

## INDICE

	Pág.
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	9
<b>PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS</b> .....	11
<b>PRÓLOGO</b> .....	15
<b>CAPÍTULO 1. CONSIDERACIONES GENERALES</b> .....	19
<b>CAPÍTULO 2. EL ESTADO DE DERECHO COMO INSTITUCIÓN SISTÉMICA</b> .....	23
1. APROXIMACIONES ONTOLÓGICA, HISTÓRICA Y FINALISTA A LA NOCIÓN DE ESTADO .....	23
1.1. Aproximación ontológica .....	24
1.2. Aproximación histórica .....	28
1.3. Aproximación finalista .....	31
a) El Estado de Derecho liberal .....	31
b) El Estado de Derecho Benefactor (Welfare State) y el Estado Social de Derecho .....	34
c) La crisis del Estado de Bienestar .....	36
d) Síntesis de las críticas neoliberales al Estado de Bienestar .....	37
e) Algunos esbozos teóricos neoliberales .....	38
f) Ensayos defensistas del Estado Social de Derecho. Su irreversibilidad .....	39
1.4. ¿Un Estado Social de Derecho “subsidiario”? .....	43

	<u>Pág.</u>
2. LA MATERIALIDAD DEL ESTADO DE DERECHO "AMPLIADA": EL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO .....	46
3. EXCURSUS SOBRE LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR EN ARGENTINA .....	50
4. LAS TEORÍAS DE LA INSTITUCIÓN Y DE LOS SISTEMAS FRENTE AL ESTADO DE DERECHO .....	52
4.1. La teoría de la institución .....	52
4.2. La teoría de los sistemas .....	53
4.3. El Estado de Derecho, y el Derecho al cual éste se sujeta, revisten el carácter de instituciones sistémicas (autopoiéticas y contingentes) .....	59
<b>CAPÍTULO III LAS FUNCIONES ESTATALES Y EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EN EL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO .....</b>	<b>63</b>
1. PRINCIPALES FORMULACIONES TEÓRICAS ACERCA DE LAS FUNCIONES ESTATALES Y DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES .....	63
2. LAS FUNCIONES ESTATALES. DISTINTAS TEORÍAS .....	67
3. SENTIDO ACTUAL DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES DESDE UNA PERSPECTIVA SISTÉMICA .....	70
4. OTRAS CONSIDERACIONES QUE LLEVAN A RESIGNIFICAR EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES .....	74
4.1. La adición acumulativa de derechos. Su impacto sobre el principio de división de poderes y su incidencia presupuestaria .....	74
4.2. Los organismos de colaboración o auxiliares del Poder Legislativo. Las instituciones "extrapoderes" .....	76

5.

CAPÍ  
EL

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

CAPÍ  
AB

1.

2.

Pág.

Pág.

	5. LAS FACULTADES RESERVADAS A LOS ÓRGANOS LEGISLATIVO, EJECUTIVO Y JUDICIAL .....	79
--	---	----

**CAPÍTULO IV EL INTERÉS PÚBLICO O GENERAL.**

	EL PROBLEMA DE SU DELIMITACIÓN CONCEPTUAL .....	83
--	---	----

	1. INTRODUCCIÓN .....	83
--	-----------------------	----

	2. BREVE RESEÑA DE SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA .....	86
--	---	----

	3. LA DOCTRINA .....	87
--	----------------------	----

	4. LA JURISPRUDENCIA .....	90
--	----------------------------	----

	5. NUESTRA OPINIÓN .....	93
--	--------------------------	----

	6. LOS FINES PÚBLICOS “PRIMARIOS” LOS “MOMENTOS” DE CONCRECIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO O GENERAL .....	95
--	--	----

	7. LA SATISFACCIÓN “INMEDIATA” Y “MEDIATA” DEL INTERÉS PÚBLICO. TODAS LAS FUNCIONES ESTATALES SE ORIENTAN A REALIZAR EL INTERÉS PÚBLICO .....	97
--	--	----

