

Agustín Gordillo

TRATADO  
DE DERECHO  
ADMINISTRATIVO

Prólogo de Jorge A. Sáenz

TOMO 1

PARTE GENERAL

10ª edición

[www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

**TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

**TOMO 1**

**PARTE GENERAL**

AGUSTÍN GORDILLO

# **Tratado de Derecho Administrativo**

PRÓLOGO DE JORGE A. SÁENZ

TOMO 1

**Parte General**

Décima edición



FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
Buenos Aires  
2009

Gordillo, Agustín

Tratado de derecho administrativo : parte general . - 10a ed. - Buenos Aires : Fund. de Derecho Administrativo, 2009.

v. 1, 712 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-950-9502-44-4

1. Derecho Administrativo. I. Título

CDD 342

TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
TOMO 1  
PARTE GENERAL

1ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1974

Reimpresiones varias

2ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1994

3ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1995

4ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 1997

1ª ed. Colombiana, Medellín, F.D.A. y Biblioteca Jurídica Diké, 1998

5ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 1998

Reimpresión de la 5ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2000

2ª ed. Colombiana, Medellín, F.D.A. y Biblioteca Jurídica Diké, 2001

6ª ed. y 1ª ed. Venezolana, Caracas, FUNEDA, Fundación Estudios de Derecho Administrativo y F.D.A., 2001

7ª ed. y 1ª ed. Peruana, Lima, ARA Editores y F.D.A., 2003

7ª ed. y 1ª ed. Brasileña, Belo Horizonte y San Pablo,

Editora Del Rey y F.D.A., 2003

8ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2003

9ª ed., México, UNAM, Porrúa y FDA, 2004,

10ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009

I.S.B.N.: 978-950-9502-44-4

Copyright by Agustín Gordillo y *Fundación de Derecho Administrativo*

Viamonte 749, piso 10, of. 8, Buenos Aires (C1053ABO), Argentina

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Los derechos patrimoniales del autor por la presente edición pertenecen exclusivamente a la *Fundación de Derecho Administrativo* (Inspección General de Justicia N° C-7924). Este libro puede consultarse gratuitamente en [[www.gordillo.com](http://www.gordillo.com), [www.gordillo.com.ar](http://www.gordillo.com.ar)] autorizándose la reproducción de su material con cita del autor y editor, título de la obra, sitio en la www, capítulo y párrafo o nota utilizado. El autor agradecerá cualquier sugerencia o crítica, sea por carta en la dirección arriba indicada, por fax al (5411) 4322-2169, o al e-mail: [gordillo@fibertel.com.ar](mailto:gordillo@fibertel.com.ar)

# ÍNDICE

Prólogo de JORGE A. SÁENZ.....	23
En ocasión de la 10ª ed., 2009 .....	33
Prólogo a la octava edición .....	45
Prólogo a la séptima edición (2003).....	51
Prólogo a la sexta edición (2001).....	53
Prólogo a la quinta edición (1998) y reimpresión (2000).....	57
Agradecimientos en ocasión de la cuarta edición (1997) .....	59
Prólogo a la tercera edición (1995).....	65
Prólogo a la primera edición (1974) .....	69

## *Capítulo I*

### *EL MÉTODO EN DERECHO*

I. <i>Las cuestiones fundamentales</i> .....	I-1
1. La necesidad de una metodología.....	I-1
2. Qué es el derecho.....	I-3
2.1. Ciencia de problemas.....	I-3
2.2. Principios, no “conceptos” .....	I-4
2.3. Debido proceso legal y derecho soviético. Derecho natural .....	I-6
2.4. Los conceptos y los hechos .....	I-7
2.5. <i>Common law</i> y derecho continental europeo.....	I-8
2.6. El derecho en los tribunales internacionales .....	I-9
3. Aceptación de la incertidumbre.....	I-9
4. La lucha contra el poder .....	I-10
4.1. Al servicio del poder.....	I-10
4.2. La búsqueda del poder incondicionado .....	I-11
4.3. Un “derecho” legitimador del poder absoluto .....	I-12
5. Lenguaje, método y derecho administrativo.....	I-12
5.1. El lenguaje del poder incondicionado.....	I-12
5.2. Las “Leyes” que no son leyes .....	I-13
5.3. El uso común del lenguaje.....	I-15
5.3.1. La textura abierta del lenguaje.....	I-15

5.3.2. El uso común y la libertad de estipulación.....	I-16
5.4. La libertad de estipulación y las palabras del derecho administrativo .....	I-17
5.5. La definición de las palabras del derecho administrativo como problema metodológico .....	I-18
5.5.1. Elementos a considerar para estipular las definiciones.....	I-20
5.5.2. Definición y clasificación.....	I-21
II. <i>El caso en derecho administrativo</i> .....	I-23
6. La importancia del caso en el derecho .....	I-23
6.1. La importancia de los hechos en el caso .....	I-25
6.2. La dificultad de determinar los hechos.....	I-27
6.3. Analizar la prueba que ya existe.....	I-28
6.4. La prueba adicional a producir .....	I-30
6.4.1. Los abogados.....	I-30
6.4.2. Los funcionarios o magistrados .....	I-30
6.4.3. Observaciones comunes .....	I-31
6.5. La apreciación de la prueba .....	I-32
6.6. El devenir del tiempo en el caso.....	I-33
6.7. Algunos aspectos específicos.....	I-35
6.7.1. El objeto del acto administrativo.....	I-35
6.7.2. La “causa” o sustento fáctico del acto. La motivación.....	I-35
6.7.3. La presunción de legitimidad del acto administrativo y la prueba ...	I-36
6.8. La razonabilidad de todos los elementos en juego .....	I-37
6.9. Encontrar las normas aplicables al caso .....	I-37
6.10. Las vías alternativas de comportamiento.....	I-38
7. Inexistencia de reglas generales para solucionar casos .....	I-41

