por el Congreso que actúan como órganos independientes del Poder Ejecutivo que constituyen, como se ha dicho, «una categoría ajena a nosotros» (124).

Por lo demás, un rasgo distintivo esencial radica, en el fondo, en la peculiar interpretación que hace el derecho norteamericano acerca de la doctrina de la separación de los poderes al atribuirles a las agencias creadas por el Congreso conjuntamente poderes legislativos y judiciales en sentido material. Precisamente esta característica ha llevado a Schwartz a reconocer que la principal diferencia que existe entre el Derecho Administrativo de los Estados Unidos y el Derecho continental europeo es que el primero se centra en las agencias, mientras que el segundo lo hace en la Administración Pública (125).

Tan es así, que se ha sostenido que lo que se denomina en la terminología norteamericana «adjudication power» proveniente de las agencias constituye la expresión misma de un poder de naturaleza judicial (126) e incluso de naturaleza materialmente legislativa por obra del mecanismo de las delegaciones.

En síntesis, por más que se ubique al sistema de control jurisdiccional del derecho norteamericano dentro de los cánones del sistema judicialista, el derecho administrativo que lo rige difiere de los derechos administrativos europeos continentales y de la mayor parte de los derechos de Iberoamérica. Pues mientras el derecho administrativo norteamericano es marcadamente un derecho jurisprudencial, los otros derechos se rigen por leyes administrativas generales o especiales – generalmente volcadas en Códigos– y, fundamentalmente, por el principio de legalidad en sentido amplio, o sea incluyendo a los principios generales del derecho.

El problema no pasa de ser un simple mal entendido, sino que se trata de sistemas y conceptos radicalmente diferentes en cuanto a las fuentes y a la posición del

(122) Véase: MAIRAL, H. A., «Control Judicial de la Administración», *La Ley*, Buenos Aires, 2021, pp. 33-34.

(123) Artículo 20 de la ley 27.

(124) BIANCHI, A. B., «Un estudio comparativo de los tribunales federales en los Estados Unidos y en la Argentina», *La Ley*, diario del 22 de abril de 2019, pp. 4-5.

(125) SCHWARTZ, B., *Administrative Law*, 2.^a ed., Boston, 1984, pp. 2-3.

(126) GARCÍA de ENTERRÍA, E., «Reflexiones sobre el Derecho Administrativo norteamericano (A propósito de una nueva expresión sistemática del mismo)» en *Revista de Administración Pública* núm. 85, Madrid, 1978, p. 247, compartiendo la opinión de Schwartz, Bernard, *Administrative ... cit.*, p. 7.

juez que aplica el derecho o imparte justicia. En el derecho administrativo norteamericano, como se viene diciendo desde hace algunos años, las fuentes a las que acuden los jueces son cuatro: el «common law», la «equity», los «statutes» y la Constitución que, en base a una variada metodología aplican o interpretan los jueces (127). Sin embargo, en el orden de la realidad, por más competencia que se atribuya a los jueces y salvo, en lo que respecta al control de constitucionalidad, la posibilidad de establecer una veda a la revisión judicial o de limitar sus alcances a las cuestiones de derecho, dejando el control de los hechos bajo la jurisdicción administrativa primaria de las agencias, convierte al derecho administrativo norteamericano en una especie muy singular dentro de los sistemas judicialistas de control de la actividad de la Administración Pública.

7.3 EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL

La tendencia del sistema judicialista norteamericano, no exhibe en esta materia un conjunto organizado (128) de principios y normas al estilo europeo, orientándose más a confiar en las agencias especializadas (sean o no independientes), que en los jueces, por razones eminentemente prácticas que hacen a la eficiencia de un sistema basado en una aplicación más acentuada del principio de especialización funcional, que viene a colorear de un modo distinto la teoría de la separación de los poderes, a través de un esquema divisorio cuyas contradicciones saltan a la vista.

