

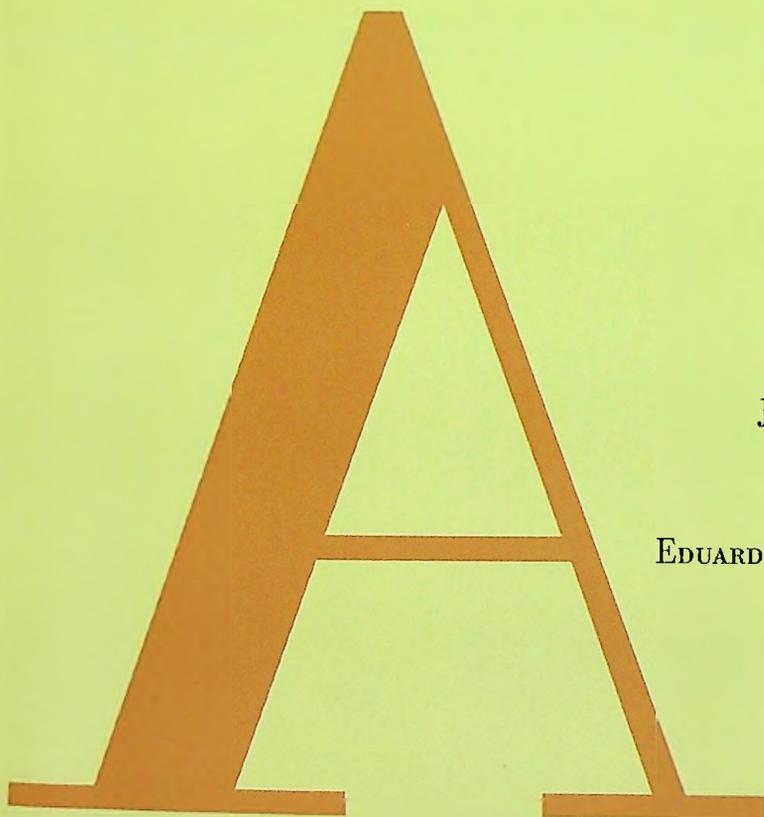
Juan Carlos Cassagne

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

*Segunda edición
actualizada*

Prólogo de
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Recensión de
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA



editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS FUENTES POSITIVAS

I. INTRODUCCIÓN

1. Un poco de historia

La Revolución Francesa no provocó, como efecto inmediato, la caída de la monarquía, pero produjo un profundo cambio en las relaciones entre la Asamblea y el Rey que, de algún modo, vaticinaba el avance posterior del Legislativo sobre las potestades del monarca, bastante menguadas luego del advenimiento al trono de Luis XVI. El fin del proceso revolucionario es conocido y culminó con el centralismo napoleónico, en el que prácticamente comienza la gestación del derecho administrativo moderno, tras la creación del Consejo de Estado.

Ese cambio tuvo consecuencias trascendentes en las concepciones políticas que después se proyectaron en gran parte del mundo jurídico decimonónico. La primera fue la consagración de la soberanía de la ley como producto de los representantes del pueblo, concebida como la representación total y hegemónica de la comunidad asumida por el Tercer Estado al constituirse en Asamblea Legislativa como soberana y atribuirse poderes de jerarquía superior a los del Rey, aun cuando éste dispusiera del derecho de vetar las decisiones asamblearias (privilegio más bien formal en el escenario político revolucionario).

La segunda consecuencia, conectada con la primera, radica en que la soberanía —llamada a partir de entonces “nacional”— obedece y tiene su causa inmediata en la concepción de la ley como voluntad general indiscutible y exenta de todo

control. Es oportuno recordar que todo ello se hizo en nombre del principio de división de poderes, interpretado de un modo rígido, basado en “una independencia absoluta de los órganos y en una especialización también absoluta de funciones”¹.

El resultado de ese proceso consagró el surgimiento de dos reglas fundamentales, que se afirmaron en la evolución inmediatamente posterior del principio de separación de los poderes en Francia, a saber: a) el monopolio atribuido al órgano legislativo para el dictado de normas generales y obligatorias, y b) la interdicción que, desde los orígenes del proceso revolucionario, impedía al Poder Judicial juzgar a la Administración². Esos principios operaban en un escenario en el cual, tras la extinción de la monarquía, las administraciones republicanas subsiguientes constituían una emanación del poder de la Asamblea, aun cuando por la lógica del proceso histórico y político los órganos ejecutivos asumieran poderes dictatoriales que excedieron las leyes anteriores de la propia Asamblea y, sobre todo, la declaración de derechos de 1789.

Se produjo así un fenómeno extraordinario de concentración de los poderes normativos. Estos poderes, hacia el final del Antiguo régimen, se habían desconcentrado y dividido al extremo de generar una verdadera anarquía normativa, por la profusión de regímenes y la ausencia de reglas comunes que afirmaran la prevalencia de unas fuentes sobre otras como también por la diversidad de los sistemas de control existentes.

Las causas de la Revolución fueron varias (una revolución se caracteriza, en términos generales, por el remplazo violento de las instituciones anteriores, producto del descontento social, político y económico) y no deben atribuirse, exclusivamente, a la tiranía legislativa ni al despotismo del Rey. Más bien, la causa principal obedeció a una mixtura de anquilosis institucional

¹ BOSCH, Jorge Tristán, “Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes”, publicación del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1944, pp. 175 y ss.

² MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. I, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2006, pp. 145 y ss.

y de abuso de poderes desconcentrados que, en gran medida, ejercían los estamentos superiores de la nobleza.

En ese cuadro histórico, bastante inconexo, al responder a influencias incompatibles³, se produjo la configuración del principio de legalidad como dogma jurídico central del nuevo Estado, que adquirió, más tarde, proyección universal en el mundo del derecho constitucional europeo y, pese a los inconvenientes teóricos que planteaba, por la diversidad de fuentes doctrinarias que lo nutrían, terminó afirmándose en la era que marcó el auge del positivismo legalista⁴.

2. La crisis de la legalidad y el papel actual de la ley

El primer defecto del sistema constitucional francés de 1791 (extendido más tarde al continente europeo) radicaba en no haber consagrado la primacía de la Constitución sobre las leyes, como lo hizo la Constitución de los Estados Unidos y la nuestra (que siguió en este punto a la norteamericana). Pues aun cuando en el sistema norteamericano se reconoció, desde sus comienzos, el establecimiento de un gobierno de la ley y no de los hombres, el sentido de tal axioma no permitía interpretar que la ley fuera superior a la Constitución. Así, en América, el proceso supuso la superación del legalismo por el constitucionalismo, con un poder judicial independiente que

³ En tal sentido, la influencia de Montesquieu e, indirectamente, de Locke puede considerarse equivalente, en muchos aspectos, a la que en un sentido opuesto ejerció Rousseau sobre la Constitución de 1791.

⁴ Kelsen sostuvo, inicialmente, que las normas jurídicas eran juicios hipotéticos, pero en sus últimas obras distinguió entre las normas jurídicas creadas por la autoridad y las llamadas proposiciones jurídicas, que son el producto de juicios descriptivos (susceptibles de ser verdaderos o falsos) que anuncia o elabora la ciencia jurídica. Como afirma Laclau al efectuar ese cambio Kelsen llega a admitir que los principios lógicos son aplicables a las normas y planteándose "cómo pueden aplicarse a las normas jurídicas el principio lógico de no contradicción y las reglas de inferencia...", llega a la conclusión de que "la aplicación de los principios a las normas es sólo indirecta" (cfr. LACLAU, Martín, "Relación entre Lógica y Derecho en el último período de Kelsen", LL, 1982-B-700).

introdujo el control de constitucionalidad de las leyes, más tarde adoptado también por los Estados europeos⁵.

Un problema no menor quedó planteado al constatarse la insuficiencia de la ley para regular todos los supuestos posibles originados en los cambios económicos, sociales y tecnológicos. De la mera función aplicativa de las normas que cumplía el Ejecutivo a través del ejercicio del poder reglamentario se pasó, en un principio, al reconocimiento de atribuciones delegadas (lo que ocurrió también en el derecho norteamericano), luego a la admisión de potestades excepcionales de urgencia para regir supuestos que anteriormente eran sólo patrimonio de las leyes, hasta finalmente desembocar en el reconocimiento, en algunos ordenamientos constitucionales, de una zona reglamentaria independiente a favor del Ejecutivo o de una función reglamentaria residual, cuando el Parlamento no legisla sobre una determinada institución o situación general (el caso de Francia, en la Constitución de 1958).

Este proceso de fragmentación del principio clásico de legalidad, que atribuía al Legislativo el monopolio de la ley (legicentrismo), se ha acrecentado con la creación de normas por entidades no estatales de carácter público (v.g. Colegios Profesionales) así como con autorregulaciones que emanan de personas privadas (v.g. Bolsas y Mercados de Valores) y en el campo laboral, con las llamadas Convenciones Colectivas de Trabajo, que suelen contener normas de derecho público.

A su vez, la crisis del positivismo legalista, influido fuertemente por Kelsen, provocó el retorno a la justicia material, a través de concepciones distintas del derecho natural clásico, como la tópica y la técnica de cubrir las lagunas legislativas con los principios generales del derecho. Se retorna, de alguna manera, a la concepción de la ley considerada tradicional, basada en un dualismo que permitía distinguir su positividad de la justicia (ley positiva y ley natural) y que hoy lleva al sometimiento de la Administración tanto a la ley positiva como a los principios generales del derecho.

⁵ Vico, Rodolfo, *De la ley al Derecho*, Porrúa, México, 2003, p. 9.

Pues, no obstante que la Administración debe ejercer sus potestades sobre la base de una habilitación otorgada previamente por la ley (potestades que pueden surgir de normas expresas o implícitas o inherentes), la ley positiva ha dejado de ser el centro del sistema jurídico, ya que el clásico bloque de legalidad de que nos hablaba Hauriou (integrado por la ley y la costumbre) actualmente se integra con los principios generales del derecho⁶, que se expanden y desarrollan en forma extraordinaria⁷, prevaleciendo sobre las leyes positivas⁸.

El proceso que se ha descrito, caracterizado por la decadencia del legicentrismo y la necesidad de una vinculación con la justicia material⁹, se completa, en los países de Europa continental, con el fenómeno de la llamada constitucionalización de la legalidad¹⁰, al haberse incorporado a la Constitución numerosos principios y declaraciones de derechos que operan como garantías de las libertades y demás derechos de los ciudadanos. Para los sistemas latinoamericanos que han seguido, desde sus orígenes constitucionales, el sistema norteamericano, que consagra la primacía de la Constitución, este último tramo del proceso constitucional europeo no representa una novedad de peso, salvo en lo que respecta al derecho comunitario, cuyas instituciones no resultan comparables con nuestro incipiente derecho de la integración.

⁶ MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. I, p. 420.

⁷ COVIELLO, Pedro J. J., "Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino", *REDA*, n° 62, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 1088 y ss.

⁸ Como lo hemos sostenido en un trabajo anterior "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo", *Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 1988, p. 34; véase también: BIELSA, Rafael, *Metodología jurídica*, Castellví, Santa Fe, 1961, pp. 102 y ss.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 39.