## *Capítulo II*

### **PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

1. El derecho administrativo en el Estado de policía .....	II-1
2. Su primera evolución en el nacimiento del constitucionalismo: lentitud e imperfección de los cambios .....	II-2
2.1. La evolución inconclusa .....	II-2
2.2. Los principios del pasado.....	II-4
2.2.1. La indemandabilidad del soberano.....	II-4
2.2.2. La irresponsabilidad del soberano .....	II-5
2.2.3. Los actos del príncipe .....	II-6
2.2.4. La doble personalidad del Estado .....	II-6
2.2.5. La “jurisdicción administrativa” .....	II-6
2.2.6. Poder de policía .....	II-7
2.2.7. Otras hipótesis en las etapas históricas .....	II-8
3. El intervencionismo en la economía y su retracción .....	II-10
3.1. Acción y regulación .....	II-13
3.2. Crecimiento, redistribución, preservación.....	II-14
3.3. Crisis, desregulación, privatización, desmonopolización.....	II-14
3.4. Retorno y caos .....	II-15
4. El derecho administrativo en el presente y en el futuro.....	II-16
4.1. El estado político actual de la evolución histórica .....	II-16
4.2. Nuevo impulso del derecho administrativo .....	II-19

4.2.1. El creciente derecho supranacional .....	II-20
4.2.2. El cambio social y la administración pública .....	II-21
4.2.2.1. El consenso y la adhesión .....	II-22
4.2.2.2. La motivación o explicación.....	II-23
4.2.2.3. La participación administrativa .....	II-24
5. Los órganos de control del proceso .....	II-25
5.1. La insuficiencia cualicuantitativa de los controles .....	II-25
5.2. Nuevos órganos y modalidades de control.....	II-25
5.3. El seudo sistema y los intersticios .....	II-35

### **Capítulo III**

#### **BASES POLÍTICAS, SUPRACONSTITUCIONALES Y SOCIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

I. <i>Bases políticas</i> .....	III-1
1. Libertad y autoridad en el derecho administrativo.....	III-1
2. Teorías estatistas del derecho administrativo.....	III-2
3. Orientación a seguir.....	III-2
4. La división de los poderes y el derecho administrativo.....	III-3
4.1. Equilibrio teórico de los poderes .....	III-3
4.2. Desequilibrio real.....	III-4
4.3. Criterio rector a adoptarse .....	III-6
5. Del sistema de frenos y contrapesos a la fractura del poder como control .....	III-6
5.1. La transferencia y fractura del poder como control .....	III-6
5.2. Viejos órganos, nuevos procedimientos.....	III-7
5.3. Control del poder económico.....	III-7
6. Las transferencias de poder y control .....	III-8
6.1. Estatales.....	III-8
6.1.1. Autoridades independientes.....	III-8
6.1.2. Provincias .....	III-8
6.1.3. Ciudad de Buenos Aires .....	III-9
6.1.4. Municipios y Regiones .....	III-10
6.1.5. Islas Malvinas .....	III-10
6.2. No estatales.....	III-10
6.2.1. Partidos políticos.....	III-10
6.2.2. Asociaciones de usuarios y entidades no gubernamentales en general.....	III-11
6.2.3. Acciones de interés público.....	III-12
6.2.4. Indígenas .....	III-12
7. Otras transferencias de poder. El Poder Ejecutivo .....	III-13
8. El Poder Legislativo .....	III-14
8.1. La Comisión Bicameral Permanente .....	III-15
8.2. Las audiencias públicas del Senado.....	III-16
8.3. Iniciativa y consulta popular.....	III-17
9. El Poder Judicial .....	III-18
9.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	III-18
9.2. El Poder Judicial de la Nación .....	III-19
II. <i>Bases supraconstitucionales</i> .....	III-20
10. Comunidad internacional, pueblo y Estado.....	III-20

11. La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad y al sometimiento a las reglas universales mínimas de derechos y garantías individuales .....	III-20
12. Los derechos individuales frente al Estado .....	III-21
13. Preexistencia de los derechos individuales respecto al Estado .....	III-22
14. Instituciones sustantivas de contralor .....	III-23
15. El derecho a un medio ambiente sano.....	III-24
16. Instituciones adjetivas de contralor .....	III-24
16.1. El amparo común y el amparo colectivo para la tutela del ambiente y los derechos de incidencia colectiva .....	III-24
16.2. <i>Hábeas data</i> .....	III-25
16.3. <i>Hábeas corpus</i> .....	III-26
16.4. Rectificación y respuesta.....	III-26
16.5. Iniciativa popular .....	III-27
16.6. La ley de defensa del usuario y consumidor .....	III-27
16.7. Observaciones comunes. La poca cantidad de jueces .....	III-27
III. <i>Bases sociales del derecho administrativo. Estado de Derecho y Estado de Bienestar</i> .....	III-28
17. Los derechos individuales en el Estado de Derecho .....	III-28
18. La vieja superación del liberalismo clásico.....	III-29
19. Las respuestas autoritarias: la negación de los derechos individuales.....	III-29
20. Crisis del autoritarismo .....	III-30
21. Una nueva solución: el Estado de Bienestar .....	III-31
22. Estado de Derecho y Estado de Bienestar .....	III-33
23. Garantías individuales y garantías sociales.....	III-34
23.1. Acerca de la posible contradicción entre ambas .....	III-35
23.2. Complementariedad.....	III-36
24. La libertad en el Estado de Bienestar.....	III-37
25. Crisis y cambio .....	III-40