En definitiva, la suma de los factores producto de la exclusión o incluso limitación del alcance de la revisión judicial de las cuestiones de hecho, proveniente del reconocimiento de una jurisdicción administrativa primaria, si bien fortalece la independencia de las agencias y antes que ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional, debilita el control judicial cuando no lo elimina.

Ese esquema resulta impracticable en Argentina, por razones jurídicas normativas, sociológicas y la influencia de la tradición histórica, que llevaron a nuestro sistema del principio de interdicción al Ejecutivo para ejercer funciones judiciales a la instauración de un conjunto de principios constitucionales, verdaderos principios generales del derecho, que prescriben el control amplio y suficiente de las decisiones jurisdiccionales de los entes reguladores y órganos administrativos e impide que esos entes puedan resolver las cuestiones de derecho común que se susciten entre particulares.

Otros tres aspectos del control judicial de la actividad administrativa jurisdiccional del derecho norteamericano que han merecido el reproche de Cuchillo Foix

(127) CLARKE ADAMS, J., *El derecho administrativo norteamericano...* cit., pp. 9 ss.

(128) Esto ya lo decía BOSCH, J. T., en: *¿Tribunales Judiciales...* cit., pp. 119-120, donde alude al carácter inorgánico del sistema con centenares de organismos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales, sometidos «a una revisión judicial de diversa amplitud» cuyo «conjunto constituye un verdadero caos de pseudo tribunales, reglas de procedimientos, recursos, etc., dotados de individualidad propia y características dispares». No creemos conveniente pues, desarrollar un sistema similar al que existe en materia de recursos directos, cuya reforma clama al cielo. Como siempre, nuestros problemas antes que en la Constitución y en las leyes se encuentran en la práctica administrativa y política en todos los niveles de nuestra desgana República y no es a través de la importación de soluciones legales como se solucionan. Basta con ver lo que ha pasado con la institución de la audiencia pública, transformada en fuente de negocios y abuso del poder sindical.

se refieren: a) al control jurisdiccional de las cuestiones de hecho; b) al control sobre los procedimientos formales; y, c) a la revisión judicial de los procedimientos informales.

Sobre el primero, afirma que los tribunales judiciales han sostenido que la determinación y valoración de los hechos es del dominio natural de la Administración y que los jueces solo deben intervenir en supuestos extremos (129) y al referirse a los grados o intensidad del control que contempla la APA, dicha «graduación resulta reconducible, en realidad, a un control prácticamente uniforme basado en la “razonabilidad” de la determinación administrativa» (130).

Al analizar el segundo de los aspectos vinculados al alcance del control judicial en los procedimientos formales, indica que si bien los tribunales «no han llegado, como no podía ser de otro modo, a una conclusión de que debe entenderse como pruebas y documentos sustantivos (“substantial evidence”)» la tendencia interpretativa apunta que la identificación y determinación administrativa de los hechos «deberá ser aceptada cuando resulte razonable» es decir, «adecuadamente respaldada por los datos y documentos que constan en el expediente y el tribunal concluya que el procedimiento en el que ha realizado ha sido conducido en forma correcta, justa y neutral» (131).

Por otra parte, al abordar el tercer aspecto de los alcances del control, referido a la revisión de la adecuación de la actividad administrativa en los procedimientos informales, sobre todo cuando la actuación de la Administración consiste en producir efectos en forma continua (vgr. licencias y autorizaciones), ella no precisa fundamentarse en los datos que obran en el expediente («on the record») y la decisión administrativa solo puede ser revisada cuando se acredite una arbitrariedad o bien, «un abuso de la discrecionalidad conferida o patentemente irrazonable» (132).

En cuanto a la determinación «ex novo» de los hechos, que contempla la APA (133), el criterio que impera es el de que esa determinación administrativa de los hechos tiene que respetar un mínimo de deferencia por parte del tribunal revisor y que la decisión tiene que haber sido «claramente errónea» para ser revisable e interesa resaltar que puntualiza que su enjuiciamiento «ha sido aceptado de forma muy restrictiva por la jurisprudencia y resulta circunscripto a supuestos muy concretos» (134).

