



El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa

Autores: Cassagne, Juan Carlos

Citas: TR LALEY AR/DOC/463/2010

Publicado en: LA LEY 2010-A, 1303

1. El Derecho administrativo cuenta, como es sabido, con una larga y brillante tradición en Argentina. Lo colocó al más alto nivel la generación de los Bielsa, Marienhoff, M. M. Díez y Fiorini, que llenó la primera mitad del pasado siglo, y en ese nivel ha acertado a mantenerlo la generación siguiente de los Gordillo, Reiriz, Mairal, etc., de la que forma parte como uno de sus miembros más ilustres Juan Carlos Cassagne, el más "europeo" y, sobre todo, el más "español", sin duda alguna, de todos ellos, como podrán comprobar los lectores de este último libro suyo que reúne, agrupados en cinco capítulos, una serie de trabajos cuyo hilo conductor es, justamente, el que sirve de título a la obra.

Destaco aquí esta nota de la personalidad como jurista de Cassagne porque de su trayectoria académica y profesional y de su obra científica ya da cuenta Jesús González Pérez en el Prólogo del libro para quienes, por razón de su edad, no la conocen como la conocemos nosotros, sus estrictos contemporáneos.

La "españolidad" de Juan Carlos Cassagne tiene que ser necesariamente subrayada por muchas razones. En primer lugar, por supuesto, por la obligada correspondencia que reclama el extraordinario afecto que por nosotros, sus colegas y amigos españoles, y por todo lo nuestro se complace en mostrar siempre que tiene ocasión.

Para que nadie piense que hay exageración en mis palabras voy a aportar una prueba que por sí sola es definitiva: la leyenda elegida a modo de dedicatoria que figura en el pórtico del libro *La justicia administrativa en Iberoamérica*, del que Cassagne es autor junto con González Pérez, libro publicado en Buenos Aires por Lexis-Nexis en 2005, que incluye dos trabajos suyos estrechamente emparentados con algunos de los recogidos en el volumen del que ahora doy cuenta y otro de González Pérez, que aquí no conocíamos, que explica una propuesta de éste de un Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica cuyo texto es una referencia y una guía inexcusable para todo proceso de reforma legislativa que pueda iniciarse en el futuro en cualquiera de las repúblicas iberoamericanas.

Dice así la conmovedora dedicatoria a la que aludo, que está tomada de la leyenda inscrita en el monumento a Isabel la Católica emplazado en la Avda. de los Reyes Católicos de la Ciudad de Salta: "*A España, raíz de nuestro ser, y a los españoles hechos savia en esta Tierra Salteña, en fraternal homenaje de la Ciudad de Salta, 1492-1978*".

Al otro lado del océano hay muchos que nos aprecian y nos quieren, mucho más, por cierto, de lo que nosotros mismos, siempre críticos y en muchas ocasiones



despectivos, incluso, con lo nuestro, nos apreciamos y queremos. Juan Carlos Cassagne es uno de ellos y así debe decirse porque ese sentimiento le honra y nos honra.

2. Hay, sin embargo, otras razones que obligan a destacar la "*españolidad*" de la que Cassagne hace gala más allá del círculo de lo sentimental. Así lo exige, por lo pronto, su sistemática presencia y visibilidad en todos sus escritos, y en particular en los incluidos en este volumen. En todos ellos, en efecto, es inmediatamente comprobable la naturalidad con la que utiliza en su discurso nuestra literatura jurídico-administrativa, de la que está tan al tanto como cualquiera de nosotros.

La propia elección de los temas de estudio es igualmente reveladora de esa sensibilidad suya tan próxima a la nuestra. Su libro sobre *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, proporciona una prueba muy clara de lo que acabo de decir, prueba que ratifican los trabajos incluidos en el volumen que ahora comento.

