

Cassagne, Juan Carlos (2021)

Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo). 2ª. ed. actualizada. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 733 pp.

Juan Carlos Cassagne es hoy en día, no cabe dudas, el más prominente profesor y autor de doctrina de derecho administrativo de Argentina y seguramente de América Latina toda. Es un lugar que ha ganado por su trayectoria de jurista y amplio reconocimiento de tal. De ahí que la aparición de una nueva obra suya es una noticia relevante para la disciplina, en especial si aborda la cuestión de los principios generales del derecho; pero sobre todo por tratarse de una materia madurada por el autor durante más de treinta años.

1. El tema de los principios ha sido objeto de análisis de filósofos del derecho, de teóricos del derecho y de juristas positivistas. Igualmente ha sido incorporado en varios casos, ya de manera explícita o implícita, a la normativa legal o constitucional de varios países, entre otros del nuestro. En fin, la jurisprudencia, en especial aquella que resuelve casos de derecho administrativo (esto es, del llamado contencioso administrativo), suele recurrir a los principios jurídicos.

Es en la jurisprudencia administrativa, mas que en otras materias y disciplinas, en donde los principios generales del derecho han tomado carta de ciudadanía y han sido tradicionalmente acogidos en sus decisiones. Todo lo cual ha significado una verdadera revolución del contenido y significado de las fuentes del derecho; en efecto, en nuestras democracias, que en este sentido se nutren de las bases de la Revolución Francesa, se ha instalado desde el siglo XIX el llamado *principio* de legalidad, a partir de lo cual parecía que la sola Ley cubriría todo el espacio asignado a las fuentes del derecho, lo que habría significado un monopolio de esa fuente

del Derecho. Así, en nuestro país el Código Civil, que comenzó a regir en 1857, exaltó de tal modo a la ley que puso en un lugar secundario a las costumbres y no se refirió siquiera a los principios sino al *espíritu general de la legislación* y a la *equidad natural*, como método interpretativo. Esa es por lo demás, la visión que exaltó la tradición filosófica del positivismo, cerrando así el paso a cualquier otra manifestación de valores sociales que no hayan sido capturados por las leyes. Todo lo cual desencadenó durante el siglo XX en arduas discusiones dogmáticas, teóricas y aún filosóficas.

Pero, en medio de esas discusiones, análisis y posiciones antagónicas en la tradición francesa de nuestra disciplina ya se manifestó a mediados del siglo XX la presencia y reconocimiento explícito de los principios generales del derecho, como fuentes autónomas, a través de la jurisprudencia de su Consejo de Estado (que, como sabemos, es el tribunal de lo contencioso administrativo más prestigiado de Occidente); paradójicamente, ello ocurrió en la *patria del legalismo* (el sintagma es de Carl Schmitt) y de allí han operado influencias a otros países. La historia es conocida: en el recurso *d'excés de pouvoir* ante el Consejo de Estado, basado en las denuncias de los ciudadanos en contra de decisiones administrativas, se comienza a desarrollar primero, desde el siglo XIX, una jurisprudencia relativa a la violación de la ley por los órganos administrativos; pero luego, y esta es la gran novedad e *inventio* de ese célebre Consejo, a mediados del siglo XX perfecciona a tal punto el recurso *d'excés de pouvoir* que lo extiende a la violación de valores jurídicos que están *más allá de la ley*, al incorporar las infracciones a los principios generales del derecho; incluso denominándolos de ese modo. Técnica

* Artículo recibido el 15 de octubre de 2021 y aceptado el 15 de diciembre de 2021

esta que se usó al inicio en unos pocos casos, con posterioridad plagó su jurisprudencia. Eso significó incorporar como fuente del derecho, al lado de la ley (y por sobre el reglamento, por lo tanto), a los principios. De ahí que en nuestra disciplina las evanescentes discusiones puramente filosóficas (cuya esterilidad es de ordinaria ocurrencia, al decir de García de Enterría) no tuvieron cabida, pues en la *praxis* hubo siempre suficiente material normativo y jurisprudencial como para poder ofrecer formulaciones técnicas sobre los principios generales del derecho.

2. Hay precedentes doctrinarios relevantes en nuestra disciplina en este tema de los principios generales del derecho, pues este es terreno favorito de juristas avezados y reconocidos. Es el caso del señero trabajo de Eduardo García de Enterría, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del derecho*, publicado por vez primera en la *Revista de Administración Pública*, en 1963 y luego, unido a otros trabajos suyos, fue convertido en un célebre librito, en 1984. Gran parte de esta visión sobre los principios generales del derecho es incorporada en el famoso *Curso de Derecho Administrativo* publicado por aquél junto a Tomás Ramón Fernández, a partir de 1974, recogiendo así un fenómeno que comenzó a calar, poco a poco, en la jurisprudencia de la sala del contencioso administrativo del Tribunal Supremo español.