¹⁰ MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. I, pp. 403 y ss.

El panorama de las fuentes del derecho se caracteriza así por una declinación de la ley positiva a la que se suma el hecho de que como consecuencia de la primacía de las normas comunitarias o de las emanadas de los tratados internacionales, la ley ha perdido la prevalencia jerárquica que antes tenía en los ordenamientos nacionales, la cual resulta desplazada por el predominio de la norma internacional, que se considera de superior jerarquía (aunque el esquema monista de las fuentes se haya relativizado en algunas constituciones y el dualismo siga rigiendo en uno de los países más importantes del mundo, como los Estados Unidos de Norteamérica).

Con todo, pese a que los cambios producidos han provocado la dilución del legicentrismo estatal o del reino de la ley, concebido como centro absoluto del sistema de las fuentes del derecho, la ley continúa siendo, en el derecho interno y, bajo la supremacía de la Constitución (así como de los tratados internacionales y los principios generales del Derecho), la fuente jurígena jerárquicamente superior en determinadas materias que se declaran reservadas. De ese modo, siempre existe la posibilidad del ejercicio de los poderes de legislación residuales en aquellos campos en que se ha operado la fragmentación de la ley (v.g. autorregulaciones público-privadas).

3. Legalidad y legitimidad. Distintas formulaciones del principio de juridicidad

En cualquier caso, el principio de legalidad es susceptible de ser explicado en dos planos, no necesariamente opuestos. El primero es el de ley positiva, en sentido formal y material. Tal es el entendimiento que cabe atribuir a las normas constitucionales que consagran reservas legales (v.g. en materia tributaria el art. 4 de la CN). Concebido de esa manera, integra el principio de legitimidad¹¹ (un sector de la doctrina

¹¹ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, pp. 598 y ss., especialmente pp. 601 y ss ; BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Constitucional*, t. II, Ediar, Buenos Aires, , 1996, pp. 108 y ss., especialmente p. 116, y nuestro *Derecho Administrativo*, t. II, 8ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 29-30.

utiliza, en el mismo sentido, el término "juridicidad"¹²), que comprende tanto la legalidad en sentido estricto como la razonabilidad o justicia. El otro sentido de la legalidad tiene sus raíces en la escolástica "que no repugna la identificación de la ley con el derecho"¹³, es el que utiliza el art. 19 de la CN, como se verá más adelante.

Al respecto, pensamos que el concepto de juridicidad, de raíz positivista (Kelsen), no expresa la idea de justicia material ni de los principios generales del derecho sino más bien la de un principio que basa la validez de un acto o reglamento administrativo en la circunstancia de que tenga fundamento en la norma superior, lo que resulta coherente en autores enrolados en esa tendencia. No obstante, en la doctrina española la juridicidad suele ser utilizada también como comprensiva de la legalidad y de la justicia o razonabilidad¹⁴.

4. *Legalidad y reserva de ley. La llamada preferencia de ley*

En el campo de la Administración Pública, el principio de legalidad puede entenderse en varios sentidos. Por de pronto, toda actuación administrativa debe fundarse en ley material (ley formal, reglamento administrativo, ordenanzas, etc.) y éste es el sentido que cabe atribuir al art. 19 de la CN¹⁵ que juega como una garantía a favor de las personas. Al propio tiempo, el principio de legalidad opera como una restricción al ejercicio del poder público y exige ley formal o ley formal-

¹² Utilizan el concepto de juridicidad con el contenido del principio de legitimidad o de legalidad en sentido amplio: COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 125-126; SESIN, Domingo J., *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica*, 2ª ed., Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 47.

¹³ COVIELLO, Pedro J. J., *La protección de la confianza del administrador*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 365.

¹⁴ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *El Estado social y democrático de Derecho*, Editorial Universidad de Navarra, Pamplona, 1992, pp. 211 y ss.

¹⁵ CASAS, José Osvaldo, *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 232.

material para aquellas actuaciones que interfieran en la libertad jurídica de los particulares (v.g. arts. 16, 17, 18, 19 y 28 de la CN). Como ha dicho Linares, ello puede acontecer “sea inmediatamente o sea mediatamente a través de normas intermedias de aplicación de una ley formal o material restrictivamente interpretadas”¹⁶.

A su vez, la reserva de ley constituye la máxima expresión del principio de legalidad en sentido estricto, en cuanto prescribe una regla superior en el plano constitucional en el sentido de que determinadas materias sólo pueden ser reguladas por leyes del Congreso (v.g. creación de tributos). Con todo, la estrictez de la regla se hace más fuerte y absoluta en materia penal en virtud del principio *nullum crimen sine lege* que consagra el art. 18 de la CN, lo cual se proyecta sobre la determinación de los supuestos de hecho o de la conducta de las acciones humanas susceptibles de configurar delitos y las penas que los jueces pueden aplicar¹⁷. En otros ámbitos del ordenamiento, como en el derecho tributario y el derecho aduanero¹⁸, la reserva de ley también constituye el principio “en cuanto a la configuración del hecho imponible y sus elementos integradores, a la atribución indelegable de la potestad tributaria a un sujeto activo determinado, a la elección de los sujetos pasivos, a la configuración de exenciones o liberaciones, a la tipificación de los ilícitos tributarios y sus sanciones y a todos aquellos elementos de la relación jurídica tributaria en que no sea conveniente o más eficaz delegar en el órgano administrativo, por razones de inmediatez o de

¹⁶ LINARES, Juan Francisco, “Términos para recurrir a la justicia administrativa fijados por analogía”, *LL*, 54-777.

¹⁷ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, t. I, 3ª reimp., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, pp. 118 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, 4ª reimp., Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 131 y ss. Véase lo que decimos más adelante acerca de la degradación del principio de legalidad.

¹⁸ Sobre el principio de legalidad en el derecho aduanero: ALAIS, Horacio Félix, *Los principios del Derecho aduanero*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, pp. 215 y ss.

mejor elaboración técnica o casuística, su fijación dentro de las previsiones contenidas expresamente en la ley”¹⁹. Esa interpretación más flexible del principio no implica conculcar la regla general de la legalidad formal en materia tributaria, tal como acontece cuando la ley delegue en el Ejecutivo, sobre la base de pautas predeterminadas, la determinación de ciertos elementos de la relación jurídica tributaria que no sean estructurales (v.g. la determinación de las alícuotas del impuesto dentro de límites máximos y mínimos)²⁰.

Por último, corresponde distinguir la reserva de ley de la preferencia de ley dado que mientras en el primer caso la determinación la efectúa la propia Constitución, en el segundo es la propia ley del Congreso la que determina que ciertas regulaciones deben ser efectuadas por ley formal-material y no por reglamento²¹. Es una situación parecida a la denominada congelación de rango que se ha sostenido en la doctrina en España²² con referencia a su ordenamiento constitucional.

II. LA CONCEPCIÓN DE LA LEY

1. La generalidad como rasgo sustantivo de la ley y la concepción finalista

El concepto de ley, en cuanto constituye uno de los ejes cardinales del Estado de Derecho, ha sido objeto de discusiones y debates doctrinarios en el campo de la teoría política y constitucional. La discusión habida, que arrastra una considerable carga ideológica aun en la actualidad, se proyecta,

¹⁹ GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “La delegación legislativa”, en *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, obra colectiva en homenaje al Dr. Juan Carlos Luqui, Depalma, Buenos Aires, 1984, parágrafo VIII, pp. 1 y ss. Ver también: TAVEIRA TORRES, Heleno, *Derecho tributario y Derecho privado. Autonomía privada, simulación y elusión tributaria*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, pp. 55 y ss.

²⁰ CASAS, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 647-650.

²¹ Ídem, pp. 234-237.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 13ª ed., cit., p. 251.

como no podía ser de otra manera, al esquema de las fuentes del derecho administrativo, ya que no es lo mismo sostener el legicentrismo que un sistema de fuentes diversas que, aun manteniendo la primacía de la ley (en un sentido no absoluto ni hegemónico), puedan elaborarse normas jurídicas obligatorias en ámbitos distintos del Parlamento.

Esa carga ideológica que arrastra la ley, centrada tradicionalmente en la protección de las libertades, aparece actualmente alterada por las nuevas concepciones que pretenden que los derechos colectivos (derechos sociales y los llamados derechos de tercera generación) tienen prevalencia sobre los derechos individuales, por más naturaleza fundamental que a estos últimos les atribuyan los textos constitucionales.

Sobre esta cuestión que, al menos en Argentina, parece dividir las aguas de un derecho administrativo basado en el equilibrio entre el poder y la libertad, nos vamos a ocupar al final del capítulo, con la advertencia de que estamos convencidos de que más que un problema de interpretación lo que hay tras este movimiento es el intento de construir un nuevo paradigma que resulta opuesto a nuestras raíces históricopolíticas y a la construcción técnica de las garantías jurídicas en el ordenamiento constitucional.

La característica de la generalidad que se atribuye a la ley constituye una creencia arraigada en la tradición doctrinal del mundo jurídico. Es un concepto técnico que se combina con otro finalista en cuanto persigue limitar el ejercicio del poder mediante normas generales y abstractas en garantía de la igualdad y demás derechos individuales²³.

La distinción entre normas generales (*leges*) y normas individuales (*privilegia*) que aparece en las *Doce Tablas* y se reafirma en la época clásica del derecho romano (Ulpiano), cobra trascendencia en la neoescolástica con Suárez, quien enseña que "es de la esencia de la ley que sea precepto común... de manera que aunque se obligue a estos o aquellos

²³ La idea de la ley general para limitar el poder y evitar la arbitrariedad se encuentra en Locke (*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Cap. IX).

miembros... siempre será bajo razón general"²⁴. Este concepto técnico (que ha tenido la mayor aquiescencia doctrinaria) se combina con el denominado finalista que atiende al objetivo que persigue la ley. Este concepto finalista comprende un abanico de fines que difiere en cada autor. Basta con citar, sin relegar la trascendencia que ha tenido el pensamiento de otros filósofos e *iuspublicistas*, desde la concepción finalista de Santo Tomás, al concebir a la ley como la ordenación de la razón dirigida *ad bonum commune*, hasta la construcción de Montesquieu que combina ambos elementos.

En la tesis de Montesquieu, la generalidad de la ley se sus-
tenta en el hecho de que ella hace a la naturaleza de la misión del legislativo, cuya actividad debe circunscribirse, principalmente, a dicha función material para mantener el equilibrio entre los poderes, es decir, en los hechos, con las otras funciones atribuidas, en forma prevaleciente, a los otros poderes del Estado (Ejecutivo y Judicial). A su vez, la generalidad de la ley persigue un fin superior que consiste en garantizar la libertad y la seguridad de los ciudadanos. La misma idea se advierte años más tarde en Hauriou en cuanto sostiene la necesidad de evitar los riesgos de un poder legislativo ilimitado sobre las relaciones sociales que derivan de la naturaleza de las cosas, dado que la generalidad de las leyes permite interpretarlas desde el punto de vista de la libertad²⁵.