El papel de los principios generales del Derecho, el significado del principio de legalidad, el control judicial de la discrecionalidad administrativa, la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad son, todos ellos, en efecto, temas centrales en los que se forjó nuestro Derecho administrativo en la dictadura de ayer y en los que ha vuelto a ponerse a prueba en la democracia constitucional de hoy. En su tratamiento, Cassagne, que, repito, conoce a fondo nuestra bibliografía y, por lo tanto, la huella que en ella ha dejado la viva y revitalizadora polémica que sobre todos ellos ha tenido lugar entre nosotros en los últimos años, no ha dudado lo más mínimo a la hora de situarse del lado del control judicial, garantía única ayer y garantía esencial hoy y siempre de la libertad de los ciudadanos frente a los abusos, caprichos y demasías del poder, aunque, amigo de todos nosotros, haya extremado al hacerlo su discreción. El título del último de los trabajos incluidos en el libro, "*La interdicción de arbitrariedad y el control judicial de la discrecionalidad*", es concluyente al respecto y lo es, más todavía, el esfuerzo que en él hace para enmarcar esa prohibición de arbitrariedad que establece el artículo 9.3, in fine, de nuestra Constitución y en los artículos 19 y 28 de la Constitución argentina.

3. Hay, sin embargo, otra razón más para resaltar la "*españolidad*" de Cassagne y es que sin ella no puede tenerse idea cabal de la posición que ocupa y del papel que juega en el Derecho público argentino. Hay en éste desde siempre dos corrientes de influencia en perpetua pugna: la norteamericana, que es general en toda Iberoamérica a resultas de la utilización como modelo de la Constitución de los Estados Unidos, y la europea y española en particular. Las dos conviven y, aunque aquélla "*pese*" más en el nivel constitucional, en la arquitectura del sistema, ésta no ha hecho sino crecer en el nivel de la legislación ordinaria.

La pugna es especialmente visible en el campo judicial. En el nivel superior, el Tribunal Supremo y la justicia constitucional difusa reproducen el modelo norteamericano, un modelo ciertamente prestigioso que, sin embargo, deja mucho que desear cuando se desciende al nivel de lo cotidiano, del control del ejercicio diario del poder, del Derecho administrativo en una palabra. En este plano inferior no tenemos nada que aprender, como dijo Alejandro Nieto en el Prólogo al libro de Monserrat Cuchillo, *Jueces y Administración en el constitucionalismo norteamericano*, Civitas, Madrid, 1996, un libro que nos "*descubrió*" que la posibilidad de impugnar en vía judicial lo que nosotros llamamos actos administrativos queda a expensas de las



leyes que pueda aprobar el Congreso, que puede excluirla y dejar en manos de las agencias la resolución de sus conflictos con los ciudadanos. A todo lo cual hay que añadir las limitaciones de la *judicial review*, que, cuando se admite, tropieza con el obstáculo, difícilmente superable, como nos muestra el libro de Julio González García, *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, de los hechos que han quedado establecidos con anterioridad en la vía administrativa.

Contra esta influencia, mala influencia sin duda, del Derecho norteamericano, que tiene, sin embargo, importantes valedores, se alza con vigor Cassagne, que es un excelente —e incansable, además— polemista. Ése es el sentido de la profesión de fe judicialista que proclama en los dos trabajos que integran el capítulo segundo del libro, con los que irrumpe en el debate suscitado en Argentina en torno a la constitucionalidad del ejercicio de funciones de naturaleza jurisdiccional de los entes reguladores de los servicios públicos, tema de actualidad cuya importancia difícilmente podría exagerarse.

Y ésa es también la razón de su empeño en destacar las raíces hispánicas del constitucionalismo iberoamericano y argentino en particular, frente a la "idea errónea" de "*propugnar que el modelo constitucional americano (particularmente las libertades) tiene sus raíces en instituciones anglosajonas de un modo exclusivo y determinante*" (p. 56).

Es muy posible que el lector español se sorprenda cuando, al repasar el índice del libro, y en concreto del capítulo segundo al que vengo haciendo referencia, encuentre rúbricas tan llamativas como "*El influjo del Antiguo Derecho Español y de la Neoescolástica*" o "*La Constitución de Cádiz y la fuente hispánica de otras instituciones fundamentales del Derecho Iberoamericano y Europeo*", etc. Su sorpresa y su escepticismo se trocarán, sin embargo, en admiración al comprobar con la lectura de esos apartados que Cassagne y los juristas y politólogos argentinos que cita saben mucho más que nosotros de nuestra propia historia jurídica y de la influencia que determinados capítulos de ésta han tenido en el constitucionalismo norte, centro y sudamericano.

