



ÍNDICE GENERAL

Prólogo	IX
---------	----

CAPÍTULO I
**DE LA INCURIA DE LOS LEGISLADORES Y DE LA
 BANALIDAD, LA INCOHERENCIA Y LA
 ARBITRARIEDAD DE LAS LEYES.
 UNA CRÓNICA SOBRE EL PROCESO,
 AL PARECER IMPARABLE,
 DE DEGRADACIÓN DE LA LEY**
Por Tomás Ramón Fernández

1

CAPÍTULO II
**SOBRE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES
 DEL PODER DISCRECIONAL**
Por Tomás Ramón Fernández

I. Preliminares	21
1. Acabar donde empecé	21
2. El por qué de la elección	22
II. El control jurisdiccional del poder discrecional. Breve recordatorio de una historia incompleta	24
1. De la exención a la excepción	24
2. La necesidad de una teoría	25
3. ¿El final de la historia?	27
III. Las preguntas pendientes: cuándo, cómo y cuánto poder discrecional puede otorgar el legislador a la administración	28
IV. El poder discrecional como poder delegado	30
V. Discrecionalidad y reserva de Ley	31
1. El sentido general de la reserva	31
2. Poder discrecional y derechos fundamentales	34
3. Libertad de empresa y poder discrecional	38
VI. Quid en el caso de los derechos económicos y sociales	44
VII. La perspectiva adicional del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva	48
VIII. Una reflexión final	49

CAPÍTULO III
**SOBRE EL DERECHO Y EL QUEHACER DE LOS JURISTAS.
 DAR Y EXIGIR RAZONES**

Por Tomás Ramón Fernández

I. Las preguntas fundamentales	51
II. La aproximación histórica	52
III. La aproximación teórica	53
IV. La situación actual	54
V. Indeterminación del Derecho y discrecionalidad de los jueces	55
VI. El auténtico realismo	56
VII. Dos clases de discrecionalidad y una sola verdadera	57
VIII. Discrecionalidad y arbitrariedad	60
IX. Indeterminación del derecho y respuesta correcta: normas, razones y argumentos	63

CAPÍTULO IV
**LAS FUENTES DE LAS INSTITUCIONES JUDICIALISTAS Y LA RECEPCIÓN
DEL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Por Juan Carlos Cassagne

I. Las Concepciones del derecho público norteamericano	69
II. El influjo del antiguo derecho español y de la neoescolástica	71
1. La Constitución gaditana	71
2. Las Fundamental Orders se inspiraron en la neoescolástica	72
3. La clave para descifrar la filosofía política de la Constitución gaditana	74
III. Continuación. El concepto de ley fundamental: su proyección en Iberoamérica	75
IV. La interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del ejecutivo. Su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812	76
V. Principales diferencias entre el sistema judicialista de Iberoamérica y el modelo norteamericano	82
VI. El hilo conductor del sistema judicialista en el Derecho Constitucional Americano es la defensa de las libertades garantizadas por un poder judicial independiente	84
VII. La Constitución de Cádiz y la fuente hispánica de otras Instituciones fundamentales del derecho Iberoamericano y Europeo	86
VIII. La recepción de la tutela judicial efectiva en el orden argentino	91
1. En el orden nacional	91
2. En el orden provincial	92

CAPÍTULO V
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA INTERDICCIÓN DE ARBITRARIEDAD

Por Juan Carlos Cassagne

I. El papel de los principios generales del derecho público en el Estado de Justicia	97
II. La estructura del ordenamiento	101
1. Las normas	101
2. Los principios generales: su diferencia con las normas. Las directrices o directivas políticas	102
3. Los principios son preceptivos. Características de los mandatos: Los derechos absolutos. La confusión o identidad entre derecho y principio	104
III. El principio de legalidad, legalidad y legitimidad	106
IV. Legalidad y legitimidad. Distintas formulaciones del principio de juridicidad	108
V. Legalidad y reserva de legalidad. La llamada preferencia de ley	109
VI. Discrecionalidad y arbitrariedad. La irrazonabilidad	110
VII. La interdicción de arbitrariedad en el derecho argentino: su basamento constitucional	112
VIII. El principio de razonabilidad como fundamento de la prohibición de arbitrariedad	117
IX. El art. 43 de la Constitución Nacional consagra la interdicción de arbitrariedad	119

CAPÍTULO VI
EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Por Juan Carlos Cassagne

I. El control judicial de la discrecionalidad	121
1. La motivación del acto administrativo en las decisiones discrecionales	121
2. El alcance del control judicial de la discrecionalidad y la posibilidad de que el juez sustituya la actividad administrativa	123
2.1. El control de la causa del acto administrativo (antecedentes de hecho y de derecho)	123
2.2. El control judicial de las cuestiones técnicas	126
2.3. El control de los aspectos vinculados a la oportunidad o mérito de las decisiones administrativas	127
2.4. La posibilidad de sustitución judicial de la decisión administrativa	131
II. Conclusiones	134