En definitiva, como se ha apuntado, el sistema de revisión judicial de la actividad administrativa del derecho norteamericano, aparte de la ausencia de una construcción orgánica y sistemática, contiene una serie de opciones y reglas variadas, que sumadas a la ambigüedad de la legislación y de la jurisprudencia, resultan incompatibles con el sistema judicialista argentino.

Podrá, quizás, argumentarse que la tesis que sustentamos constituye un «desiderátum» pero es realmente el sistema judicialista vivo que nos rige y nos circunda, el cual ha culminado en la construcción de un cuadro más garantístico, como lo viene afirmando la jurisprudencia de la Corte en los últimos cincuenta años, en

(129) CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y administración...*, cit., pp. 154-156.

(130) *Ibidem*, p. 160.

(131) CUCHILLO FOIX, Montserrat, *Jueces y administración...*, cit., p. 158.

(132) *Ibidem*, p. 160.

(133) SACRISTÁN, E. B., *Revisión judicial...*, cit., p. 189.

(134) CUCHILLO FOIX, M., *Jueces y administración...*, cit., p. 162.

sintonía con el moderno principio de la tutela judicial efectiva vigente, también, en el derecho comparado, particularmente, en los derechos de España y Alemania donde no existen actos de la Administración Pública exentos de control jurisdiccional (135) y el control judicial es, en principio, pleno o amplio.

El hecho de que, en materia de recursos directos ante la justicia, generalmente asignados a la jurisdicción de las Cámaras competentes, no suelen cumplirse con los principios focales del judicialismo que venimos enunciando, no puede servir de excusa para sustentar la afinidad de nuestro sistema judicial con el estadounidense sino para fundar la inconstitucionalidad de la «mala praxis» argentina.

Sería absurdo sostener que en los defectos o inconstitucionalidades que exhibe nuestro sistema judicial se encuentra la razón que lo hace compatible en el judicialismo estadounidense. Una opinión semejante, directa o encubierta, carece de toda lógica y sentido jurídico.

8. PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES

El imperio del principio de legalidad –en el derecho administrativo argentino– depende de la efectividad del sistema de control judicial sobre la Administración y, particularmente, de la independencia de los jueces y la amplitud o suficiencia del alcance de la revisión judicial.

El sistema judicialista argentino de control judicial de la actividad de la Administración, cualquiera fuera su naturaleza y los órganos que la realizan, responde a principios constitucionales comunes que han surgido en el devenir histórico constitucional basado en la doctrina de la separación de los poderes, a través de una interpretación flexible (136) de la misma que admite, bajo ciertas circunstancias y dentro de los cauces constitucionales, el ejercicio de facultades materialmente administrativas, legislativas y judiciales, sin perjuicio de la función predominante que se adjudica a cada órgano del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). En ese singular esquema divisorio la Constitución le asigna un mayor peso a la independencia del Poder Judicial, a través de la interdicción del ejercicio de funciones judiciales o jurisdiccionales por parte del Poder Ejecutivo (137).

Tal cauce constitucional conduce a reconocer en la Constitución Argentina el principio de la unidad de jurisdicción en cabeza del Poder Judicial, para entender en todas las causas en que el Estado Nacional es parte (art. 116 C. N.), es decir, incluyendo la competencia para juzgar las causas contencioso-administrativas.

Los citados principios (unidad de jurisdicción y prohibición de juzgar al Ejecutivo) conforman una suerte de bloque constitucional, en materia de revisión judi-

(135) Cfr. Barnes Vázquez, Javier (Coordinador), *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, ed. Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía – Civitas, Madrid, 1993, p. 157.

