

La finalidad en los actos estatales

Autor: Gustavo E. Silva Tamayo

Editorial Marcial Pons /2024

www.librotecnia.cl

INDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	9
PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS	11
PRÓLOGO	15
CAPÍTULO 1. CONSIDERACIONES GENERALES	19
CAPÍTULO 2. EL ESTADO DE DERECHO COMO INSTITUCIÓN SISTÉMICA	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
CAPÍTULO III LAS FUNCIONES ESTATALES Y EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EN EL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO	63
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. 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

	<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
3. LA DESVIACIÓN DE PODER COMO APLICACIÓN DEL PRINCIPIO QUE VEDA EL EJERCICIO ABUSIVO DE LOS DERECHOS	123
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

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

Pág.

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
CAPÍTULO VII EL “ACTO JURÍDICO ESTATAL”		181
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

7.1. La competencia de los órganos estatales. Remisión parcial	192
7.2. Competencia de iure como requisito presupuesto	192
7.3. La competencia de los órganos estatales surge de la Constitución, de la ley y del reglamento	193
7.4. El "acto jurídico estatal" se forma y expresa a través de un cauce formal-procedimental	195
7.5. Deben cumplir con sus elementos o requisitos de validez	198
7.6. Deben satisfacer en forma inmediata o mediata el interés público o general Remisión	200
8. EL VALOR NORMATIVO DE LOS ACTOS JURÍDICOS ESTATALES	201
8.1. Generalidades	201
8.2. Normas prescriptivas y normas constitutivas	202
8.3. Normas imperativas y normas permisivas	202
8.4. Normas jurídicas completas (independientes) y normas jurídicas incompletas (dependientes)	203
8.5. Normas-principio y normas-regla	204
CAPÍTULO VIII LA DISCRECIONALIDAD EN LOS ACTOS JURÍDICOS ESTATALES	209
1. INTRODUCCIÓN	209
2. BREVE CUADRO EVOLUTIVO DE LAS PRINCIPALES NOCIONES DE DISCRECIONALIDAD ESTATAL	210
3. ESPECIES DE DISCRECIONALIDAD	217
4. LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL COMO MODO (Y NO COMO AUSENCIA) DE REGULACIÓN	220
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 IX LINEAMIENTOS PARA EL EJERCICIO DE UN CONTROL (FINALISTA) DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL	259
1. INTRODUCCIÓN.....	259
2. LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA RESULTAN, EN GENERAL, APLICABLES A LA ACTUACIÓN DISCRECIONAL DE TODOS LOS ÓRGANOS ESTATALES.....	261
3. LOS RESABIOS DEL “PODER DISCRECIONAL” COMO MATERIA NO CONTROLABLE EN LOS ÁMBITOS LEGISLATIVO Y JUDICIAL	264
4. LA PROGRAMACIÓN LEGISLATIVA FINALISTA Y LAS CLÁUSULAS ABIERTAS	265
5. LAS TÉCNICAS DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ESTATAL.....	266
5.1. LOS HECHOS DETERMINANTES	268
5.2. LA TEORÍA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	270
a) Generalidades	270
b) Formulación teórica de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados	273
c) Nuestra crítica a la tesis de la “unidad de solución justa”	277
d) Efectos del reconocimiento de un “margen de apreciación” para el órgano estatal.....	279
e) Los conceptos jurídicos indeterminados como técnica legislativa inherente al Estado Social y Constitucional de Derecho.....	281
f) El interés público como concepto jurídico indeterminado	284
5.3. Los Principios Generales de Derecho.....	286
a) Aproximación conceptual	286

	<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

5. LA PONDERACIÓN: SU RELACIÓN CON EL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD	316
5.1. Liminar	316
5.2. La “ley de la ponderación”	318
5.3. La fórmula del peso	318
5.4. Ponderación y proporcionalidad	320
a) Adecuación	325
b) Necesidad	327
c) Proporcionalidad en sentido estricto	328
6. LAS CRÍTICAS A LA REGLA DE LA PROPORCIONALIDAD (PONDERACIÓN) Y UNA (PROBABLE) REFUTACIÓN	331
7. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD COMO TÉCNICA DE CONTROL FINALISTA-SUSTANCIAL DE LA ACTUACIÓN DISCRECIONAL DE LOS PODERES PÚBLICOS	334
8. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y LEGISLATIVA	337
8.1. La discrecionalidad legislativa	338
8.2. La discrecionalidad administrativa y la “buena Administración”	342
8.3. La discrecionalidad judicial	346
a) El control de la discrecionalidad judicial se ejerce a través de recursos contra la sentencia definitiva u otras actuaciones procesales	347
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
CAPÍTULO XI CONCLUSIONES	379
BIBLIOGRAFÍA	387