	8. LA DEFENSA DEL INTERÉS PÚBLICO .....	99
--	---	----

**CAPÍTULO V LA TRAICIÓN AL INTERÉS PÚBLICO: EL  
ABUSO DE DERECHO Y LA DESVIACIÓN DE PODER** .....

	1. INTRODUCCIÓN .....	101
--	-----------------------	-----

	2. EL ABUSO DE DERECHO .....	102
--	------------------------------	-----

	2.1. El ejercicio de los derechos y la teoría del abuso de derecho .....	102
--	---	-----

	2.2. Las doctrinas negatorias .....	103
--	-------------------------------------	-----

	2.3. La evolución hacia la recepción de la teoría en la jurisprudencia y derecho comparado .....	104
--	---	-----

	2.4. El rechazo de la teoría en el Código Civil argentino .....	105
--	---	-----

	2.5. La evolución doctrinaria en nuestro país .....	107
--	---	-----

..... 46

..... 50

..... 52

..... 52

..... 53

..... 59

..... 63

..... 63

..... 67

..... 70

..... 74

..... 74

..... 76

	<u>Pág.</u>
2.6. La aplicación pretoriana de la figura en nuestra jurisprudencia .....	108
2.7. Criterios para caracterizar el abuso de derecho: subjetivos, objetivos y mixtos .....	108
2.8. Configuración del abuso de derecho en las distintas legislaciones .....	111
2.9. Antecedentes de la reforma introducida al Código Civil por la Ley 17.711 .....	113
2.10. Criterio adoptado por la reforma de 1968. Casos contemplados .....	115
2.11. La sanción del Código Civil y Comercial y la incorporación del abuso de derecho en el Título Preliminar .....	116
2.12. Formas del abuso .....	119
2.13. ¿Es postulable que la Administración pueda incurrir en abuso de derecho en su actuación? .....	120
2.14. El abuso de derecho como Principio General de Derecho .....	122
<b>3. LA DESVIACIÓN DE PODER COMO APLICACIÓN DEL PRINCIPIO QUE VEDA EL EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS .....</b>	<b>123</b>
3.1. Generalidades .....	123
3.2. El recurso por EXCÉS DE POUVOIR en la jurisprudencia del Consejo de Estado .....	125
3.3. La evolución posterior hacia la figura de détournement de pouvoir .....	127
3.4. La desviación de poder en el derecho español .....	130
3.5. La desviación de poder en el derecho alemán .....	132
3.6. La desviación de poder en el derecho italiano .....	132
3.7. La desviación de poder en el derecho anglosajón .....	133
3.8. La desviación de poder en el derecho argentino .....	135
a) El texto legal .....	135

Pág.		Pág.
	b) La jurisprudencia .....	136
..... 108	4. PRINCIPALES CUESTIONES QUE PLANTEA LA DESVIACIÓN DE PODER .....	138
..... 108	4.1. La finalidad prevista por la norma. Su determinación .....	138
..... 111	4.2. Legalidad e inmoralidad .....	139
..... 113	4.3. Los móviles subjetivos .....	141
..... 113	4.4. Las dificultades probatorias .....	141
..... 115	4.5. ¿La desviación de poder es una noción en crisis? .....	142
..... 116	5. DESVIACIÓN DE PODER Y ABUSO DE DERECHO .....	144
..... 119	6. EL ABUSO DE DERECHO Y LA DESVIACIÓN DE PODER COMO “ILÍCITOS ATÍPICOS” .....	146
..... 120	7. NUESTRA OPINIÓN .....	148
..... 122	8. DESVIACIÓN DE PODER LEGISLATIVA Y DESVIACIÓN DE PODER JUDICIAL .....	150
	<b>CAPÍTULO VI LA “VOLUNTAD ESTATAL” .....</b>	<b>153</b>
..... 123	1. PLANTEO INTRODUCTORIO. LA PERSONA JURÍDICA Y LA VOLUNTAD ESTATAL .....	153
..... 123	2. LAS PERSONAS JURÍDICAS. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO .....	155
..... 125	2.1. Orígenes .....	155
..... 127	2.2. La teoría de la ficción .....	157
..... 130	2.3. Teorías negatorias .....	159
..... 132	2.4. Teorías de la realidad .....	160
..... 132	2.5. Teorías jurídicas .....	161
..... 133	2.6. La teoría de la institución. Remisión .....	162
..... 135	2.7. La cuestión en el derecho argentino .....	162
..... 135	3. DISTINTAS FORMULACIONES DE LA NOCIÓN DE ÓRGANO .....	165