## **Capítulo IV**

### **CONDICIONANTES ECONÓMICOS Y FINANCIEROS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. CRISIS Y CAMBIO**

I. <i>Los hechos, a comienzos del siglo XXI</i> .....	IV-1
1. El cambio y su devenir .....	IV-1
1.1. Limitaciones del análisis .....	IV-1
1.2. El <i>status quo</i> .....	IV-3
1.3. Génesis y desarrollo de la crisis .....	IV-4
2. La crisis y el cambio de fin de siglo y comienzos del nuevo milenio .....	IV-11
II. <i>La prospectiva</i> .....	IV-16
3. El futuro ahora previsible.....	IV-16
3.1. La solución o no solución estatal de conflictos sociales.....	IV-16
3.2. La regulación internacional es creciente .....	IV-17
3.3. La distribución y fractura mundial del poder estatal.....	IV-18
3.4. Autoridades regulatorias independientes.....	IV-19
3.5. La participación .....	IV-20
3.6. Seguridad exterior e interior .....	IV-21
3.7. La administración y la sociedad futuras .....	IV-21

## *Capítulo V*

### **EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

1. Su objeto es el estudio del ejercicio de la función administrativa .....	V-1
2. La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa .....	V-2
3. El contenido de la protección judicial.....	V-4
4. Es un derecho en formación. Conjeturas y refutaciones .....	V-7
4.1. El carácter primario, en formación, etc., del ordenamiento jurídico-administrativo .....	V-7
4.2. Las conjeturas y refutaciones en la ciencia del derecho administrativo.....	V-8
5. No es solamente derecho interno. El derecho administrativo internacional y el derecho administrativo global o mundial .....	V-10
5.1. El régimen administrativo internacional .....	V-11
5.2. El régimen supranacional de garantías individuales .....	V-15
5.3. El régimen supranacional contra la corrupción .....	V-16
5.4. Primeras conclusiones .....	V-16
6. Otros criterios excluidos .....	V-16
6.1. No se refiere exclusivamente a la administración pública .....	V-16
6.2. No sólo estudia las relaciones de la administración pública .....	V-18
6.3. No se refiere principalmente a los servicios públicos.....	V-19
7. El derecho administrativo como ciencia o como conjunto de normas jurídicas .....	V-21
7.1. Derecho público y privado .....	V-21
7.2. Los conceptos de fuente .....	V-22
7.3. El derecho administrativo como fuente y objeto de conocimiento.....	V-24
8. Definición de derecho administrativo .....	V-25

## *Capítulo VI*

### **FUENTES SUPRANACIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

I. <i>Introducción</i> .....	VI-1
1. El rango normativo .....	VI-1
1.1. Los antecedentes.....	VI-1
1.2. Resumen de la evolución a fines del siglo XX y comienzos del XXI .....	VI-3
1.3. Continuación. Los tratados o convenciones sobre integración económica. ....	VI-6
1.4. La realidad económica y jurídica supranacional a fines del siglo XX y comienzos del XXI .....	VI-6
1.4.1. El conflicto entre derecho interno y supranacional. Los crímenes de lesa humanidad.....	VI-6
1.4.2. Un caso paradigmático.....	VI-8
1.4.2.1. <i>Male captus, bene detentus</i> .....	VI-8
1.4.2.2. Otros casos .....	VI-9
1.4.3. La interdependencia.....	VI-10
1.5. La interpretación de los pactos de derechos humanos.....	VI-11
1.6. Las soluciones amistosas o transacciones internacionales.....	VI-11
1.7. El arbitraje administrativo internacional .....	VI-12
2. Distintos tipos .....	VI-12
2.1. Tratados.....	VI-12
2.1.1. Con jurisdicción supranacional, internacional o extranjera.....	VI-12
2.1.2. Sin otra jurisdicción —para los individuos— que la interna.....	VI-13