Pero el aporte fundamental para la construcción de un concepto objetivo y técnico de la ley ha sido, sin duda, el de Duguit, cuya influencia se refleja en obras modernas al definir la ley como todo acto del Estado que tiene carácter de "acto-regla", siendo ésta una regla de derecho objetivo que se caracteriza por su imperatividad y generalidad (comprensiva de la abstracción)²⁶. Bien se ha dicho que "la virtud generali-

²⁴ SUÁREZ, Francisco, *De legibus*, I.8 (1.3).

²⁵ HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Reus, Madrid, 1927, p. 300.

²⁶ DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris, 1923, pp. 144 y ss. Más allá del concepto técnico, Duguit considera uno de los fundamentos de la generalidad, el

zadora de la abstracción confiere a la fórmula una capacidad de adaptación a las nuevas situaciones que garantiza la permanencia de la ley"²⁷.

El concepto técnico de ley como norma general, abstracta y obligatoria fue sostenido en Alemania por Schmitt²⁸, siendo también importante el nivel de aceptación que ha tenido en la doctrina vernácula y latinoamericana, que ha reconocido a la generalidad como rasgo inherente a la naturaleza de la ley²⁹ aunque no sea de su esencia (dada la existencia de leyes en sentido formal que no tienen carácter general).

Ello no quita, desde luego, la trascendencia que cabe reconocerle al principio democrático en la definición de la ley, entendida como producto del consentimiento de los representantes del pueblo que cuenta, por vía de la representación popular en el Parlamento, con la aprobación de los destinatarios³⁰. Sin embargo, al haberse fragmentado, como antes se vio, las fuentes de producción de las normas, la fortaleza de la ley se ha mantenido en aquellas materias que configuran la reserva legal y, en general, en aquellas en las que existe una vinculación positiva de la ley con la Administración.

elemento histórico como un resultado progresivo de los mecanismos de defensa contra la arbitrariedad.

²⁷ BECANE, Jean Claude - COUDERC, Michel, *La loi*, Dalloz, París, 1994, p. 56.

²⁸ SCHMITT, Karl, *Teoría de la Constitución*, Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f, pp. 174 y ss.; la obra alemana data de 1927 habiendo sido escrita, por tanto, estando en vigencia la Constitución de Weimar. Kelsen, por su parte, si bien distingue entre norma general e individual, incluye ambas dentro del ordenamiento o derecho positivo; KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Mainez, 2ª ed., Imprenta Universitaria, México, 1958, pp. 43-45.

²⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 216, texto y nota 116, con citas de Bielsa, Sayagués Laso y Silva Cimma.

³⁰ JESCH, Dietrich, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, trad. del alemán, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, pp. 34 y ss., con citas de Locke y de la Constitución de Massachussets.

El problema, especialmente en nuestro sistema constitucional, radica en la determinación de los ámbitos reservados exclusivamente a las leyes emanadas del Congreso. En principio, cuando la Constitución habla de ley debe interpretarse en el sentido de ley formal³¹ y material emanada del Congreso. Sin embargo, existen cláusulas constitucionales, como el art. 19 de la CN, que adoptan un concepto amplio de ley (que comprende al derecho o justicia), como más adelante se verá, comprensivo de los reglamentos delegados, de ejecución y los de necesidad y urgencia³².

2. Ley formal y ley material

El concepto de ley formal constituye una categoría jurídica y política que nace con la Revolución Francesa proyectándose al sistema de fuentes del Derecho como el producto del Parlamento que, al encarnar la soberanía nacional, se considera que es el único órgano habilitado para dictar las leyes en virtud de la representación que le confiere el pueblo.

La ley pasa a configurarse así como un acto formal que emana del Parlamento, con prescindencia de su contenido. Su legitimidad democrática, en cuanto representa la voluntad general (según la artificiosa construcción de Rousseau) coloca a las leyes en una situación de superioridad en el plano del derecho, sin que exista la posibilidad de que algún órgano las declare inconstitucionales. La soberanía parlamentaria conduce a que no opere la distinción entre Constitución y Ley, que más tarde acogerá el derecho continental europeo.

Entre las consecuencias que se desprenden de la concepción formal de la ley cabe señalar:

- (i) los jueces no controlan la constitucionalidad de las leyes;
- (ii) no procede la delegación legislativa;
- (iii) el Ejecutivo sólo ejerce la potestad de dictar reglamentos ejecutivos sin alterar la finalidad de las leyes.

³¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 210.

³² *Ídem*, p. 304.

Por su parte, el concepto de ley material se basa en el contenido de la ley, con independencia del órgano que la emita.

La distinción entre ley formal y material que, como es sabido, tuvo origen en Alemania durante el imperio (Laband y Jellinek entre otros autores) diseñada, según algunos, con la finalidad de atribuir al monarca la prerrogativa de ejecutar el contenido del presupuesto (que se concebía como una mera ley formal), se extendió pronto a un país europeo de tradición legalista y sistema republicano como Francia (Duguit y Jèze) y no obstante que dio lugar a la crítica de un sector de la doctrina (especialmente por parte de Carré de Malberg) terminó imponiéndose finalmente en la Constitución de 1958 y aun con anterioridad. En este último aspecto resulta evidente que el reconocimiento de una potestad reglamentaria autónoma en cabeza del Ejecutivo implica la ruptura del concepto clásico de ley formal, basada en el predominio del Legislativo y la sumisión absoluta del reglamento a la ley.

De ese modo, una idea política se transforma en un concepto técnico que, con el objetivo de proteger los derechos de libertad y de propiedad, para cuya garantía se consagra la división de poderes, circunscribe la ley material a la regla de derecho que tiene por objeto la regulación de las relaciones jurídicas.

Es evidente que el dualismo opera, entonces, en su contracara, como un mecanismo de defensa de los clásicos derechos individuales, siendo el sistema que justifica la predeterminación, por vía constitucional, de las reservas legales, ya que, de haber prevalecido la concepción de la ley formal y el consecuente monopolio exclusivo para la sanción de normas jurídicas, el establecimiento de reservas en cabeza del Parlamento hubiera carecido de sentido.

La recepción del dualismo en Francia adquiere trascendencia a través de Duguit, quien define a la ley como todo acto del Estado que constituye un "acto-regla" que consagra una regla de derecho objetivo caracterizada por su imperatividad y generalidad³³.

³³ DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, cit., pp. 144 y ss.

3. El ámbito reservado a la ley y al reglamento en el derecho francés

Aunque no vamos a remontarnos a la historia de la potestad reglamentaria en el derecho público francés (tras la Revolución, donde se inicia con las Ordenanzas del Rey) debemos partir del reconocimiento, en la práctica de los diferentes regimenes constitucionales que existieron hasta el advenimiento de la V República, de una zona reglamentaria reservada al Ejecutivo vinculada con la policía y organización de los servicios públicos³⁴. Pero, no obstante aceptarse la coexistencia con la ley del reglamento autónomo (restringido a esas potestades) y de sus consiguientes límites (los Principios Generales del Derecho), lo cierto es que la ley seguía siendo el centro del sistema, como emanación de la soberanía nacional y expresión de la voluntad general. Pero, como apunta Debbasch, el monopolio de la asamblea parlamentaria entraña la parálisis³⁵.

Esa situación se mantuvo hasta la sanción de la Constitución de 1958 que produjo un cambio, en principio radical, en el ámbito de las materias asignadas a la regulación legislativa y reglamentaria.

En efecto, mientras el art. 34 enumera, de forma limitada, las materias reservadas a la ley, en su conjunto o en sus principios fundamentales³⁶, el art. 37 prescribe que las materias que no son del dominio de la ley poseen carácter reglamentario.

Sin embargo, la realidad constitucional que exhibe la aplicación de los textos es algo más compleja que la aparente claridad de las prescripciones. Así, por lo pronto, se ha interpretado, por una parte, que para determinar la naturaleza de una materia reservada a la ley debe tenerse en cuenta las

³⁴ LONG, Marceau - WEIL, Prosper - BRAIBANT, Guy - DELVOLVÉ, Pierre - GENEVOIS, Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 13ª ed., Dallos, Paris, 2001, p. 226.

³⁵ DEBBASCH, Charles, *Droit Administratif*, 6ª ed., Economica, Paris, 2002, p. 92.

³⁶ VEDEL, Georges - DELVOLVÉ, Pierre, *Le système français de protection des administrés contra l'Administration*, Sirey, Paris, 1991, p. 24.

disposiciones del preámbulo constitucional y, por otro lado, que las materias legislativas se interpretan en forma extensiva, de acuerdo al espíritu de la Constitución, tal como ha sido resuelto por las jurisprudencias concordantes del Consejo de Estado y del Consejo Constitucional³⁷.

A su vez, en la subsiguiente evolución, el Consejo Constitucional declaró que legislar sobre materias reglamentarias no era inconstitucional³⁸, con lo que el predominio del legislador parecía volverse ilimitado. No obstante, la situación no guarda relación con la anterior a 1958 ya que es el Ejecutivo, si considera que la materia no pertenece al dominio propio de la ley, quien puede acudir al art. 41 de la Constitución y oponer la excepción de inadmisibilidad a la asamblea, decidiendo el Consejo Constitucional en caso de desacuerdo. Además, el Ejecutivo puede utilizar la vía del art. 37, 2° parte y modificar los textos de las leyes que avancen sobre las materias reservadas al reglamento³⁹, es decir, mediante un procedimiento de deslegalización⁴⁰.

No obstante, la doctrina ha sido severa en su crítica con respecto a la interpretación que se ha dado a los arts. 34 y 37 de la Constitución y el Consejo Constitucional ha declarado, últimamente, contrarias a la Constitución normas cuyo carácter reglamentario era evidente⁴¹.

4. *Constitucionalización de la legalidad. La operatividad constitucional*

Hasta no hace poco era corriente, en Europa, la creencia de que se podía escribir un libro de Derecho Administrativo

³⁷ CHAPUS, René, *Droit Administratif Général*, t. I, 2ª ed., Montchrestien, París, 1986, p. 52.

³⁸ Entre otros: decisión n° 82.143 DC del 30 de julio de 1982.

³⁹ PACTET, Pierre, "La loi, permanence et changements", en *Droit Administratif*, Mélanges René Chapus, Montchrestien, París, 1992, p. 509.

⁴⁰ DEBBASCH, *Droit Administratif*, cit., p. 102.

⁴¹ Ampliar en WALINE, Jean, *Droit Administratif*, 22ª ed., Dalloz, París, 2008, pp. 279 y ss.

con una mínima fundamentación en la Constitución, cuya presencia entre las fuentes del Derecho era prácticamente nula o escasa.

Incluso, o países, como España, que carecieron durante muchos años de Constitución, lo que llevó a un desarrollo considerable de las instituciones del Derecho Administrativo, que junto con los principios generales reconocidos por la doctrina y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo pasaron a cumplir una función garantística de las libertades y demás derechos fundamentales.

Pero al concluir el ciclo de la concepción histórica de la legalidad, basada en el predominio de la ley formal, se afirma la Constitución en la cúspide del ordenamiento jurídico⁴² convirtiéndose en la fuente principal de las garantías de los ciudadanos a través de los principios, valores y derechos que se consagran positivamente, aun cuando, en muchos casos, precisan de una determinación o reglamentación legislativa para adquirir plena operatividad.