	<u>Pág.</u>
4. LA NOCIÓN DE ÓRGANO Y LA IMPUTACIÓN DE LAS CONDUCTAS HUMANAS A LOS ENTES .....	169
5. ESPECIES DE ÓRGANOS ESTATALES .....	172
5.1. Según su origen o jerarquía .....	172
5.2. Según su estructura .....	173
5.3. Según la función que llevan a cabo .....	173
6. LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA A LOS ÓRGANOS .....	174
6.1. Introducción .....	174
6.2. La competencia es una noción biunívoca .....	174
6.3. Criterios de atribución de competencia .....	175
7. LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS Y LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS COMO CONCEPTOS ANÁLOGOS, AUNQUE NO ASIMILABLES .....	179
<b>CAPÍTULO VII EL "ACTO JURÍDICO ESTATAL" .....</b>	<b>181</b>
1. INTRODUCCIÓN A LA NOCIÓN DE "CONCEPTO" Y SU SIGNIFICADO ACTUAL .....	181
2. LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL PRIVADO .....	185
3. EL ACTO JURÍDICO Y LA TEORÍA DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD .....	186
4. LOS ACTOS JURÍDICOS PRIVADOS. CARACTERES Y ELEMENTOS .....	187
5. EL ACTO JURÍDICO ESTATAL .....	189
6. CARACTERES DE LOS ACTOS JURÍDICOS ESTATALES .....	190
7. ELEMENTOS O PRESUPUESTOS COMUNES A LOS ACTOS JURÍDICOS ESTATALES .....	191

Pág.

..... 169	7.1. La competencia de los órganos estatales. Remisión parcial .....	192
..... 172	7.2. Competencia de iure como requisito presupuesto .....	192
..... 172	7.3. La competencia de los órganos estatales surge de la Constitución, de la ley y del reglamento .....	193
..... 173	7.4. El "acto jurídico estatal" se forma y expresa a través de un cauce formal-procedimental .....	195
..... 173	7.5. Deben cumplir con sus elementos o requisitos de validez .....	198
..... 174	7.6. Deben satisfacer en forma inmediata o mediata el interés público o general. Remisión .....	200
..... 174		
..... 174		
..... 175	8. EL VALOR NORMATIVO DE LOS ACTOS JURÍDICOS ESTATALES .....	201
..... 179	8.1. Generalidades .....	201
..... 181	8.2. Normas prescriptivas y normas constitutivas .....	202
..... 181	8.3. Normas imperativas y normas permisivas .....	202
..... 181	8.4. Normas jurídicas completas (independientes) y normas jurídicas incompletas (dependientes) .....	203
..... 185	8.5. Normas-principio y normas-regla .....	204
..... 186	<b>CAPÍTULO VIII LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS JURÍDICOS ESTATALES .....</b>	209
..... 187	1. INTRODUCCIÓN .....	209
..... 189	2. BREVE CUADRO EVOLUTIVO DE LAS PRINCIPALES NOCIONES DE DISCRECIONALIDAD ESTATAL .....	210
..... 190	3. ESPECIES DE DISCRECIONALIDAD .....	217
..... 191	4. LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL COMO MODO (Y NO COMO AUSENCIA) DE REGULACIÓN .....	220
..... 191	5. LA DISCRECIONALIDAD LEGISLATIVA: PRESUPUESTOS Y LÍMITES .....	221

	<u>Pág.</u>
6. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL: PRESUPUESTOS Y LÍMITES .....	226
6.1. Planteo introductorio .....	226
6.2. La posición del juez frente a la Constitución y sus poderes discrecionales .....	230
a) Positivismo(s) y Constitucionalismo contemporáneo o Neoconstitucionalismo(s) .....	231
b) Positivismo(s) .....	231
c) Constitucionalismo contemporáneo o Neoconstitucionalismo(s) .....	238
d) Cuestionamientos terminológicos (¿y conceptuales?) .....	241
e) Un esbozo clasificatorio .....	241
f) Dworkin .....	242
g) Alexy .....	244
h) Ferrajoli .....	244
i) La Tópica o Nueva Retórica .....	246
7. ASPECTOS SOBRE LOS QUE SE MANIFIESTA LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL .....	248
8. ELEMENTOS DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL .....	249
8.1. El fundamento normativo .....	250
8.2. La libertad de elección .....	251
8.3. La motivación .....	252
9. LA DISCRECIONALIDAD CREATIVA DEL JUEZ DENTRO DEL DENOMINADO “NEOCONSTITUCIONALISMO” .....	255
10. CONCLUSIONES RESPECTO DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL Y EL MARGEN “CREATIVO” DE LOS JUECES .....	257

CAPÍTULO

DE

DIS

1.

2.

3.

4.

5.

5

5

Pág.

Pág.