"A veces es difícil —dice Cassagne, p. 59— *descubrir el rastro de las ideas en la historia de las instituciones. Pero en este caso sorprende que los europeos (hasta los propios españoles), así como los norteamericanos, hayan tardado tanto tiempo en enterarse de la genealogía de muchas de las principales instituciones del mundo occidental y de la filosofía que las nutre*".

El reproche no puede estar más justificado. Los trabajos de Stoetzer, Rodríguez Varela, Linares Quintana y, sobre todo, el sorprendente libro de J. Steverlinck Gonnet, *La Universidad de Salamanca y la constitución de los Estados Unidos*, UCA, Buenos Aires, 2003, que Cassagne cita, prueban, en efecto, la influencia, indirecta pero indiscutible, de la obra de Francisco Suárez, que fue sin duda la gran autoridad europea de su tiempo, en el constitucionalismo norteamericano, a través, por lo pronto, de Thomas Hooker y de las *Fundamental Orders* de Conneticut de 1639, por él inspiradas, que Steverlinck ha estudiado con detalle.

Y es que, en efecto, quien haya leído el Libro III de la *Defensio fidei* de nuestro último gran jurista-teólogo no puede dejar de reconocer la prioridad que le corresponde en la afirmación de que el poder "*no reside en una sola persona, ni en ninguna*



comunidad particular, ya sea ésta de aristócratas, ya sea de cualesquiera otros del pueblo; porque por la naturaleza de las cosas, este poder sólo reside en la comunidad en cuanto es necesario para su conservación y en cuanto puede demostrarse por el dictamen de la razón natural". A diferencia de la monarquía o la aristocracia, que no pueden introducirse, dice Suárez, sin una institución positiva, la democracia podría darse sin ella *"porque la misma razón natural dicta que la soberanía política es una consecuencia natural de toda comunidad humana perfecta y que, por fuerza de la razón misma, pertenece a toda la comunidad, a no ser que por una nueva institución se transfiera a otro"*, lo que da entrada a la idea del pacto, sobre la que cincuenta años después, a finales ya del siglo XVII, se empezará a levantar con la obra de Locke el nuevo edificio del Derecho público moderno. También aquí es concluyente Suárez: *"La autoridad real y la obediencia que se le debe (al Rey) tienen su base en un pacto de la sociedad humana"*, que *"transfiere al príncipe el poder con la carga y obligación de cuidar del Estado y gobernarlo"* (tomo los textos entrecomillados de la edición de la citada obra de Suárez, en traducción de J. R. Eguillor, que hizo el Instituto de Estudios Políticos en 1970, Libro III, ps. 219 y ss.).

La *"españolidad"* de Cassagne, amén de servirle a él para anclar con firmeza la tesis que defiende, una buena tesis por las razones antes dichas, ha contribuido en este caso a *"devolvernos"* una parte de la memoria perdida, por lo que en cualquier caso tenemos que estarle muy agradecidos.

4. De la influencia de nuestra Constitución de Cádiz y, a través de ella, de nuestro Derecho histórico, en el que tanto hincapié hizo el Discurso Preliminar de Argüelles en la Constitución argentina y en otras Constituciones de Iberoamérica, da pruebas también Cassagne con apoyo en una bibliografía abundante, mayoritariamente americana y por ello poco conocida aquí, que es de esperar salte a primer plano con motivo del bicentenario del venerable texto gaditano.

En éste encuentra Cassagne la afirmación del principio judicialista, que considera común a todo el Derecho público iberoamericano (con la sola excepción de Colombia, que optó por el modelo del *Conseil d'État*, que sigue manteniendo), no tanto o no sólo en el artículo 242 (*"la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales"*), sino también, y sobre todo, en el artículo 243 (*"ni las Cortes, ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos"*), que el artículo 92 de la constitución argentina de 1853 (109 del texto vigente) reprodujo casi exactamente (*"en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas"*). No cabe duda, por lo tanto, de que, en principio, a Cassagne le asiste la razón en su frontal oposición al reconocimiento a las autoridades administrativas de funciones jurisdiccionales.