En Argentina, si bien el punto de partida fue diferente, pues, desde nuestros orígenes constitucionales, prevaleció el principio de supremacía de la Constitución definida como ley suprema de todo el ordenamiento (art. 31 CN), la influencia de las concepciones constitucionales europeas se proyectó fundamentalmente en tres aspectos: una mayor operatividad de los principios y garantías establecidos en la Constitución con la idea de hacerlos más efectivos; 2) la incorporación de numerosos tratados sobre derechos humanos al plexo constitucional, y 3) el reconocimiento del principio de convencionalidad que atribuye a los tratados una jerarquía superior a la ley, adoptando el sistema monista de las fuentes, con las salvedades que se han indicado en el Capítulo I.

Los derechos constitucionales cuando los Estados no están en condiciones económico-financieras o, incluso políti-

⁴² Incluso en Francia se habla de la constitucionalización del derecho (Favoreu); véase: MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., t. I, pp. 409 y ss.

cas, para hacerlos efectivos corren el riesgo, según anotó en su momento Vanossi, de que se conviertan en "catálogos de ilusiones". El voluntarismo político e ideológico pretende sobreponerse a la realidad y es sabido que en esta lucha siempre se impone la realidad, a veces a costa de grandes sacrificios de las generaciones actuales y, lo que es peor, de las generaciones futuras.

Pero, aun cuando se reconozca el "valor normativo de la Constitución"⁴³ y que ésta se proyecta en el campo interpretativo (la interpretación siempre debe ser conforme a ella) procurando aplicar el texto constitucional con carácter preceptivo y operativo, de acuerdo con el sentido de la ley suprema, es evidente que la propia textura abierta de los preceptos constitucionales conduce, muchas veces, a la necesidad de su reglamentación, porque así como la ley no puede prever todas las circunstancias aplicativas, la Constitución, que posee mayor generalidad, se encuentra en una posición normativa que dificulta la operatividad plena de buena parte de sus cláusulas, a lo que cabe adicionar la característica propia de una Constitución que es rígida y, por tanto, no flexible.

Como lo ha puesto de relieve Nino, el error de sostener una operatividad a rajatabla radica en atribuir al legislador (en el caso el constituyente) "ciertas propiedades de racionalidad"⁴⁴ como la omnisciencia, operatividad, justicia, coherencia, precisión, etc.

Al respecto, cabe puntualizar que, con anterioridad, García de Enterría había observado que "hoy es un hecho de elemental evidencia que la norma, frente a la complejidad de las situaciones con que ha de enfrentarse, no es prácticamente nunca cierta y clara, contra lo que dejaba suponer la ingenua creencia en una legislación racionalizada, cerrada y definitiva del derecho, que es una herencia de la filosofía mecanicista del

⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1982, pp. 49 y ss.

⁴⁴ Véase: NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 328.

siglo XVIII, trasladada sin más a la construcción del 'Estado legislador' puesta en marcha por la Revolución Francesa"⁴⁵.

Con particular agudeza ha dicho Nino que los juristas deben abandonar el mundo de la ficción sin pretender "...que el legislador es omnisciente, atribuyéndole el conocimiento de todas las circunstancias fácticas, a veces infinitas, comprendidas dentro de la norma que dicta..." y que tampoco deben imaginar "...que el legislador es siempre operativo, no dictando normas que carezcan de aplicabilidad alguna, lo cual es falso..."⁴⁶.

Resulta por demás obvio que el razonamiento judicial que se apoya en el modelo del "constituyente racional" está basado en una ficción que sólo existe en la imaginación de los juristas, careciendo de todo anclaje en la realidad y, por tanto, de posibilidades prácticas. En el razonamiento judicial debe prevalecer el método de la argumentación razonable que conduzca a una solución justa del conflicto o, si se prefiere, siguiendo a Alexy, la racionalidad práctica, que supone la aplicación también de las reglas de la lógica pues, en tal sentido, les está vedado a los jueces, en virtud del principio de separación de poderes, acudir a la llamada interpretación libre del derecho (v.g. el realismo norteamericano) que afecta valores tan trascendentes como son la estabilidad, confianza y seguridad jurídica.

Por otra parte, la realidad constitucional es un elemento objetivo que deriva del modelo de ser histórico y aplicativo de la Constitución y se halla lejos de configurar un concepto apegado al pasado. La realidad es siempre dinámica, es conducta en interferencia subjetiva, que proyecta o aplica principios o valores, en función de normas preestablecidas. Tampoco la realidad puede concebirse como un derivado del análisis subjetivo que imponen determinados autores o las modas de turno.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª ed., Thomsom Civitas, Madrid, 2006, pp. 31-32.

⁴⁶ NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, cit., pp. 328-329.

5. Ampliación del bloque de legalidad: los nuevos derechos y la legitimación

a) Los nuevos derechos

La reforma constitucional de 1994 introdujo, en los arts. 41 y 42, una serie de derechos calificados como derechos de incidencia colectiva (así los califica el art. 43 CN) o derechos de tercera generación, que tienen por objeto la protección del medio ambiente, la competencia, los usuarios de los servicios públicos y los consumidores, en este último supuesto, en lo concerniente a la relación de consumo⁴⁷.

De ese modo, el nuevo escenario constitucional ha ampliado no sólo el ámbito de protección de los derechos individuales sino que ha dado carta de nacionalidad a una nueva categoría de derechos *supraindividuales* de titularidad indivisible (el derecho a un ambiente sano)⁴⁸ y a otros derechos que representan titularidades individuales homogéneas (v.g. los de los usuarios que reclaman la ilegalidad de una tarifa)⁴⁹. Al

⁴⁷ Sobre la tutela de los consumidores (que comprende a los usuarios de servicios públicos) véase: MURATORIO, Jorge Ismael, "La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994", en *Estudios sobre la reforma constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 97 y ss., especialmente pp. 116-118.

⁴⁸ MERTEHIKIAN, Eduardo, "La protección jurisdiccional del derecho de incidencia colectiva a gozar de un ambiente sano (Breves comentarios a los procesos colectivos a propósito del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa 'Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios', el 20 de junio de 2006)", *Primeras Jornadas Italo-Argentinas de Derecho Público*, RAP, año XXX-350, Buenos Aires, 2007, pp. 239 y ss.

⁴⁹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Los derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos", *LL*, 2008-E-1021; CAFFERATA, Néstor A., "Los derechos de incidencia colectiva", *LL*, 2006-A-1196; además: LORENZETTI, Ricardo L., "Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad", *JA*, 2002-II-237-238; GOZAINI, Osvaldo A., "Tutela de los derechos de incidencia colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal", *LL*, 2005-B-1393; a su vez, sobre la necesidad de reglamentar el proceso colectivo: OTEIZA, Eduardo, "La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un

respecto, se han propugnado diferentes categorías de derechos protegidos⁵⁰.

Los problemas que plantean los nuevos derechos, complejos y de distinta naturaleza, se ven agravados por la imprecisión o falta de definición de los textos constitucionales que han dado lugar a interpretaciones opuestas en punto a los mecanismos de protección constitucional⁵¹. A ello se añade la cuestionada interpretación que ha hecho la Corte Suprema en punto a asignarles prevalencia a los tratados internacionales de derechos humanos sobre la Constitución pues, por más que se hayan incorporado o reconocido cons-

proceso que los ampare”, en OTEIZA, Eduardo (dir.), *Procesos colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 21 y ss.

⁵⁰ FALCÓN, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, pp. 359 y ss. Señala que, en Brasil, el art. 81 de la LDC prescribe, para la defensa de los derechos de los consumidores y de las víctimas, tres situaciones jurídicas: a) derechos difusos, cuando se trata de derechos transindividuales, de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; b) derechos colectivos, también de naturaleza transindividual, de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponda a un grupo, categoría o clase de personas vinculadas por una relación jurídica base y c) derechos individuales homogéneos, entendiéndose por tales los provenientes de origen común. Al comentar dicha normativa, anota Falcón que “Si observamos las tres categorías, hallamos en la primera la categoría difusa de la indeterminación; en el segundo caso, nos hallamos frente a las acciones de clase o grupo y, en el tercero, encontramos que se halla originado en causas de origen común, que pueden ser mediatas o inmediatas, pero a medida que se alejan en el tiempo... se hacen más remotas, menos homogéneos serán los derechos, limitándose a la acción de responsabilidad civil por los daños efectivamente causados” (pp. 360-361).

⁵¹ DALLA VÍA, Alberto R., “Comentario al artículo 43 de la Constitución Nacional”, en DALLA VÍA, Alberto R. (dir.) – GARCÍA LEMA, Alberto M. (col.), *Nuevos derechos y garantías*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, pp. 283-284; una opinión restrictiva sobre el concepto de la legitimación del afectado sostiene BARRA, Rodolfo C., “La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional”, en *Temas de Derecho Público*, RAP, Buenos Aires, 2008, pp. 43 y ss.

titucionalmente, “no derogan artículo alguno de la primera parte”, siendo complementarios (entiéndase no opuestos) “a los derechos y garantías por ella reconocidos”⁵². La fuerza constitucional de dicho precepto no puede enervarse a tenor de criterios subjetivos y precisa ser aplicada sin discriminaciones, cualquiera fuera el reproche moral, social o político de la persona enjuiciada.

La instauración de estas nuevas categorías jurídicas, si bien responden a la realización de la dignidad de la persona humana, no pueden considerarse opuestas a los derechos individuales reconocidos en el art. 14 CN que también son fundamentales. Porque si dos de los objetivos principales que prescribe el Preámbulo constitucional consisten en afianzar la justicia y asegurar la paz interior, ello conduce a interpretar que el sistema, en comparación con otros preceptos y en su conjunto, debe procurar el equilibrio y armonía de los derechos antes que una lucha o confrontación que oponga lo público a lo privado, lo colectivo a lo individual. No creemos, por tanto, que el eje del derecho administrativo pase ahora por dejar de lado la defensa de las libertades y demás derechos de los ciudadanos frente a la autoridad ni tampoco la declinación de la clásica ecuación entre prerrogativas y garantías, sino que los nuevos derechos deben integrarse armónicamente en el sistema, buscando el justo equilibrio entre los distintos intereses que ellos representan.

La ecuación no pasa por oponer los derechos colectivos a los derechos individuales como se insinúa en la postura sostenida por un distinguido autor de la doctrina administrativista nacional⁵³ pues, en el fondo, se potenciaría una lucha entre ciertos grupos sociales organizados contra las empresas y/o ciudadanos individuales, cuando la función del

⁵² GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “Los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Nacional”, *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2006, pp. 5 y ss.

⁵³ Sintetizada en la fórmula “derechos vs. derechos”, véase: BALBÍN, Carlos, *Curso de Derecho Administrativo, La Ley*, Buenos Aires, 2007, pp. 95-98.

Estado es la de afianzar la justicia sin discriminaciones ni supremacías de un sector sobre otro.