2.2. El caso de la Convención Americana de Derechos Humanos .....	VI-13
2.3. Convención Interamericana contra la Corrupción .....	VI-15
2.4. La Convención Internacional contra el Soborno Transnacional (ley 25.319) .....	VI-16
2.5. Otras fuentes .....	VI-16
3. Caracteres generales .....	VI-17
3.1. Derecho interno .....	VI-17
3.2. Derogación <i>ipso jure</i> .....	VI-18
3.3. Aplicación legislativa y jurisdiccional .....	VI-19
3.4. Carácter supranacional .....	VI-20
II. <i>Los principios supranacionales</i> .....	VI-21
4. Normas y principios supranacionales .....	VI-21
4.1. La cuestión de las sanciones por incumplimiento. La invalidación na- cional .....	VI-22
4.2. La invalidación y condena pecuniaria supranacional .....	VI-22
4.3. Hacia la supremacía de la Convención y normas análogas y comunita- rias .....	VI-23
4.4. La imperatividad de las normas y principios supranacionales .....	VI-23
4.5. La aplicación directa de las normas y principios supranacionales .....	VI-24
5. Los principios jurídicos supranacionales en general.....	VI-24
6. Los principios jurídicos constitucionales y supraconstitucionales .....	VI-25
7. La defensa en juicio como principio jurídico y sus aplicaciones .....	VI-26
8. El principio de razonabilidad. Introducción .....	VI-27
9. El debido proceso como control de las demás fuentes del derecho .....	VI-29
10. El principio del debido proceso como garantía adjetiva .....	VI-31
10.1. En materia de actos administrativos .....	VI-31
10.2. En materia de normas generales.....	VI-31
11. El debido proceso como garantía sustantiva.....	VI-33
12. Campo de aplicación.....	VI-34
13. El análisis de los hechos .....	VI-35
14. La búsqueda de la solución más razonable.....	VI-35
15. La racionalidad irracional de la burocracia .....	VI-36
16. Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo .....	VI-37

## **Capítulo VII**

### **FUENTES NACIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

I. <i>La Constitución</i> .....	VII-1
1. La evolución de una perspectiva secular .....	VII-1
2. El orden jurídico supraconstitucional .....	VII-1
3. Los valores y principios supremos.....	VII-2
II. <i>La ley</i> .....	VII-3
4. Ley y función legislativa .....	VII-3
5. Clasificación de las leyes.....	VII-3
5.1. Leyes locales.....	VII-3
5.2. Leyes nacionales .....	VII-4
5.3. Los decretos-leyes o así llamadas “leyes” de los gobiernos de facto .....	VII-4
6. Las leyes de derecho administrativo .....	VII-6

7. Ámbito de la ley frente a la administración .....	VII-7
7.1. La regulación legislativa de la actividad administrativa .....	VII-9
7.2. La regulación legislativa de los “actos de gobierno” .....	VII-9
7.3. Conclusión acerca de la sumisión de la administración a la ley .....	VII-13
8. La administración frente a la ley inconstitucional.....	VII-14
III. <i>Los reglamentos</i> .....	VII-15
9. Concepto y clasificación de los reglamentos .....	VII-15
9.1. Introducción .....	VII-15
9.2. Concepto .....	VII-16
9.3. Clasificación y admisibilidad.....	VII-18
10. Los reglamentos y sus problemas.....	VII-19
10.1. Problemas y contradicciones.....	VII-19
10.2. La inderogabilidad singular de los reglamentos y la irracionalidad de éstos.....	VII-20
10.3. La exacerbación reglamentaria .....	VII-20
10.4. Otras limitaciones jurídicas a la pseudo facultad reglamentaria.....	VII-22
10.5. Algunas limitaciones comunes .....	VII-22
11. La inderogabilidad singular y sus alcances.....	VII-23
11.1. El principio y sus aplicaciones.....	VII-23
11.2. Aplicación en materia de concesiones y licencias .....	VII-23
11.3. La inderogabilidad singular no se aplica a las normas antijurídicas. ....	VII-24
11.4. Su aplicación en distintas clases de reglamentos.....	VII-25
12. Reglamentos de necesidad y urgencia .....	VII-26
12.1. La causa habilitante .....	VII-26
12.2. El órgano habilitado.....	VII-27
12.3. La materia legislativa habilitada .....	VII-27
12.4. El procedimiento administrativo de habilitación .....	VII-28
12.5. El procedimiento legislativo de habilitación.....	VII-28
12.6. Inargüibilidad del acuerdo implícito del Congreso.....	VII-29
12.7. Nulidad insanable, insusceptible de ratificación legislativa .....	VII-30
12.8. Necesidad y efectos de la ley ratificatoria. Plazo.....	VII-30
12.9. Inexistencia de potestad de veto.....	VII-31
12.10. Otros tests de constitucionalidad .....	VII-32
12.11. Supuestos de insusceptibilidad de ratificación legislativa.....	VII-32
12.12. La inconstitucionalidad tanto del reglamento como de la ley: video, teatro, números vivos .....	VII-32
12.13. Habilitación de la vía judicial directa .....	VII-33
13. Reglamentos delegados o de integración .....	VII-34
13.1. El principio tradicional .....	VII-34
13.2. La Constitución de 1994 .....	VII-35
13.3. A quiénes se puede delegar.....	VII-38
14. Reglamentos autónomos .....	VII-38
15. Reglamento de ejecución.....	VII-40
15.1. La reglamentación no es requisito previo para cumplir la ley .....	VII-40
15.2. Se refiere a la propia administración, no a los particulares .....	VII-40
15.3. No debe invadir otras materias reglamentarias.....	VII-41
15.4. No debe alterar el espíritu de las normas legales .....	VII-41
15.5. Es facultad principalmente del Poder Ejecutivo, no de órganos de- pendientes.....	VII-42
15.6. No se aplica a los tratados.....	VII-42
16. Los reglamentos del Poder Judicial y Legislativo .....	VII-42