(136) LUQUI, R. E., *Revisión judicial...*, cit., T.º I, p. 49, reconoce que no constituye una doctrina absoluta.

(137) GELLI, M. A., «Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada», 5.ª ed., ampliada y actualizada, T.º II, *La Ley*, Buenos Aires, 2018, p. 534, afirma que el artículo 109 de la C. N. «asegura una especial y estricta división de poderes entre el Judicial y el Ejecutivo que no tiene paralelo en las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, ni antes ni después de la reforma constitucional de 1994».

cial de la actividad de la Administración, que se integra con la garantía de la defensa (art. 18 C. N.); la prohibición al Congreso de conceder al Ejecutivo facultades extraordinarias o la suma del poder público (art. 29 C. N.) y la tutela judicial efectiva (arts. 8 y 25 de la CADH), que resulta aplicable tras la reforma constitucional de 1994.

Ahora bien, tanto la admisión de la potestad de la Administración para aplicar sanciones que no configuren delitos y constituyan contravenciones, siempre que no sean sancionadas con penas privativas de libertad (vgr. multas, decomisos, clausuras, etc.) como la creación de tribunales administrativos (ej. Tribunal Fiscal de la Nación) o de entes reguladores independientes, representan una realidad en todos los países con sistemas similares al nuestro (138). Por cierto, que tampoco se ha controvertido la prohibición que impide que los tribunales o entes administrativos resuelvan controversias entre particulares regidas por el derecho privado, las cuales corresponde decidir a los jueces como competencia irrestricta de nuestro sistema constitucional.

La doctrina de la separación de los poderes, tan discutida en los inicios de la Revolución Francesa, conlleva dos subprincipios que debe respetar el sistema para estar alineado con el Estado de Derecho, consistentes en: a) la independencia y separación de los órganos que ejercen las funciones estatales y, b) la especialización funcional. En ese sentido, resulta obvio que una interpretación rigurosa de esa doctrina impediría que órganos u entes de la Administración ejercieran funciones de naturaleza jurisdiccional, algo imposible, máxime en el ámbito de las tendencias interventoras del Estado Regulador y Garante.

Al respecto, ha sido Bosch el primero de nuestros iuspublicistas que sostuvo que, para salvar la constitucionalidad del sistema, frente a la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por el Poder Ejecutivo (art. 109 de la C. N.) era procedente establecer el requisito de la decisión final a cargo de los jueces, expresado en las leyes que asignan funciones jurisdiccionales al Poder Ejecutivo (que denominó genéricamente delegaciones) (139).

A posteriori, en la evolución de la jurisprudencia de la Corte surgió el principio del control amplio y suficiente que se ha descrito, como fuente material y pretoriana, el cual, al recibir su positivización por los artículos 8 y 25 de la CADH, se ha convertido en fuente vinculante para la Administración y los jueces.

Aun reconociendo, en el plano teórico y jurisprudencial, la forma de salvar la constitucionalidad de los tribunales administrativos sobre la base de dejar abierta una revisión judicial final amplia y suficiente, al igual que para el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración queda, sin embargo, por resolver la cuestión que se suscita cuando los entes reguladores u órganos administrativos no son independientes del Ejecutivo, sobre todo, el trascendente problema que plantea el ejercicio del poder sancionatorio de la Administración de naturaleza penal, existente en todos los ordenamientos comparados, que muestran que el proceso de despenalización es otra realidad irreversible.

(138) Incluso en sistemas judicialistas más acentuados en materia de derecho administrativo sancionador, como el alemán, la aplicación de sanciones administrativas comienza en la Administración, aunque se apela el afectado la revisión judicial es amplia y ex novo, desapareciendo de este modo la decisión de la Administración, véase: HUERGO LORA, A., *Las sanciones...*, cit., pp. 54 ss.

(139) BOSCH, J. T., *¿Tribunales Judiciales...*, cit., pp. 102 ss.