En otro sentido, se habla de una “mudanza paradigmática” en cuanto hay que tener en cuenta la separación de las clásicas funciones de la Administración –en lo que respecta a la restricción de los derechos individuales y al mantenimiento del orden público– con las acciones positivas que demandan un papel más activo de la Administración como prestadora de servicios, ya sea en forma directa o a través de la gestión de particulares que colaboran en las distintas prestaciones públicas⁵⁴. Este proceso suscita un conjunto variado de problemas que van desde el tipo de derecho aplicable a la relación jurídica hasta la determinación de la jurisdicción competente para entender en los conflictos que se susciten.

Un problema adicional está representado por la transformación de la justicia administrativa en un proceso objetivo con responsabilidades a cargo de particulares basadas en el riesgo o incluso en la actividad lícita, tal como se ha legislado en materia ambiental (art. 27, ley 25.675)⁵⁵.

Otro problema para nada menor, no previsto en la Constitución ni en las leyes, radica en los efectos *erga omnes* que algunos precedentes atribuyen a las sentencias en procesos colectivos en los que no ha habido intervención de terceros. En tal sentido, una parte de la doctrina ha postulado (para supuestos en que existan numerosos actores con pretensiones de objeto similar y coincidentes) la instrumentación de las *class actions* del derecho norteamericano⁵⁶, figura que, aparte de englobar necesariamente derechos que no son de

⁵⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, “Direito público e direito privado: panorama actual da doutrina e estabelecimento de pontos de contacto”, *XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, RAP*, año XXIX-348, Buenos Aires, 2007, pp. 345-346.

⁵⁵ Norma que, en cuanto impone un sacrificio especial sin indemnización, conculca el principio contenido en el art. 17 CN.

⁵⁶ SOLA, Juan Vicente, “Los derechos de incidencia colectiva”, *Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2007, pp. 5 y ss.

incidencia colectiva (por ejemplo, una acción de resarcimiento de las víctimas de un siniestro donde múltiples actores pretenden la satisfacción de sus derechos patrimoniales), requiere la adopción de un proceso adaptado a la realidad vernácula para evitar eventuales abusos que podrían generarse. A su vez, corresponde diferenciar –como hace Falcón⁵⁷– el *litis consorcio* de una eventual acción de clase en el sentido de que mientras en el primero se trata de un proceso cerrado, la segunda constituye un proceso abierto a un número indeterminado de actores que se unifican *ope legis* (aunque la iniciativa tenga origen voluntario) en virtud de un procedimiento estatal preestablecido.

b) Problemática de la legitimación en el proceso administrativo

La gran conquista del derecho administrativo del siglo XX, en el plano procesal, ha sido la de haber montado un sistema (a cargo de jueces o tribunales administrativos independientes) de control de los actos de la Administración Pública y otros órganos del Estado que realizan actividades de naturaleza administrativa o normativa.

Sin la organización efectiva de ese control, la teoría de la separación de poderes hubiera quedado relegada a una mera división de funciones y la libertad de las personas junto con los otros derechos fundamentales no habrían pasado del rango de las declaraciones de derechos no operativas.

En tal sentido, existe una íntima conexión entre legitimación y política –en el concepto pleno de esta última– habida cuenta que el sistema procesal, que consagra las reglas de acceso a la justicia, constituye una suerte de receptáculo que alberga las más variadas motivaciones e ideas respecto de las relaciones

⁵⁷ FALCÓN, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, t. I, cit., pp. 345-347, advierte acerca de la necesidad de “encontrar equilibrio y de ejercer mesura en el tratamiento de casos en los que la parte, representante de la clase, se atribuye por sí misma esa calidad al margen de los procedimientos clásicos de apoderamiento para actuar en juicio” (t. I, p. 359).

entre el Estado y las personas privadas, en medio de una dialéctica que plantea una tensión en gran parte irreductible.

Esa tensión, que subyace, no sólo se produce entre autoridad y libertad sino, fundamentalmente en el campo de lo subjetivo y de lo objetivo, como formas de protección de los derechos y de realización de la justicia material.

La solución de este intrincado problema no parece estar destinada a ilustrar sólo una discusión teórica y abstracta. Por el contrario, tiene que ver con las reales posibilidades de protección tanto de los derechos privados como del interés público, porque la legitimación constituye una de las principales válvulas de apertura del proceso contencioso administrativo.

Pero esa válvula puede convertirse en un arma de defensa para la protección de los derechos, o bien en un obstáculo para impedir el ejercicio de aquéllos. Éste es, precisamente, el gran dilema que plantea la legitimación⁵⁸ y, como en muchas otras cuestiones, la principal dificultad radica en mantener el equilibrio entre una postura abierta al acceso a la jurisdicción y los medios humanos y materiales con que cuenta cada sistema para realizar la justicia.

Porque ninguna duda puede caber en cuanto a que lo ideal sería que cualquier habitante se encuentre legitimado *ab initio* para promover un proceso contra el Estado, como asimismo que si no tiene derecho tutelable por los jueces, éstos se lo reconozcan o nieguen al momento de dictar la sentencia, sin bloquearle el acceso a la jurisdicción.

Sin embargo, como lo ha puesto de relieve Mairal⁵⁹, se trata de “racionar un producto escaso”, dado que mientras la

⁵⁸ CASSAGNE, Juan Carlos, “La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo”, *ED*, 120-979.

⁵⁹ MAIRAL, Héctor A., “La legitimación en el proceso contencioso administrativo”, en *Control de la Administración Pública, RAP*, Buenos Aires, 2003, pp. 111 y ss., quien reproduce una frase bastante gráfica que expuso un tribunal norteamericano: “...cada expediente que está en un juzgado es análogo a una cama ocupada en el hospital: hay un número de camas que se pueden ocupar, y no más y hay un número de expedientes que se pueden manejar y no más” (p. 112).

cantidad de tribunales es limitada, el número de ciudadanos y, sobre todo, de acciones deducibles es infinitamente superior a las posibilidades de cualquier sistema para administrar ese recurso escaso.

A su vez, en nuestro sistema, por un imperativo constitucional, el poder judicial sólo está habilitado para resolver casos⁶⁰, lo cual requiere la presencia de una real controversia entre partes que afirmen y contesten sus pretensiones sobre derechos que consideran protegidos por el ordenamiento y la configuración de un agravio concreto que recaiga sobre el pretensor⁶¹, siendo indiscutible que este principio se proyecta tanto al derecho federal como al provincial o local.

Se ha dicho también que en esta cuestión incide la visión que preferimos tener del poder judicial según una postura que nos lleva a optar entre un sistema en el que los jueces deciden sólo a través de sentencias con efectos inter-partes y otro donde el poder judicial actúa como órgano político, desplegando su actividad mediante sentencias con efectos *erga omnes* cuyos alcances no se limitan a las partes en la causa sino que se proyectan a terceros.

En realidad, no obstante coincidir en las consecuencias disvaliosas que provoca la falta de regulación de los procesos colectivos y de los efectos de las sentencias que suspenden o invalidan actos de alcance general, la incidencia que provoca la ampliación del acceso a la justicia, generando la sobrecarga de la labor tribunalicia, resulta mayor que las consecuencias de aceptar el criterio que limita los efectos de las sentencias de invalidación de un acto general sólo a las partes de la controversia⁶². Esto es así por cuanto aquellos que no fueron parte en el proceso deberán promover un juicio separado, con el consiguiente aumento de la litigiosidad, atiborrando los tribunales de causas idénticas o con similares pretensiones procesales.

⁶⁰ Art. 116 CN.

⁶¹ Fallos, 302:1666.

⁶² En sentido contrario: MAIRAL, "La legitimación en el proceso contencioso administrativo", cit., p. 116.

Esto indica, a las claras, que la solución hay que buscarla por otro lado, fundamentalmente en la organización de los procesos colectivos, sin resentir el acceso a la justicia pero, al propio tiempo, sin caer en los inconvenientes constitucionales y prácticos que plantea la generalización de una suerte de acción popular, como está ocurriendo, en muchos casos, con los procesos de amparo.

c) Tendencias actuales en materia de legitimación

(i) Hacia una concepción amplia de la legitimación. Sus consecuencias sobre la doctrina del derecho subjetivo

La necesidad de que todos los intereses de las personas tuvieran mecanismos adecuados de acceso a la justicia a raíz de la consolidación del principio de la tutela judicial efectiva, amplió el campo de la legitimación procesal aceptándose que otras situaciones jurídicas, aparte del derecho subjetivo y del interés legítimo, pudieran invocarse –por las personas afectadas– para ser parte en un proceso concreto. A modo de ejemplo, considérese que, en el nivel nacional, se ha establecido el derecho de solicitar, acceder y recibir información, no siendo necesario acreditar derecho subjetivo ni interés legítimo alguno⁶³.

En algunos casos esta ampliación puede brindar resultados saludables. Empero, su adopción ilimitada puede terminar quebrando –como ocurrió, en ocasiones, en algunos sistemas como el español y el argentino– los vínculos que atan los mecanismos de legitimación procesal a la configuración de determinadas situaciones subjetivas, desplazando, de esa manera, el eje en el que descansa el criterio central de la categorización clásica.

Así, el centro de la teoría del derecho subjetivo ha pasado de la protección de los poderes jurídicos sustanciales y aun reaccionales⁶⁴ a la tutela de las situaciones de ventaja así

⁶³ Dec. 1172/03, Anexo VII, art. 6.

⁶⁴ La tesis de los derechos reaccionales, elaborada en España por García de Enterría y Fernández, representó, en su momento, el embate

como a la reparación de las lesiones provocadas por el Estado, en los derechos de las personas.

Desde otro ángulo, un sector de la doctrina nacional ha propiciado la eliminación de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, sosteniendo que siempre que el administrado pueda invocar el quebrantamiento en su perjuicio de las reglas de la justicia distributiva se encontrará legitimado para recurrir en sede administrativa o promover una demanda judicial, sin que corresponda distinguir entre derecho subjetivo e interés legítimo⁶⁵.

La distinción existe no tanto en el plano de la valoración de la "cosa justa" donde la pretensión procesal puede llegar incluso a ser equivalente (v.gr., anulación del acto o contrato) en ambas situaciones jurídicas, sino en la aptitud (legitimación) que amplía la posibilidad de ser parte de un proceso concreto⁶⁶. La distinción puede hacerse, aun cuando ella puede ser explicada por concepciones diferentes⁶⁷, si bien las

más serio que se planteó frente a la noción clásica al postular, en definitiva, la unidad de la concepción del derecho subjetivo, superando las antiguas fragmentaciones (derecho subjetivo, interés legítimo, interés personal y directo, derechos debilitados, etc.); véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 44 y ss.

⁶⁵ Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, *Principios de Derecho Administrativo*, Ábaco, Buenos Aires, 1980, pp. 273 y ss. Aun cuando no compartimos los fundamentos de la crítica del autor a la concepción bipartita, no puede dejar de reconocerse que ella responde también a la realización de lo "justo objetivo", en cuanto, lejos de restringirlo, amplía el campo de la legitimación procesal. En nuestro concepto, la legitimación provendrá tanto del quebrantamiento por la Administración de las reglas de la justicia distributiva como de la justicia conmutativa.

⁶⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, t. II, .Civitas, Madrid, 1966, pp. 267 y ss.