17. El reglamento como fuente del derecho administrativo.....	VII-43
IV. Fuentes materiales del derecho administrativo.....	VII-43
18. Jurisprudencia. Concepto y alcances .....	VII-43
18.1. Imperatividad.....	VII-43
18.2. Arbitrariedad.....	VII-44
18.3. Los principios jurídicos .....	VII-44
18.4. La pseudo doctrina de algunos fallos .....	VII-45
19. La costumbre. Concepto y admisibilidad en general.....	VII-46
19.1. No es fuente habilitante de deberes de los particulares .....	VII-47
19.2. Es fuente de derechos .....	VII-47
20. La doctrina .....	VII-48
20.1. La doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación.....	VII-48
20.2. Doctrina de la Defensoría del Pueblo de la Nación .....	VII-49
20.3. La doctrina y el derecho comparados. Sus problemas.....	VII-49

## *Capítulo VIII*

### **RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

1. Introducción.....	VIII-1
2. Relaciones con el derecho privado .....	VIII-1
3. Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública.....	VIII-4
4. La transformación del derecho administrativo .....	VIII-5
5. Relaciones con el derecho constitucional y supraconstitucional.....	VIII-6
6. Relaciones con el medio ambiente y el derecho de los recursos naturales.....	VIII-8
6.1. Tierras .....	VIII-9
6.2. Aguas .....	VIII-11
6.3. Aire .....	VIII-12
6.4. Urbanismo.....	VIII-12
6.5. Minas .....	VIII-12
7. Otras relaciones.....	VIII-14
7.1. Relaciones con el derecho penal .....	VIII-14
7.2. Relaciones con el derecho internacional .....	VIII-14
8. Las ciencias jurídicas frente a las no jurídicas.....	VIII-15
8.1. La solución técnica y la solución jurídica .....	VIII-17
8.2. Derecho administrativo y economía.....	VIII-18
8.3. Derecho administrativo y ciencia de la administración.....	VIII-18
9. Perspectivas futuras de combinación del derecho administrativo con otras ciencias: la estadística .....	VIII-20
10. La psicología y sociología .....	VIII-22
11. La matemática.....	VIII-23
12. Derecho y lógica simbólica.....	VIII-24
13. Graficación de problemas jurídicos .....	VIII-25
14. Indicadores e índices jurídicos.....	VIII-25
15. Procesamiento estadístico.....	VIII-26
16. Cuantificación.....	VIII-26
17. Procesamiento cartográfico.....	VIII-27
18. Almacenamiento de datos jurídicos.....	VIII-27
19. Otras perspectivas.....	VIII-28
20. Enfatizando cuestiones de método .....	VIII-29

20.1. El método tradicional y una variante más útil, para la primera etapa .....	VIII-29
20.2. La etapa de la investigación tradicional .....	VIII-31
20.3. Qué debe estar antes de empezar .....	VIII-31
20.4. Retomando la segunda etapa .....	VIII-31
20.5. Sigüientes pasos de la segunda etapa .....	VIII-33
20.6. Tercera etapa. El primer pulimento .....	VIII-33
20.7. Cuidados en el pulimento: no citar libros viejos cuando hay ediciones recientes que tienen modificaciones .....	VIII-33
20.8. Acerca del fin de la investigación .....	VIII-35
20.9. Las etapas que siguen .....	VIII-36
20.10. Las lecturas complementarias .....	VIII-37

## *Capítulo IX*

### **LAS FUNCIONES DEL PODER**

1. La división de los poderes y la libertad .....	IX-1
2. Soluciones y dificultades existentes .....	IX-3
3. Distintos criterios para conceptuar la función administrativa. Crítica .....	IX-5
4. La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo, o formal) y el material (u objetivo o sustancial) .....	IX-7
5. Insuficiencia de los criterios “subjetivo” y “objetivo.” Criterio mixto .....	IX-8
6. Concepto orgánico-material de función legislativa .....	IX-9
7. Concepto orgánico-material de función jurisdiccional .....	IX-12
8. El problema de la “jurisdicción administrativa” .....	IX-14
9. Discrepancias terminológicas y de fondo .....	IX-15
10. El problema en la jurisprudencia. Introducción .....	IX-16
11. El recurso extraordinario no es revisión judicial suficiente y adecuada .....	IX-18
12. Actividad jurisdiccional de la administración y revisión judicial. Alcances del problema .....	IX-19
13. “Recurso” o “acción” judicial y facultades jurisdiccionales de la administración .....	IX-20
14. Alcance jurídico-político del problema .....	IX-23
15. Evolución en el derecho argentino del reconocimiento de facultades jurisdiccionales a la administración .....	IX-24
16. El recurso extraordinario y las facultades jurisdiccionales de la administración .....	IX-26
16.1. Recursos rechazados .....	IX-27
16.2. Recursos admitidos .....	IX-28
16.3. Conclusiones sobre la jurisprudencia .....	IX-31
16.4. Una aclaración procesal .....	IX-32
17. El art. 109 de la Constitución nacional y la función jurisdiccional .....	IX-32
18. La supuesta distinción entre jurisdicción “judicial” y “administrativa” .....	IX-33
19. Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración .....	IX-35
20. Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres poderes .....	IX-35
21. Resumen de las funciones del Estado .....	IX-36
22. Otros problemas .....	IX-37
22.1. La “jurisdicción voluntaria” y las leyes concretas .....	IX-37
22.2. Funciones de autoridades administrativas independientes .....	IX-38