Así, el *tema técnico* de los principios generales del derecho se ha insertado en la *praxis* de la disciplina desde mediados del siglo XX en Francia y luego en los demás países europeos, lo que ha sido posibilitado por Constituciones y leyes (a través de su invocación al *Derecho*, por ejemplo, evitando así el monopolio legalista) y desarrollado por la jurisprudencia. Todo lo cual ha sido recogido por la doctrina en un fecundo diálogo. Es habitual que, en países de la esfera de influencia francesa, como es el caso de Bélgica, existan colectáneas sobre su actualidad y aplicaciones prácticas; puedo citar el

completísimo libro *Les principes généraux de droit administratif. Actualités et applications pratiques*, Larcier, 2017, con una cuarentena de autores; los ejemplos podrían multiplicarse. En el panorama doctrinario francés es sólito que los libros de derecho administrativo recojan la labor jurisprudencial creativa en torno a los principios generales del derecho; es usual la enumeración en diversos manuales al uso, de los valores jurídicos recogidos por la vía de principios, en diversos temas de la disciplina, de manera paralela a los valores o regulaciones incorporadas por el legislador; incluso sus textos doctrinarios suelen distinguir las *normas legales* de las *normas jurisprudenciales*, para dejar en evidencia en este último caso que los principios generales del derecho son también *normas*.

No ha ocurrido hasta ahora el mismo fenómeno entre nosotros, al menos con la extensión del caso francés, pues en nuestro país los principios jurídicos suelen ser motivo de sospechas de rompimiento de la legalidad estricta o de incorporación, por medio de una supuesta vía fraudulenta, de fundamentos de justicia material no democráticos, provenientes de tal o cual tradición o escuela filosófica. Fue lo que me movió en 2005 a traducir una serie de trabajos sobre el tema de Franck Moderne, prestigioso jurista francés, publicados como: *Principios generales del derecho público* (Santiago, Chile: Jurídica de Chile; con una reedición en la editorial Thomson Reuters, en 2017), para mostrar ese fenómeno de la ampliación de fuentes del derecho, más allá de la mera ley, a través de los principios generales del derecho.

De ahí lo oportuno y gravitante que ha sido y será la decisión de Juan Carlos Casagagne de abordar el tema de los principios generales del derecho, retomándolo en los últimos años y actualizando un anterior y célebre trabajo suyo de 1988.

3. La génesis de la obra que ahora reseño se remonta a más treinta años entonces. En efecto, fue en 1988 (reimpreso en

1992) que Juan Carlos Cassagne publicó el precioso librito *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 111 pp.), sobre lo que había sido su disertación en el acto de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en 1987. En ese primer trabajo monográfico el autor ofreció una primera teorización de los principios generales del derecho. Aborda, primero, la tipificación de los principios, de un desarrollo de las funciones que cumplen en el Derecho Administrativo, un análisis de su inserción en el ordenamiento jurídico, la constatación de su dificultad hermenéutica, de la recepción de ellos en el ordenamiento jurídico, y, en fin, revisando la praxis: su protección sustantiva y procesal. Todo ello ya fue un aporte muy relevante en la materia en los años en que recién comenzaba a teorizarse sobre los principios. Nuestro autor fue pionero en la preocupación entre nosotros de este tema, como demorado pero importante reflejo de lo que en Europa sobre todo ya venía siendo motivo de conocidas exposiciones, desde Betti, Esser y el mismo García de Enterría. Fue indudablemente el influjo de Dworkin y la traducción de su obra lo que movió a los espíritus a mirar más allá de la ley y escrutar de mejor modo las decisiones jurisprudenciales de cada país, en cuya praxis ello se venía haciendo de manera ostensible. No quedaba sino esperar la preocupación doctrinaria, como ocurrió con Juan Carlos Cassagne.

Sin perjuicio del valor de este librito de 1988 de nuestro autor, y de su amplia circulación y acogida durante los años siguientes, fue en 2009, esto casi 20 años después de su primera edición, que él decidió incorporar casi íntegramente su texto como capítulo primero de su obra *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Buenos Aires: Marcial Pons, pp. 19-54). Es esa ocasión realiza algunos ajustes menores a su texto anterior: incorpora al inicio algunas definiciones de los principios; se refiere con más extensión

y énfasis a la conexión del tema de los principios con la *vexata quaestio* del derecho natural; y en especial se refiere al proceso de conversión jurídica de preceptos de este último en criterios técnicos que hoy denominamos principios generales del derecho. Además, vincula los principios con los derechos fundamentales y aquellos que denomina principios institucionales y sectoriales; en fin, incorpora una referencia al sometimiento de la Administración no únicamente a la ley, sino también *al Derecho*, dada la conexión genética de este con los principios. Como se ve, en 2009 nuestro autor ya había enriquecido esa primera formulación suya de 1988. Pero es en 2015 que él retorna a la idea inicial suya de dedicar una obra completa al tema de los principios, y lo hace a través de su libro *Los grandes principios del derecho público (Constitucional y Administrativo)* (Buenos Aires: La Ley), con una edición española en 2016 (Madrid: Reus). Todo lo cual ahora lo corona con esta segunda edición actualizada de 2021, que es la que reseño. Por lo tanto, podemos decir que este libro se trata de una obra de madurez sobre una materia esencial de la disciplina que nos muestra no solo la técnica de los principios en diversas materias de la disciplina sino también las convicciones de nuestro autor, tanto sus ideas jurídicas como filosóficas.