⁶⁷ Para una reseña bastante completa de las diversas teorías véase: URRUTIGOITY, Javier, "El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa", en AA.VV., *Estudios de Derecho Público*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 219 y ss. Este autor, al igual que Barra –entre otros–, es partidario de unificar ambas categorías en una sola.

tendencias actuales apuntan a eliminarla considerando que, en definitiva, toda situación que reporta utilidad, provecho o ventaja a favor de una persona constituye en el fondo un verdadero derecho subjetivo⁶⁸.

En suma, a los efectos de la legitimación para accionar judicialmente, lo que importa es la titularidad de un derecho reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico⁶⁹, lo cual no implica instituir una legitimación objetiva basada exclusivamente en la mera legalidad ni, menos aún, una acción popular a favor de cualquier ciudadano que invoque la sola ilegalidad sin demostrar la afectación o lesión de un derecho propio del mismo o de un determinado círculo o sector de intereses protegidos expresamente por el ordenamiento. La legitimación, más que una aptitud o capacidad, constituye la situación en que se encuentra el demandante en relación al objeto de la pretensión⁷⁰ y el tipo de proceso.

(ii) La superación de las categorías tradicionales

Las dificultades que presentaba, en el plano de la realidad, la utilización promiscua de diferentes concepciones para calificar el derecho subjetivo y el interés legítimo, así como las otras situaciones jurídicas subjetivas u objetivas, generaron la necesidad de superar las categorías tradicionales simplificando la técnica de legitimación procesal.

De esa manera, el concepto de legitimación no se transforma en el eje de una carrera de obstáculos para acceder a la

⁶⁸ Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Las partes en el proceso administrativo", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, publicación de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1997, pp. 24-25; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Problemas del Derecho Público al comienzo del siglo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 65 y ss.

⁶⁹ Como se prescribe en el Código Contencioso-Administrativo de la provincia de Buenos Aires (art. 13, CPCA).

⁷⁰ MARTINI, Juan Pablo, "El alcance de los conceptos de 'interés', 'derechos de incidencia colectiva' y 'legitimación'", *REDA*, n° 61, Depalma, Buenos Aires, 2007, p. 731.

justicia sino que juega como un elemento que contribuye a la realización del principio de *tutela judicial efectiva*, ampliando el círculo de la legitimación activa y pasiva al titular de cualquier clase de interés que le proporcione alguna ventaja o beneficio⁷¹ o la compensación o reparación de un perjuicio.

Así, una persona será portadora del derecho que le abre el acceso a un proceso concreto para la satisfacción de una pretensión sustantiva o adjetiva, ya fuere el derecho puramente subjetivo u objetivo-subjetivo, a condición de que concurren los requisitos de ilegitimidad y perjuicio o lesión.

d) Los elementos que configuran la legitimación procesal activa (ordinaria y anómala o extraordinaria)

El punto de equilibrio de la legitimación procesal se encuentra en las condiciones que permiten configurar la existencia de la situación que alega una persona para ser parte en un proceso concreto pues, como es obvio, en la medida en que esas condiciones no resulten exigibles para acceder a la justicia, o simplemente no existan como presupuestos de la legitimación,

⁷¹ Cfr. JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", *ED*, Suplemento de Derecho Administrativo del 29/4/04. Cfr., asimismo, JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia", en *LL*, 2003-B-1333/1355 y en Suplemento La Ley de la *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, julio 2003, n° 26; de la misma autora: "Legitimación en el proceso contencioso administrativo", su exposición en las Jornadas sobre derecho procesal administrativo. Universidad Católica Argentina, 1999, en *RAP* Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, n° 267, pp. 9-22; "Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo", en CASSAGNE (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*. Obra en homenaje a Jesús González Pérez, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 461-511; "La legitimación y el control judicial. El alcance del control judicial del ejercicio de las funciones administrativas públicas", en *Documentación Administrativa*, n° 269/270, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, pp. 7-27.

el sistema se transforma en una suerte de justicia objetiva, generalizándose la acción procesal (que es básicamente subjetiva) como una acción pública, que cualquier ciudadano puede interponer invocando la defensa de la legalidad.

El análisis de los textos constitucionales revela que ésa no ha sido la finalidad del constituyente ni existe cláusula alguna que establezca, en forma preceptiva, la acción popular. Tampoco la recoge el art. 43, CN, el cual, al reglar el proceso de amparo, acuerda legitimación procesal al afectado, sin perjuicio de la legitimación extraordinaria que se le reconoce al Defensor del Pueblo y a las organizaciones de usuarios y consumidores.

El andamiaje de la legitimación activa se arma a partir del reconocimiento de un derecho propio, inmediato y concreto del litigante⁷², tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema⁷³. Es decir que, salvo los supuestos de legitimación anómala⁷⁴ (que más adelante analizamos), el derecho que invoque el litigante activo no puede ser ajeno, mediato ni abstracto sino perteneciente a su círculo de intereses, a su zona vital, como alguna vez ha resuelto la jurisprudencia⁷⁵.

Este primer requisito se completa con un segundo, representado por la exigencia de que se alegue, sobre la base de fundamentos de hecho y de derecho, con suficiente fuerza de convicción, la configuración de una lesión o perjuicio en cabeza del titular o titulares del derecho o del grupo de personas, en su caso.

⁷² Véase GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 556-557, y jurisprudencia allí citada.

⁷³ "Zaratiegui, Horacio y otros c/Estado Nacional s/nulidad de acto legislativo", *Fallos*, 311:2580 (1988), consid. 3°; "Lorenzo, Constantino c/Nación Argentina", *Fallos*, 307:2384 (1985), consid. 4°, recopilados por Estela B. Sacristán en el artículo citado en n. 50.

⁷⁴ Supuestos reconocidos en el art. 43 de la CN.

⁷⁵ Véase CNCont.-Adm. Fed., Sala III, "Schoeder J. c/EN", del 8/9/94, *LL*, 1994-E-449.

El tercer elemento de la legitimación activa está constituido por la ilegalidad o, mejor dicho, ilegitimidad de la conducta estatal o pública que se cuestiona en el proceso ⁷⁶.

En definitiva, para justificar la legitimación activa ordinaria se requiere la presencia de un derecho propio, inmediato y concreto atado a un "cordón umbilical" representado por una unión o vínculo entre ilegalidad (o ilegitimidad) y perjuicio ⁷⁷.

De otra parte, a raíz de la última reforma constitucional (arts. 43 y 120, CN), se admiten una serie de sujetos legitimados que pertenecen a la figura que, en el Derecho Procesal civil, se conoce con el nombre de "legitimación anómala o extraordinaria" ⁷⁸ en el sentido de que el ordenamiento reconoce la aptitud de determinados sujetos para ser parte en los procesos judiciales en los que invoquen la defensa de intereses ajenos, como son las organizaciones de usuarios y consumidores ⁷⁹ (aunque también puedan representar un interés propio y común), el Defensor del Pueblo ⁸⁰ y el Ministerio Público ⁸¹.

⁷⁶ La sistematización de estos requisitos la hemos hecho a la luz del excelente artículo de SACRISTÁN, Estela B., titulado "Notas sobre legitimación procesal en la jurisprudencia norteamericana y argentina", en BAZÁN, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos*, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 381 y ss.

⁷⁷ CNCont.-Adm. Fed., Sala V, *in re* "Consumidores Libres Coop. Ltda. c/Estado Nacional" del 20/10/95, en LL, 1995-E-469, con nuestra nota, CASSAGNE, Juan Carlos, "De nuevo sobre la legitimación para accionar en el amparo", LL, 1995-E-469.

⁷⁸ PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, t. I, 2ª ed. reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 407.

⁷⁹ El art. 43 CN establece que podrán interponer acción de amparo, contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, "las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización"

⁸⁰ El art. 86 CN dice que el Defensor del Pueblo tiene legitimación (esta nota continúa en la página siguiente)

⁸¹ Así, según la ley 24.946, art. 25, inc. l), corresponde al Ministerio (esta nota continúa en la página siguiente)

En tales casos, para justificar la legitimación anómala es necesario acreditar la configuración del interés ajeno por el que se actúa (con todos sus requisitos como el carácter inmediato y concreto del interés, así como el concreto perjuicio o la específica lesión)⁸² y no la mera ilegalidad o ilegitimidad del obrar administrativo, salvo que el ordenamiento así lo prescriba en aquellos supuestos en que se configure una acción pública, como acontece en el derecho español en materia urbanística y de protección del patrimonio histórico y, entre nosotros, en la legislación protectora del medio ambiente⁸³.

Pero fuera de tales supuestos y de otros que la Constitución o las leyes consideren que sean dignos de esta clase de protección, los legitimados anómalos no están facultados para promover acciones públicas y deben acreditar la legiti-

(continuación de la nota 80)

procesal, al tiempo que el art. 43 CN establece que dicho organismo podrá interponer acción de amparo contra "cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general...".

(continuación de la nota 81)

Público "velar por la defensa de los derechos humanos en los establecimientos carcelarios, judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, a fin de que los reclusos e internados sean tratados con el respeto debido a su persona, no sean sometidos a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes y tengan oportuna asistencia jurídica, médica, hospitalaria y las demás que resulten necesarias para el cumplimiento de dicho objeto, promoviendo las acciones correspondientes cuando se verifique violación", por lo que podría actuar invocando la defensa de dichos derechos.

⁸² En punto a la legitimación del Defensor del Pueblo pueden consultarse: ROCHA PEREYRA, Gerónimo, "La interpretación judicial sobre la legitimación del Defensor del Pueblo", *EDA*, 2004, pp. 404-425, esp. pp. 418-420; GUIRIDLIAN LAROSA, Javier, "La legitimación del Defensor del Pueblo y el carácter expansivo de los efectos de la sentencia en un reciente caso jurisprudencial", *RAP*, n° 290, Buenos Aires, 2002, pp. 47 y ss.; NAPOLI, Sergio, "La legitimación procesal del Defensor del Pueblo", *REDA*, n° 44, Depalma, Buenos Aires.

⁸³ Ley 25.675, art. 30 *in fine*.

mación que invocan para ser parte en un proceso concreto, en una causa o controversia, como lo requiere el art. 116, CN, cuando determina la competencia de la justicia federal.

De lo contrario, se introduce un elemento de bloqueo en el sistema de separación de poderes⁸⁴, susceptible de entorpecer o impedir la acción de los órganos ejecutivo y legislativo dentro del cauce del equilibrio constitucional, con la consiguiente "judicialización" de la política que los gobiernos realizan, especialmente en el campo de los servicios públicos.

e) Los derechos de incidencia colectiva y el amparo constitucional

La Constitución reformada de 1994 consagra, como una novedad de nuestro ordenamiento jurídico, la figura del amparo judicial de los llamados derechos de incidencia colectiva (art. 43 CN).