El problema no se soluciona con negar que se trata de funciones jurisdiccionales, afirmando que son funciones administrativas, confundiendo el concepto material de jurisdicción con los requisitos exigidos a los órganos. Antes bien, el sistema administrativo sancionatorio debe enfatizar el control judicial más amplio posible y establecer, como regla general (salvo excepciones limitadas) la concesión libre y el carácter suspensivo de los recursos, con la consecuente privación de ejecutoriedad de las sanciones aplicables. Esa tiene que ser la regla general en materia de multas dado que la finalidad de las mismas no radica en engrosar el tesoro nacional sino en prevenir conductas contrarias al bien común o al orden público, además de que así lo impone el principio de la tutela judicial efectiva.

En estos casos, como resulta utópico eliminar las potestades de la Administración, la solución pasa por exigir que la revisión final que se halla a cargo de los jueces se realice con amplitud necesaria para preservar la naturaleza judicialista del sistema.

Por otra parte, la regla del control amplio y suficiente, con amplitud de debate y prueba, impide aplicar las doctrinas de la jurisdicción administrativa primaria (en la versión norteamericana), la deferencia, la exclusión de la revisión judicial y la irrevisibilidad de las determinaciones de hecho.

Los principios constitucionales, nacidos de la jurisprudencia de la Corte, traducen reglas precisas y específicas, cuya naturaleza vinculante exige que la revisión final de las decisiones de la Administración comprenda tanto las cuestiones de derecho como de las fácticas, de la actividad reglada como de la discrecional. Por otra parte, nada de lo expuesto podría llegar a legitimar que los jueces se conviertan en legisladores ni que sustituyan a la Administración en el dictado de actos administrativos.

En síntesis, el arte del juez consiste en ponderar la solución aplicable al caso, con arreglo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y respetando el carácter autoritativo del derecho positivo (legalidad), en tanto no se incurra en injusticia manifiesta o extrema, en el marco de la primacía de la Constitución (140).

En ese escenario constitucional el artículo 109 de la C. N. cumple una función central en el sistema judicialista argentino que, en medio de todas las vicisitudes políticas, sociales y económicas e incluso sus contradicciones, ha podido construirse a fin de mantener la plenitud de la jurisdicción de los jueces y los criterios de la Constitución formal y material, todo ello conforme a una interpretación flexible de la doctrina de la separación de los poderes, cuyos principios están en línea con los sistemas judicialistas adelantados del continente europeo, en particular los de España y Alemania, en los que prevalecen en la interpretación judicial los criterios axiológicos o valorativos de las normas sobre los meramente prescriptivos.

En suma, si aceptamos la vigencia de la filosofía y de los ordenamientos que proclaman y practican en el imperio de la ley, cabe reconocer la prevalencia de los principios constitucionales, sin desdeñar el derecho positivo en la medida que proporcione soluciones justas que respeten el Estado de Derecho y sus libertades fundamentales.

En resumidas cuentas, las tesis que sustentamos sobre el sistema judicialista argentino coinciden –casi totalmente– con una parte esencial del pensamiento de

(140) Vid FERREYRA, R. G., *Bosquejo sobre...*, cit., pp. 57 ss.

John Finnis acerca de la necesidad de destacar la institución judicial para la vigencia del «rule of law» o, para nosotros, del Estado de Derecho. En efecto, el maestro de Oxford considera que a las conocidas «desideratas» o exigencias planteadas por Lon Fuller cabe adicionar estas cuatro: a) la independencia de los jueces; b) la publicidad de los procedimientos judiciales; c) la potestad de los tribunales para revisar los procedimientos y las acciones de los jueces y de los funcionarios y, d) el acceso a la justicia para todos los ciudadanos, incluidos los carentes de recursos (141).

(141) FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 270 ss., cit., por MASSINI CORREAS, C. I., «Gobierno del derecho y razón práctica», *La Ley*, Buenos Aires, 2022, pp. 56-57.