22.3. Funciones administrativas de órganos no estatales .....	IX-40
22.4. Las funciones materiales del Estado.....	IX-40

## *Capítulo X*

### **CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

I. <i>Acto, hecho, reglamento, contrato</i> .....	X-1
1. Conceptos clasificadores.....	X-1
2. Función administrativa .....	X-1
3. Actividad jurídica y no jurídica .....	X-2
4. Actos y hechos de la administración .....	X-2
4.1. La distinción entre acto y hecho, jurídico y no jurídico .....	X-2
4.2. Actos no jurídicos .....	X-4
4.3. Actos jurídicos .....	X-5
4.4. Hechos no jurídicos .....	X-6
4.5. Hechos jurídicos .....	X-6
5. Primera definición .....	X-7
6. Actos y contratos administrativos .....	X-7
7. Segunda definición .....	X-8
8. Actos unilaterales generales e individuales .....	X-8
9. Tercera definición .....	X-9
II. <i>Facultades regladas y discrecionales de la administración</i> .....	X-9
10. Introducción.....	X-9
11. Criterio de distinción .....	X-11
12. Aspectos que comprende la regulación .....	X-13
12.1. Regulación directa.....	X-13
12.2. Regulación indirecta o inversa .....	X-16
12.3. Regulación residual.....	X-17
12.4. Regulación técnica (antes llamada “discrecionalidad técnica”) .....	X-17
12.5. Discrecionalidad cero .....	X-19
12.6. Conclusiones .....	X-20
13. La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y en el de las facultades discrecionales.....	X-21
14. Continuación. Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional .....	X-22
15. Los límites a la actividad discrecional .....	X-24
15.1. Razonabilidad.....	X-24
15.2. Proporcionalidad .....	X-26
15.3. No desviación de poder .....	X-27
15.4. Buena fe .....	X-28
15.5. <i>Alterum non lædere</i> .....	X-28
16. Comparación entre legitimidad y oportunidad y actividad reglada y discrecional. La razonabilidad como control de ambas .....	X-28
17. La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportunidad.....	X-29
18. Jurisprudencia de la Corte Suprema .....	X-30
19. Derecho subjetivo, interés legítimo, interés difuso e interés simple .....	X-37

## *Capítulo XI*

### **CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

I. <i>Introducción</i> .....	XI-1
1. Algunas premisas .....	XI-1
1.1. Objeto del análisis .....	XI-1
1.2. El sujeto de la contratación .....	XI-3
1.3. La licitación pública y los pliegos.....	XI-4
2. La evolución del objeto contractual y su régimen jurídico.....	XI-5
2.1. Época primigenia .....	XI-5
2.2. Época intermedia, de las nacionalizaciones .....	XI-6
2.3. La reforma del Estado .....	XI-6
2.4. La reforma constitucional.....	XI-7
2.4.1. El art. 42.....	XI-7
2.4.2. Continuación. El art. 76 .....	XI-7
2.4.3. El rol de los entes reguladores .....	XI-8
3. Un punto de inflexión en el desarrollo del contrato administrativo no mono- pólico o exclusivo .....	XI-8
3.1. La nacionalización de los servicios públicos concedidos .....	XI-8
3.2. El crecimiento del sector público y su contratación .....	XI-9
4. La evolución de la doctrina de los contratos de la administración .....	XI-10
4.1. La negación de la categoría de los contratos administrativos .....	XI-10
4.2. La negación del contrato civil de la administración.....	XI-11
4.3. La distinción clásica entre contratos civiles y administrativos.....	XI-11
4.4. Continuación. Los tres supuestos clásicos de contrato administrativo ..	XI-12
4.4.1. Determinación de la ley .....	XI-12
4.4.2. Voluntad de las partes.....	XI-13
4.4.3. El interés público de los usuarios afectados .....	XI-14
5. La gradación de los diversos contratos de la administración .....	XI-15
5.1. No hay sólo dos categorías de contratos de la administración .....	XI-15
5.2. La clasificación en tres categorías. En general .....	XI-17
5.3. Los contratos próximos al derecho común, interno o externo .....	XI-18
5.4. El contrato de derecho interno con relativa subordinación económica del contratista al Estado.....	XI-19
5.5. El contrato de derecho interno con subordinación del usuario al contra- tista y supremacía económica de éste .....	XI-19
II. <i>Los tres grandes tipos de contrato administrativo, en particular</i> .....	XI-20
6. La concesión o licencia de servicios públicos .....	XI-20
6.1. Necesidad de autorización legislativa.....	XI-21
6.2. Interpretación restrictiva de sus potestades y amplia de los derechos de los usuarios .....	XI-22
6.3. Control del monopolio y del abuso de posición dominante .....	XI-23
6.4. Reducción de ganancias excesivas .....	XI-24
6.5. Lesión .....	XI-24
6.6. Ausencia de libertad contractual .....	XI-25
6.7. Desigualdad jurídica de las partes.....	XI-27
6.8. Privilegio de la decisión unilateral ejecutoria .....	XI-27
6.9. Facultad sancionatoria .....	XI-27
6.10. Mutabilidad del contrato .....	XI-28