La fórmula constitucional abarca tanto a los titulares de derechos subjetivos (v.gr., la persona que sufre un daño ambiental concreto y determinado) como a los derechos subjetivos no patrimoniales⁸⁵, o bien a los derechos de incidencia

⁸⁴ Véase BARRA, Rodolfo C., "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la separación de poderes", en *LL*, 1993-E-796-805, esp. 800; "La legitimación para accionar. Una cuestión constitucional", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Derecho Procesal Administrativo*, obra en homenaje a Jesús González Pérez homenaje, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 543-635. En las mismas aguas se ubica la doctrina norteamericana emanada de un actual juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos: SCALIA, Antonin, "The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers", en *Suffolk Law Review*, 1983, vol. 17, pp. 881 y ss.

⁸⁵ En el caso "Schroder, Juan c/Estado Nacional (Sec. de Recursos Naturales y Ambiente Humano) s/amparo", *LL*, 1994-E-449, se interpretó que la legitimación que reconoce el art. 43 se configura cuando se lesiona el denominado "ámbito o círculo vital" de las personas, el que "viene determinado por una relación de proximidad física, esto es, por una vinculación derivada de la localización especial y no de la pertenencia a una jurisdicción política" (GAMBIER, Beltrán - LAGO, Daniel, "El medio ambiente y su reciente recepción constitucional", en CASSAGNE, Juan Carlos [dir.], *Estudios sobre la reforma constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pp. 1-19).

colectiva aunque variando el reconocimiento de la legitimación en cada caso.

Cuando se trata de la violación de un derecho subjetivo (incluso del llamado interés legítimo), la calidad para promover el proceso corresponde al "afectado" (art. 43, 2ª parte, CN) que es la persona que sufre, concretamente, la lesión o amenaza de perjuicio, la cual, a su vez, precisa acreditar la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto lesivo (art. 43, 1ª parte, CN).

En cambio, y en ello radica la principal innovación constitucional, la protección de los derechos de incidencia colectiva se opera a través de una ampliación de la base de legitimación a favor de personas que no se encuentran personalmente afectadas por el acto lesivo, como el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a la defensa de esa clase de derechos (de incidencia colectiva)⁸⁶, lo que no implica consagrar una acción estrictamente objetiva, ya que, en todos los supuestos, se tendrá que acreditar tanto la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas como la lesión o amenaza de lesión a esos derechos concretos de las personas, en el marco de un caso o controversia a fin de evitar que se pueda incurrir, en determinados casos, en situaciones afines al sistema corporativista, opuesto al modelo del Estado de Derecho republicano, representativo y democrático, diseñado por la Constitución⁸⁷.

6. *La tutela de la legalidad y la acción popular*

La tutela de la legalidad ha pasado por distintas fases en la evolución de los mecanismos procesales de protección en el derecho comparado. El sistema más clásico arranca en el derecho francés con el recurso por exceso de poder que exigía, como un requisito de seriedad para su apertura, la configuración de un interés personal y directo, lo que condujo a discu-

⁸⁶ Véanse notas 79 y 80 *supra*.

⁸⁷ Como señala TAWIL, GUIDO S., *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 81.

siones interminables acerca del carácter objetivo o subjetivo de este tipo de proceso contencioso-administrativo. Entre los antecedentes que pueden mencionarse, no sin olvidar el ridículo proceso sin partes que promovió el nazismo, cabe mencionar el proceso de impugnación judicial de reglamentos del derecho español e incluso nuestro inorgánico régimen previsto en el art. 24 de la LNPA, hasta los procesos de amparo en Latinoamérica que son los que encarnaron con mayor eficacia y amplitud la defensa de la legalidad y el cuestionamiento de la arbitrariedad, sobre todo de la Administración Pública.

Como consecuencia de las nuevas ideas acerca de la transposición de una democracia representativa a una de tipo participativo o semidirecta⁸⁸, se confió la tutela genérica de la legalidad a ciertos órganos independientes, ya sea que pertenezcan al Estado *lato sensu* (v.g. Defensor del Pueblo), o bien que sean ajenos al mismo cuando, por ejemplo, tengan por objeto la defensa de intereses públicos generales o sectoriales (v.g. organismos no gubernamentales).

En el sistema representativo que instauró la Constitución de 1853, la tutela de la legalidad, en el ámbito administrativo, correspondía, en principio, al Estado a través de diversos órganos (v.g. Procurador del Tesoro, cuando promovía denuncias o acciones de lesividad o al Ministerio Público, en materia penal)⁸⁹.

Aun cuando la vigencia de ese esquema constitucional, la reforma de 1994 y el ordenamiento legislativo han ampliado la tutela de la legalidad en dos sentidos: a) con el reco-

⁸⁸ Lo cual, si bien resulta contrario al sistema representativo puro de nuestra forma de gobierno, nada menos que en el artículo primero de la Constitución, no se puede desconocer que la reforma constitucional de 1994 introduce muchas instituciones y principios que se fundan en la democracia participativa y no representativa.

⁸⁹ En el ordenamiento constitucional y legal de la Ciudad de Buenos Aires la defensa de la legalidad se asigna al Ministerio Público, véase: UGOLINI, Daniela, "El Ministerio Público en la Ciudad de Buenos Aires", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 291 y ss.

nocimiento de la legitimación del Defensor del Pueblo para promover acciones de amparo conforme al art. 43 CN, y b) a través de la recepción en nuestro ordenamiento de la figura de la acción popular en materia de cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo, que consagra el art. 30 *in fine* de la ley 25.675⁹⁰.

La diferencia entre la acción popular o acción pública (como se denomina en España a la existente en materia urbanística) y los procesos colectivos es que la figura del legitimado prácticamente no existe (al no haber una especial relación entre el sujeto procesal y el objeto del proceso) pues la acción la puede deducir cualquier persona en el mero interés de la ley. A nuestro juicio, la acción de cese de actividades nocivas al medio ambiente configura un claro supuesto de acción popular.

Este tipo de acciones se inscriben en un escenario favorable a la socialización de los mecanismos de derecho procesal y, consecuentemente, de la defensa de derechos colectivos⁹¹, si bien puede resultar, en ciertos casos, una herramienta para tutelar situaciones jurídicas dignas de esta clase de protección, puede conducir, no obstante las buenas intenciones de quienes lo predicán, a una litigiosidad mayúscula, que obture la marcha de los procesos judiciales ordinarios y aun extraordinarios, ya que los jueces no podrán dar abasto a las demandas tendientes a satisfacer las pretensiones generalizadas de los ciudadanos. Pero lo más preocupante sea, quizás, el hecho de que la utilización de esta clase de acciones supone una mínima cultura jurídica del pueblo y, sobre todo, que los niveles de corrupción sean bajos para evitar que estas acciones sean utilizadas por abogados sin escrúpulos que, mediante demandas sin fundamento, logren que se rechace o

⁹⁰ MORELLO, Augusto Mario – SBDAR, Claudia B., *Acción popular y procesos colectivos*, Lajouane, Buenos Aires, 2007, pp. 129 y ss.

⁹¹ MORELLO, Augusto Mario, "Legitimaciones plenas y semiplenas en el renovado proceso civil. Su importancia", en AA.VV., *La legitimación*, obra en homenaje al Profesor Lino Enrique Palacios, coordinada por el autor, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 67.

acepten pretensiones que transformen la ilegalidad en legalidad, mediante la extensión de la cosa juzgada *erga omnes*.

Precisamente, el peligro que podría generar una extensión desmesurada del instrumento procesal de la acción popular radica en que los legitimados pasivos también se han ampliado como consecuencia de la atracción que ejerce, ya sea por la ley o la jurisprudencia, el fuero contencioso-administrativo federal o provincial con respecto a las causas en que son parte empresas privadas prestadoras de servicios públicos, lo cual, en el escenario actual, podría generar todo tipo de abusos y batallas judiciales interminables. Esto no es óbice a que, bien reglamentadas y circunscriptas, puedan servir, como cualquier proceso colectivo, al interés general y a la realización de los derechos fundamentales de la persona humana. Desde luego que las atendibles finalidades sociales que persiguen tanto las acciones populares como los procesos colectivos en general, no debieran funcionar como instrumentos de aniquilación de los derechos individuales (o derechos de primera generación) ni de la seguridad jurídica basada en los postulados del Estado de Derecho, en el que la justicia debe ser la principal garante del equilibrio y armonía social.

Como se ha dicho con acierto, “las anheladas reformas de nuestros sistemas de justicia –que obviamente comprende al crucial tema de la legitimación– dependen, en grado prevalente, de la adecuada preparación y aprovechamiento de los recursos humanos y la consecuente promoción de los cambios culturales necesarios para instalar las transformaciones”⁹².

7. *La degradación del principio de legalidad en el derecho penal*

El principio de legalidad en materia penal viene soportando una serie de degradaciones que llegan a desvirtuarlo, como fruto de concepciones que alteran de un modo radical los principios generales del derecho y los propios fundamen-

⁹² BERIZONCE, Roberto O., “La legitimación, los códigos uniformes y la enseñanza del derecho procesal”, en AA.VV., *La legitimación*, obra en homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio, cit., pp. 522-523.

tos del Estado Constitucional, concebido como un Estado de Derecho o, como algunos prefieren, un Estado de Justicia⁹³.

Esta tendencia, basada en un ambiguo funcionalismo social, amenaza con socavar las garantías debidas a los ciudadanos en el Estado de Derecho, proyectándose, con mayor o menor intensidad, en un conjunto de pseudo-principios que modifican o ignoran los bienes jurídicos tutelados que define la ley, adoptándolos o remplazándolos por decisiones que se apoyan en la discrecionalidad judicial antes que en la ley invocando la necesidad de privilegiar los intereses de la colectividad sobre las garantías individuales. Y en una presunta defensa social, se pretende justificar la distorsión del clásico principio de legalidad para sustituirlo por la voluntad del juez, incluso en la descripción de los tipos penales que se transforman en fórmulas abiertas, carentes de precisión.

De esa manera, se genera una cuasi absoluta judicialización del derecho penal, sobre todo cuando tiene por objeto la tutela de los intereses de la Administración Pública porque, al convertirse el juez en legislador, se pone una lápida sobre la doctrina de la separación de los poderes y las garantías del Estado de Derecho.

La raíz de este proceso se encuentra en la génesis de un derecho penal autoritario y funcionalista⁹⁴, proveniente del llamado "derecho penal del enemigo", acuñado durante el nazismo y el fascismo, como han puntualizado estudios que advierten acerca de la peligrosidad del fenómeno y su consecuente judicialización.

Las deformaciones que han provocado esa forzada y falsa adaptación de la dogmática del derecho penal a la nueva tendencia funcionalista autoritaria que desfigura el principio de legalidad son variadas y significativas, pues nada menos que "...el concepto de causalidad comenzó paulatinamente,

⁹³ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al Derecho*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 409.

⁹⁴ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 15.

primero a ser completado y luego sustituido por el de imputación objetiva...". A su vez, los criterios que definen o describen el contenido material de los bienes jurídicos tutelados fueron reemplazados "...por el de unidad o función social o por conceptos vagos de carácter social o universal...", sin contenido material preciso, y así "...el principio de legalidad o de reserva de la ley penal ha quedado perforado como un queso 'gruyère' por continuas referencias en tipos penales de nuevo cuño a disposiciones de carácter administrativo de rango inferior a la ley..."⁹⁵.