**CAPÍTULO IX LINEAMIENTOS PARA EL EJERCICIO**

..... 226	DE UN CONTROL (FINALISTA) DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL .....	259
..... 226	1. INTRODUCCIÓN .....	259
..... 230	2. LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA RESULTAN, EN GENERAL, APLICABLES A LA ACTUACIÓN DISCRECIONAL DE TODOS LOS ÓRGANOS ESTATALES .....	261
..... 231	3. LOS RESABIOS DEL “PODER DISCRECIONAL” COMO MATERIA NO CONTROLABLE EN LOS ÁMBITOS LEGISLATIVO Y JUDICIAL .....	264
..... 231	4. LA PROGRAMACIÓN LEGISLATIVA FINALISTA Y LAS CLÁUSULAS ABIERTAS .....	265
..... 238	5. LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL .....	266
..... 241	5.1. LOS HECHOS DETERMINANTES .....	268
..... 241	5.2. LA TEORÍA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS .....	270
..... 242	a) Generalidades .....	270
..... 244	b) Formulación teórica de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados .....	273
..... 244	c) Nuestra crítica a la tesis de la “unidad de solución justa” .....	277
..... 246	d) Efectos del reconocimiento de un “margen de apreciación” para el órgano estatal .....	279
..... 248	e) Los conceptos jurídicos indeterminados como técnica legislativa inherente al Estado Social y Constitucional de Derecho .....	281
..... 249	f) El interés público como concepto jurídico indeterminado .....	284
..... 250	5.3. Los Principios Generales de Derecho .....	286
..... 251	a) Aproximación conceptual .....	286
..... 252		
..... 255		
..... 190		
..... 257		

	<u>Pág.</u>
b) La vinculación de los Principios Generales de Derecho al Derecho Natural .....	287
c) La dificultad de definir a los Principios Generales de Derecho .....	288
d) Los Principios Generales de Derecho como fuente formal y material, .....	291
e) La importancia de los PGD en el Derecho Administrativo .....	293
f) Los PDG como garantías del particular frente a la Administración .....	294
5.4. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA .....	295
a) Generalidades .....	295
b) Ciencia, Técnica (y Tecnología) .....	296
c) El orden jurídico puede incorporar reglas y elementos técnicos en la norma con distintas consecuencias para la Administración .....	297
d) Posibilidad de que el juez sustituya la decisión administrativa "técnica" .....	298
e) La Ciencia y el Derecho ¿una nueva división de poderes? .....	299

## **CAPÍTULO X EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD**

COMO LÍMITE FINALISTA-SUSTANCIAL DE LAS DISCRECIONALIDADES LEGISLATIVA Y ADMINISTRATIVA. ASPECTOS PARTICULARES DEL CONTROL DE PROPORCIONALIDAD DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL .....	301
1. INTRODUCCIÓN .....	301
2. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD .....	306
3. LO RAZONABLE Y LO RACIONAL .....	311
4. LA DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS .....	313

<u>Pág.</u>		<u>Pág.</u>
287	5. LA PONDERACIÓN: SU RELACIÓN CON EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD .....	316
288	5.1. Liminar .....	316
291	5.2. La "ley de la ponderación" .....	318
293	5.3. La fórmula del peso .....	318
294	5.4. Ponderación y proporcionalidad .....	320
295	a) Adecuación .....	325
295	b) Necesidad .....	327
296	c) Proporcionalidad en sentido estricto .....	328
297	6. LAS CRÍTICAS A LA REGLA DE LA PROPORCIONALIDAD (PONDERACIÓN) Y UNA (PROBABLE) REFUTACIÓN .....	331
298	7. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD COMO TÉCNICA DE CONTROL FINALISTA-SUSTANCIAL DE LA ACTUACIÓN DISCRECIONAL DE LOS PODERES PÚBLICOS .....	334
299	8. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y LEGISLATIVA .....	337
301	8.1. La discrecionalidad legislativa .....	338
301	8.2. La discrecionalidad administrativa y la "buena Administración" .....	342
306	8.3. La discrecionalidad judicial .....	346
311	a) El control de la discrecionalidad judicial se ejerce a través de recursos contra la sentencia definitiva u otras actuaciones procesales .....	347
313	b) El control por la motivación .....	349
	c) El control de la determinación y apreciación de los hechos .....	350
	d) La colisión de derechos fundamentales entre particulares .....	351

9. LA PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO CONSTITUCIONAL (¿UNIVERSAL?) .....	355
10. LA PROPORCIONALIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. SUS FUNDAMENTOS NORMATIVOS .....	356
11. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA COMPARADA .....	360
11.1. Generalidades .....	360
11.2. Alemania .....	361
11.3. FRANCIA .....	362
11.4. ESPAÑA .....	363
11.5. Derecho anglosajón .....	365
11.6. COMUNIDAD EUROPEA.....	365
11.7. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH) .....	368
11.8. LA JURISPRUDENCIA DE NUESTRO PAÍS .....	369
<b>CAPÍTULO XI CONCLUSIONES .....</b>	<b>379</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>387</b>