Hecha esta afirmación es menester, en mi opinión, añadir algunas precisiones. La doctrina española viene entendiendo, en efecto, mayoritariamente, como lo hace Cassagne, que la Constitución de Cádiz optó por un modelo judicialista para el control de la Administración, pero esa opción no resuelve por sí sola el problema porque opera a partir de una delimitación previa de la materia propiamente contenciosa. Se atribuye, ciertamente, a los tribunales la competencia para resolver los asuntos a los que, previamente, se ha reconocido esa condición, pero sólo de



estos asuntos, no de todos los demás en los que pueda verse implicada una Administración.

De que esto es así da fe el Decreto CCI de 9 de octubre de 1812, que aprobó el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, en el que los propios constituyentes gaditanos prohibieron formalmente a las Audiencias ("*no podrán*") "*tomar conocimiento alguno sobre los asuntos gubernativos o económicos de sus provincias*" (art. XIV). El artículo LXIV sacó luego las consecuencias de esta prohibición en términos concluyentes, que merece la pena por ello transcribir aquí: "*Quedando como quedan por la Constitución y esta Ley inhibidas las Audiencias de todo conocimiento acerca de los asuntos gubernativos o económicos de sus provincias, cuantos se hallasen pendientes en los acuerdos y fuesen por su naturaleza contenciosos se distribuirán por repartimiento en las salas respectivas del Tribunal para su despacho; y los gubernativos o económicos se pasarán luego a las Diputaciones Provinciales para que éstas, de acuerdo con los Gefes Políticos superiores los examinen y clasifiquen, den curso a aquellos en que deban intervenir las mismas Diputaciones, Gefes y Ayuntamientos, según sus respectivas facultades y avisen exactamente de todo lo demás por el conducto de las Secretarías de Despacho a que correspondan, según la clasificación hecha por el Decreto de 6 de Abril último (Decreto CXLV sobre clasificación de los negocios que pertenecen a las Secretarías de Despacho) y promoviendo los que consideren más convenientes*".

Y es que antes de decidir quién puede o debe juzgar a la Administración, si los tribunales o alguna organización especial o especializada pero inserta en el Poder Ejecutivo, en la mentalidad de la época es imprescindible precisar qué es lo que puede someterse a juicio. Sólo lo que está regido por normas, lo que resulta de una potestad ordinaria o *regulata, reglée en justice*, reglada como decimos hoy, puede ser sometido a juicio; lo que procede de una potestad *ab (lege) soluta* extraordinaria, libre de la ley, queda a la discreción de la autoridad.

Así fue desde los inicios del Estado moderno en el siglo XIII, así era en la España de 1812 y así seguía siendo cuando en 1845 las Leyes de 2 de abril que implantaron la jurisdicción contencioso-administrativa abandonaron la opción judicialista hecha en Cádiz para adoptar el sistema francés. En ellas se reguló un incidente de admisión con la finalidad de decidir si el asunto era gubernativo o contencioso, es decir, a quién correspondía la competencia para decidir, la *primary jurisdiction* del Derecho norteamericano, si a la Administración activa o a los Consejos, Real o Provinciales, en su calidad de órganos jurisdiccionales —vid. J. R. Fernández Torres, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Civitas, Madrid, 1998; y los textos de las Leyes de 1845 y sus Reglamentos en la obra, del mismo autor; *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Iustel, Madrid, 2007—.

De esta rémora no nos hemos liberado hasta la Ley de lo Contencioso de 27 diciembre de 1956, que no sólo judicializó el sistema, en la línea del constitucionalismo gaditano y de la reivindicación de los liberales progresistas que intentaron hacerlo en 1868, sino que puso fin también a la exención de control, de todo control, de los actos discrecionales.

Como más atrás destacó, el Derecho norteamericano se encuentra todavía en un estadio intermedio de evolución, por lo que hace muy bien Cassagne en combatir a



quienes lo asumen en bloque, sin distinguir lo bueno, que es mucho, de lo que no lo es tanto.

Razones de peso tiene para ello, como las tiene, sin duda, para afirmar al final del primero de los trabajos que integran el capítulo segundo del libro que *"si el objetivo principal de la división de poderes radica en la defensa de las libertades y en asegurar el funcionamiento republicano y democrático (cuya base está en el consentimiento del pueblo) de las instituciones, la médula del sistema es el mantenimiento de la independencia de los jueces como garantía y contrapeso de los demás poderes del Estado"*. (p. 75). Así lo creo yo también.