En cuanto al contenido de este libro podemos distinguir dos partes, distribuidas en nueve enjundiosos capítulos, cada uno de los cuales es un verdadero tratado de cada una de sus materias; de ahí que solo mencione sus intitulaciones, pues la tarea de dialogar con todas las ideas del autor quedará necesariamente para otras sedes. En los dos primeros capítulos el autor ofrece, podríamos decir, la fundamentación de la materia. En el primero, entra en diálogo con la más actualizada bibliografía del debate sobre el llamado nuevo constitucionalismo, en donde junto con mostrar las bases del orden jurídico, en el cual él cree, muestra sus convicciones de filosofía del derecho. En el segundo capítulo, actualiza y com-

plementa su librito de 1988, transformándolo en un breve tratado sobre la teoría de los principios generales del derecho, de acuerdo con su perspectiva de jurista maduro. Sin perjuicio de este primer diálogo de nuestro autor con la fundamentación filosófica de los principios, el libro consiste básicamente, primero, en la exposición de una doctrina suya, muy fundamentada, sobre el tema teórico de los principios generales del derecho y, en seguida, en la identificación y análisis concreto de los más relevantes principios que explican un régimen democrático y de respecto de los derechos fundamentales, todo lo cual solo podemos recorrer sumariamente en esta reseña. Contiene en seguida este libro, en sus siguientes siete capítulos, un actualizado catálogo de principios jurídicos, ya sea de aquellos contenidos en el tejido de la legislación, en conexión y recogiendo históricamente fundamentos filosóficos muchos de ellos, como de aquellos otros que son el fruto de la creación jurisprudencial. El autor los ofrece sistematizadamente logrando así un cuadro muy completo de los más trascendentales valores que conforman el contemporáneo derecho administrativo y constitucional. Sus capítulos cuatro a siete y nueve contienen un acertado desarrollo de los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad; de la igualdad, de la libertad, junto a un esquema de los nuevos derechos y garantías, en que comparecen la protección ambiental, de la competencia, de los derechos de los consumidores y usuarios, del control de servicios públicos, del derecho de reunión, del derecho de salud; de la legitimación en los procedimientos administrativos; en fin, de la tutela judicial efectiva.

Su capítulo octavo tiene gran interés, pues en su inicio el propio autor conecta múltiples temáticas de la disciplina ya no con la consagración por la vía legislativa de valores relevantes (como es el caso de los principios recogidos y desarrollados en los capítulos anteriores) sino con la labor creativa de la jurisprudencia contenciosa administrativa, mostrando lo señera que

fue la jurisprudencia del Consejo de Estado francés en la materia. Así, el autor ofrece un catálogo de principios generales del derecho que caracteriza como *de naturaleza institucional o sectorial*, propios del Derecho administrativo, conectándose así con toda esa tradición de autores y jurisprudencia que destacamos al inicio de esta reseña, en que luce la formulación de los principios ya no solo como obra del legislador, sino como creación de la *praxis*, a través de la labor conjunta de la jurisprudencia y la doctrina. Los temas recogidos en este capítulo son relevantes y nucleares de la disciplina: la competencia; la delegación; la jerarquía; la inderogabilidad singular del reglamento; la ejecutoriedad de los actos administrativos; la continuidad de los servicios públicos; la responsabilidad patrimonial de la Administración; la confianza legítima, y varios otros temas significativos desarrollados en esta completa obra, que invito a conocer y a aprovechar en todos sus oportunos análisis y temáticas.

Puedo decir, en fin, que la formulación técnica de los principios generales del derecho que ha acometido ahora Juan Carlos Cassagne resulta plenamente exitosa, a través de una tarea muy propia del jurista estricto, como es su talante y genio. Desde su perspectiva de jurista y de sus convicciones filosóficas que muestra con franqueza puede ofrecer un desarrollo completo de todas aquellas materias que hoy son patrimonio de la disciplina, cuyos valores ínsitos han sido recogidos directamente por el legislador o por la obra de la jurisprudencia creativa en caso de vacíos legislativos; como sabemos, ambas técnicas hoy son reconocidas bajo la nomenclatura común de *principios generales del derecho*, las que en esta obra reconocen una teorización madura y reflexiva que iluminará los pasos de quienes desde la jurisprudencia o la doctrina continúen estos fecundos senderos.

Alejandro Vergara Blanco

*Profesor Titular de Derecho administrativo
Pontificia Universidad Católica de Chile*