6.11. Efectos jurídicos frente a terceros.....	XI-29
6.12. Responsabilidad civil frente al usuario .....	XI-29
6.13. La audiencia pública como garantía constitucional del usuario .....	XI-30
6.14. Inaplicabilidad de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> .....	XI-31
6.15. Necesidad constitucional de un ente de contralor independiente .....	XI-31
6.16. <i>In maxima potentia, minima licentia</i> .....	XI-33
7. El contrato administrativo no monopólico o exclusivo .....	XI-33
8. El contrato “privado” de la administración.....	XI-35
8.1. En el derecho interno.....	XI-36
8.2. En el derecho externo .....	XI-37
8.3. El contrato de crédito externo en un marco de endeudamiento estructural.....	XI-37
9. Conclusión .....	XI-38

## *Capítulo XII*

### **LOS ÓRGANOS DEL ESTADO**

1. Concepto de órgano .....	XII-1
2. El órgano y el ente al que pertenece .....	XII-2
3. El órgano y el funcionario.....	XII-2
4. La actuación del órgano .....	XII-2
5. El criterio jurisprudencial .....	XII-4
6. La competencia.....	XII-5
7. Distinción entre competencia y ejercicio de la función.....	XII-8
7.1. La competencia y los “postulados de la permisión”.....	XII-8
7.2. Crítica de la asimilación de capacidad y competencia .....	XII-9
7.3. Indevida extensión de la competencia al principio de libertad .....	XII-9
7.4. Relaciones con otros principios de derecho público.....	XII-10
8. Clasificación de la competencia .....	XII-11
8.1. Competencia en razón de la materia .....	XII-11
8.2. Competencia en razón del territorio .....	XII-12
8.3. Competencia en razón del tiempo .....	XII-12
8.4. Competencia en razón del grado .....	XII-13
9. Delegación.....	XII-14
10. Admisibilidad y caracteres de la delegación .....	XII-16
10.1. Revocación de la delegación de competencia .....	XII-16
10.2. Relaciones del delegante y el delegado .....	XII-16
10.3. Responsabilidad del delegante y del delegado.....	XII-16
10.4. Contralor por el delegante .....	XII-17
10.5. La subdelegación .....	XII-17
11. La avocación .....	XII-17
11.1. Comparación general con la delegación .....	XII-18
11.2. Procedencia de la avocación.....	XII-19
11.3. Conclusiones comparativas.....	XII-20
12. La jerarquía .....	XII-21
13. Principales órganos de la administración central .....	XII-23
13.1. El Presidente de la Nación .....	XII-23
13.2. El Jefe de Gabinete .....	XII-24
13.3. Ministros y Secretarios de Estado.....	XII-26
13.4. El Procurador del Tesoro de la Nación.....	XII-26

13.5. Direcciones Generales y Nacionales.....	XII-28
14. Autoridades administrativas independientes.....	XII-29
14.1. El Defensor del Pueblo .....	XII-29
14.2. La Auditoría General de la Nación .....	XII-32
14.3. El Consejo de la Magistratura.....	XII-33
14.4. El Jurado de Enjuiciamiento .....	XII-34
14.5. El Ministerio Público .....	XII-35
14.6. Entes reguladores y de control del poder económico .....	XII-36
14.7. Banco Central de la República Argentina. El futuro Banco Central Interamericano.....	XII-38
14.8. Una agencia independiente del control de la deuda pública externa..	XII-38

### *Capítulo XIII*

#### **AGENTES PÚBLICOS**

1. La distinción doctrinaria entre funcionario y empleado público.....	XIII-1
2. Crítica conceptual .....	XIII-1
3. Continuación. Crítica legal.....	XIII-2
4. El personal regido parcialmente por el derecho privado; o laboral .....	XIII-5
4.1. Personal obrero en las empresas del Estado. Convenciones colectivas de trabajo.....	XIII-6
4.2. El personal contratado de la administración pública .....	XIII-7
4.2.1. El personal contratado por el derecho privado .....	XIII-7
4.2.2. Los representantes del sector privado en cuerpos colegiados de la administración pública .....	XIII-9
4.2.3. El personal contratado por el derecho público .....	XIII-10
4.2.4. El personal transitorio o jornalizado .....	XIII-10
4.3. Observaciones comunes .....	XIII-11
5. Excepciones dentro del régimen de la función pública.....	XIII-12
6. El personal “ad honorem” y “honorario” .....	XIII-14
6.1. La solidaridad social y su encuadre jurídico .....	XIII-14
6.2. La inexistencia de designación.....	XIII-14
6.3. La colaboración gratuita prestada a través de personas jurídicas.....	XIII-15
6.4. Los casos de designación formal.....	XIII-15
6.4.1. Las hipótesis de participación o representación formal en los cuerpos administrativos .....	XIII-15
6.4.2. Los casos de funciones administrativas sin representación po- lítica formal .....	XIII-16
6.4.2.1. Funcionarios honorarios .....	XIII-17
6.4.2.2. Funcionarios <i>ad honorem</i> .....	XIII-18
7. Régimen jurídico de los funcionarios excluidos del servicio civil.....	XIII-20
8. El contrato de servicios de consultoría.....	XIII-21
9. “Naturaleza” de la relación de empleo público .....	XIII-21
10. La estabilidad del empleado público .....	XIII-27
10.1. En general .....	XIII-27
10.2. El personal contratado.....	XIII-30
11. La responsabilidad .....	XIII-31