En tal sentido, un derecho penal que sustituya o desplace al principio de culpabilidad (no hay delito sin culpa)⁹⁶ por el de responsabilidad objetiva implica una gravísima degradación del principio de legalidad, base de todas las garantías procesales y sustantivas que hacen a la libertad de las personas.

Se ha dicho, con razón, que el principio de culpabilidad encuentra su fundamento en el art. 19 de la CN y que conforme a su enunciado, "...a un habitante de la Nación se le puede impedir una conducta, pero si se le prohíbe la causación de un resultado que no puede prever y que, al menos, se funde en la violación de un deber de cuidado, nunca podrá saber cuándo una conducta está prohibida y, por ende, el principio de reserva legal... quedaría por entero desbaratado"⁹⁷.

Como puede advertirse, un derecho penal en el que se ha perforado el principio de legalidad y las garantías sustantivas y adjetivas, sin especificar debidamente los tipos penales o permitiendo que éstos sean construidos por lo que se le haya encajado en la cabeza del juez (la antigua ley del encaje), aplicado por magistrados rigurosos o ingenuos que, para no tener

⁹⁵ Las citas entrecomilladas pertenecen al libro de MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el "Derecho penal del enemigo"*, cit., p. 14.

⁹⁶ Ampliar en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, 4ª reimp., Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 423 y ss.

⁹⁷ Ídem, p. 425, sostiene que la aceptación de la responsabilidad objetiva implica "...sumir a nuestro derecho penal en el objetivismo propio de las legislaciones primitivas" (p. 427).

problemas con los gobernantes de turno, se desentienden del trasfondo real de los intereses que mueven un proceso vinculado a la Administración Pública, constituye un formidable caldo de cultivo para toda clase de manipulaciones, venganzas y operaciones clandestinas disfrazadas de legalidad. La complejidad o especialidad de un delito no pueden transformarse en un escudo para argumentar decisiones arbitrarias que prescinden de las más elementales garantías que deben los jueces a los ciudadanos en el Estado de Derecho.

8. La globalización: su influencia sobre el principio de legalidad

La generalización del comercio entre los países así como los cambios tecnológicos que se producen –en estos tiempos– con una aceleración extraordinaria influyen sobre los sistemas jurídicos nacionales, los cuales conllevan la necesidad de adaptarse a las reglas propias del mercado internacional.

Este proceso, iniciado primero en el seno del derecho mercantil de raíz romano-germánica, ha forzado los cauces del derecho privado y amenaza con socavar los fundamentos en que se asienta el derecho público de Europa continental, sobre cuyas bases se han configurado los derechos de los Estados latinoamericanos.

El quiebre del clásico principio de la legalidad, concebido sobre los principios de soberanía y estatalidad de la ley, fue consecuencia de la caída del positivismo legalista en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, provocada por la insuficiencia de los esquemas formales para resolver los requerimientos de la comunidad, en un mundo jurídico integrado con normas legales provenientes de fuentes distintas de las leyes en sentido formal y material.

A su turno, la fragmentación del principio de legalidad se incrementó merced al desarrollo del derecho comunitario europeo, que modificó el sistema de las fuentes normativas. La evolución de variados sistemas internacionales también contribuyó a dicha fragmentación al crear reglas, sin base democrática, con la finalidad de ordenar y/o fomentar el equilibrio de las finanzas de los países y el intercambio comercial (v. gr. Banco Mundial, FMI, OMC, etc.) a las que se sumaron otros organismos creados por convenciones in-

ternacionales, cuyas decisiones, en algunos casos, tienen carácter preceptivo, mientras que en otros carecen de obligatoriedad y efectos vinculantes.

En este escenario complejo se encuentra hoy el derecho público iberoamericano que, en menor medida que el europeo, resulta influenciado por la fuerza de un derecho internacional que pretende imponer un monismo a ultranza, aunque el primer país del mundo (Estados Unidos de Norteamérica) no lo acepta, excepto en determinadas instituciones.

El problema que se plantea, a la luz del principio de legalidad, estriba en la unidad que caracteriza a cualquier proceso de globalización de los intercambios internacionales. Porque esa unidad sólo puede concebirse en determinados sectores, sin que pueda predicarse respecto de las instituciones configuradas en torno a una concepción diversa del derecho aplicable. Así, el derecho continental europeo, que se apoya en un sistema de reglas escritas que persigue la realización del interés general o bien común, en el que el derecho interno, pese a las vicisitudes y cambios, sigue manteniendo una base democrática en su proceso de formación, se diferencia del derecho que rige en los países anglosajones, en los que el papel del juez y de los precedentes constituye el eje del sistema jurídico⁹⁸. Con todo, no se puede desconocer que la construcción del derecho comunitario europeo refleja una tendencia hacia la unidad de los sistemas nacionales, los cuales, no obstante, mantienen su diversidad y peculiaridades, sin arribar aun a la fusión total de los distintos ordenamientos jurídicos.

En el caso de los países de Iberoamérica, cuyos derechos administrativos han seguido las aguas de los derechos continentales europeos (configurados, entre otros aspectos, sobre el reconocimiento de potestades o prerrogativas de poder público), la idea de un derecho administrativo global se torna aún más problemática. La globalización del derecho adminis-

⁹⁸ POCHARD, Marcel, "Sobre la influencia del derecho continental europeo en los derechos latinoamericanos", *REDA* n° 62, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 997 y ss.

trativo en Iberoamérica se presenta como un proceso parcial, muchas veces de carácter regional (Mercosur y Pacto Andino) que sólo puede concebirse y tener sentido si se apoya en los principios que nutren al Estado de Derecho.

Esta última afirmación no implica, desde luego, que no pueda sostenerse la existencia de un derecho administrativo internacional (como antes se decía) limitado a determinadas instituciones internacionales o (como se dice ahora) de un espacio administrativo global⁹⁹ en el que rigen normas aplicables a un determinado sector de la economía internacional.

Resulta indudable que la globalización, aun cuando limitada y sectorial, puede originar una fuente de legalidad de carácter transnacional susceptible de incidir en distintos aspectos de las relaciones entre los particulares, las instituciones internacionales y los Estados adheridos a esas nuevas formas de producción normativa. Tal es la situación que generan los llamados acuerdos de integración comercial y económica.

En otros casos, la influencia de la globalización se proyecta a través de directivas que, si bien carecen de eficacia obligatoria, son adoptadas por las Administraciones Públicas que las incorporan en sus regulaciones o en sus contratos (*soft law*)¹⁰⁰.

No creemos, sin embargo, que esas directivas o lineamientos impliquen, por el momento, la configuración de un derecho común similar a la *lex pública mercatoria*, porque al no ser obligatorias y, por tanto, vinculantes, su recepción en el marco de cada país queda librada al arbitrio de los diferentes Estados.

⁹⁹ KINGSBURY, Benedict - KRISCH, Nico - STEWART, Richard B., "El surgimiento del derecho administrativo global", *Res Pública Argentina 2007-3*, RAP, Buenos Aires, pp. 25 y ss.

¹⁰⁰ AGUILAR VALDEZ, Oscar, "Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas" (en prensa), texto correspondiente a la disertación del autor en las Jornadas de Derecho Administrativo, organizadas por el Departamento de Posgrado especialización en Derecho Administrativo y Económico de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, agosto 2008.

En suma, el fenómeno de la globalización que, en principio, debiera ser neutro¹⁰¹, no permite establecer, por el momento, un derecho administrativo global, dotado de principios y reglas comunes, que se apliquen a todas las instituciones estatales. Es cierto que actualmente hay una mayor influencia de las institucionales internacionales, sean o no públicas, sobre los Estados y los particulares, que la que ejercen los Estados sobre dichas organizaciones internacionales.

Pero la falta de sistematización de los diferentes sistemas internacionales vigentes dificultan la unidad que precisan los ordenamientos jurídicos basados, preponderantemente, en un derecho escrito y codificado, como son los ordenamientos de los países iberoamericanos que adoptaron, en sus derechos administrativos, instituciones y principios de origen romano-germánico.

Lo cierto es que, a raíz de la globalización se ha producido un paralelo crecimiento del proceso de fragmentación de la legalidad basada en la soberanía del Parlamento, y consecuentemente, en la estatización del derecho, lo cual plantea el gran problema de compatibilizar el derecho trasnacional con el derecho interno, así como la necesidad de establecer procedimientos y órganos que solucionen los conflictos en supuestos de colisión de los respectivos ordenamientos. Sin embargo, a tenor de lo prescripto en el art. 75, inc. 22, CN, el principio de convencionalidad o derecho de los tratados integra el bloque de constitucionalidad pero cede frente a los derechos y garantías fundamentales de la primera parte de la Constitución nacio-

¹⁰¹ SANCHEZ, Alberto M., "Influencia del derecho de la integración en el proceso de internacionalización del derecho administrativo argentino", *RAP* año XXIX-348, XXXII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, pp. 55 y ss., afirma que "...la globalización es un fenómeno neutro que de suyo no es ni positivo ni negativo: será negativo en la medida en que contribuya a la implementación de lo que denomina el pensamiento único, de las hegemonías, del unilateralismo; pero va a ser muy positivo si lo convertimos en una herramienta fundamental para fortalecer la hermandad universal del género humano, para acen- tuar el regionalismo, para fomentar el multiculturalismo" (p. 56).

nal y deben armonizar, además, con los principios de derecho público que prescribe nuestra Carta Magna (art. 27).

A su vez, los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones *supra* estatales están limitados en su validez constitucional, a que se celebren en condiciones de igualdad y reciprocidad y respeten el orden democrático y los derechos humanos (art. 75, inc. 23, CN).

En definitiva, el desafío que enfrentan nuestros países en un mundo cada vez más globalizado no es otro que la compatibilización entre la unidad y la diversidad, manteniendo el fondo común de los principios que integran el Estado de Derecho y el orden democrático¹⁰², en un escenario en el que la legalidad, con sus nuevas fuentes de producción normativa y de costumbres, tendrá que seguir jugando un papel decisivo como garantía de los derechos de los ciudadanos y empresas.

III. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO: LAS RESERVAS DE LEY Y LA POTESTAD REGLAMENTARIA

1. *Los poderes reservados al Legislativo, Ejecutivo y Judicial*

En el campo del Derecho constitucional y también en el del Derecho administrativo la doctrina se ocupa, con distinta terminología y sustentación ideológica, del tema de las facultades reservadas a los órganos que realizan las funciones estatales.

En nuestro sistema constitucional, la cuestión se plantea principalmente en orden a la existencia o no de zonas de reserva de la ley o del reglamento, dado que, por principio, en materia del ejercicio de la función jurisdiccional, inclusive para la revisión de los actos del Poder Ejecutivo, nuestra Constitución ha adoptado el sistema judicialista (arts. 109, 116 y 117)¹⁰³.

¹⁰² Cfr. QUADROS, Fausto de, "A europeização do Contencioso Administrativo", *Separata de Estudos em Homenaje al Doctor Marcello Caetano*, Faculdade de Direito de Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Lisboa, 2006, p. 403.

¹⁰³ Aun cuando, de un modo excepcional, se admite el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de órganos o tribunales ubicados en la Administración Pública, dentro de ciertos límites y condiciones.