## *Capítulo XIV*

### **CLASIFICACIÓN DE LOS ENTES PÚBLICOS**

1. Centralización, desconcentración y descentralización .....	XIV-1
2. Caracteres de los entes estatales descentralizados .....	XIV-2
3. Entes públicos no estatales .....	XIV-5
4. No hay entes estatales privados .....	XIV-6
5. Criterio para determinar si un ente es público o privado .....	XIV-9
6. Criterio para determinar si un ente es estatal o no .....	XIV-10
7. La prevalencia del derecho público sobre el privado .....	XIV-11
8. Autonomía y autarquía .....	XIV-12
9. Distintos tipos de personas jurídicas estatales, públicas y privadas .....	XIV-13
10. Entidades públicas estatales .....	XIV-13
10.1. Administrativas .....	XIV-13
10.2. Comerciales o industriales .....	XIV-15
11. Entidades públicas no estatales .....	XIV-17
11.1. Con participación estatal .....	XIV-18
11.1.1. Sociedad de economía mixta, con potestades o privilegios pú- blicos .....	XIV-18
11.1.2. Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria .....	XIV-18
11.1.3. Asociaciones dirigidas .....	XIV-19
11.1.4. Entes reguladores no estatales .....	XIV-20
11.2. Sin participación estatal .....	XIV-21
11.2.1. Corporaciones públicas .....	XIV-21
11.2.2. Fundaciones e instituciones públicas no estatales .....	XIV-22
12. Entidades privadas .....	XIV-23
12.1. Con participación estatal .....	XIV-23
12.1.1. Participación estatutaria: sociedades privadas de economía mixta .....	XIV-23
12.1.2. Participación no estatutaria: tenencia de acciones de socie- dades privadas .....	XIV-23
12.2. Sin participación estatal .....	XIV-24
12.2.1. De interés público .....	XIV-24
12.2.2. De interés privado .....	XIV-25

## *Capítulo XV*

### **LOS ENTES REGULADORES**

1. Introducción .....	XV-1
2. El que concede no debe controlar .....	XV-3
2.1. El que concede, ¿debe prestar? .....	XV-4
3. Derecho a su existencia .....	XV-5
4. Independencia y estabilidad .....	XV-6
5. Intervención, avocación, revocación; recurso de alzada .....	XV-7
6. Facultades regulatorias .....	XV-8
7. La audiencia pública .....	XV-11
8. El ente regulatorio no tiene jurisdicción administrativa .....	XV-11
9. Acciones y recursos contra los actos de los entes reguladores .....	XV-12
10. Amparo .....	XV-13
11. Problemas de la apelación en la Capital Federal .....	XV-14

11.1. ¿Es “apelación” de “jurisdicción”?	XV-14
11.2. ¿No existe otra jurisdicción federal que la de Buenos Aires?	XV-14
11.3. La norma legal invocada	XV-15
11.4. Su alcance en la propia ley	XV-15
11.5. El usuario no es sujeto pasivo del ente	XV-16
11.6. El absurdo de millones litigando en Capital	XV-16
12. Jurisdicción federal y/o local: <i>in brevis</i>	XV-17
12.1. En general	XV-17
12.2. Poderes implícitos federales vs. poderes reservados provinciales	XV-20
12.3. El concepto de “legislación” o “jurisdicción” federal	XV-21
12.4. La cláusula del comercio interprovincial	XV-21
12.5. El ente regulador como establecimiento de utilidad nacional	XV-22
12.6. La norma constitucional actual: art. 75 inc. 30	XV-24
12.7. La ley es la que fija la jurisdicción federal	XV-24
12.8. Permanencia del problema jurisdiccional	XV-25
13. <i>In extenso</i> : el comercio interprovincial	XV-27
13.1. Prohibición de aduanas interiores	XV-27
13.2. Tarifas, derechos, etc., de tránsito	XV-29
13.3. Su aplicación sobre el “peaje eléctrico”	XV-29
13.4. La navegación	XV-30
13.5. Las represas hidroeléctricas como lagos navegables	XV-31
13.6. Otras comunicaciones	XV-31
13.7. De nuevo sobre los establecimientos de utilidad nacional	XV-32
13.8. No hace falta el dominio, sino el fin	XV-33
13.9. No alcanza el dominio sin el fin	XV-34
13.10. La “Nación” comprende los entes autárquicos nacionales	XV-34
13.11. Lugares adyacentes	XV-34
13.12. Las normas constitucionales	XV-35
13.13. Derecho comparado	XV-35
13.14. Base legislativa de la jurisdicción federal	XV-37
13.15. Cuestión litigiosa permanente	XV-37
13.16. Navegación, comercio, establecimiento	XV-38
13.17. El caso del sistema eléctrico	XV-38
13.18. Algunos interrogantes	XV-39
14. <i>¿Quis custodies custodiat?</i>	XV-39
14.1. Introducción	XV-39
14.2. El Defensor del Pueblo nacional	XV-40
14.3. La Auditoría General de la Nación	XV-41
14.4. La Sindicatura General de la Nación	XV-42
14.5. Conclusiones preliminares	XV-42
15. Responsabilidad del ente regulador	XV-43
15.1. El derecho sustantivo	XV-43
15.2. La cuestión procesal	XV-44

# TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

## PRÓLOGO

**JORGE A. SÁENZ<sup>1</sup>**

### I

Quisiera que el privilegio que significa prologar este Tratado se transformara en una confidencia compartida con los lectores acerca de su autor, sus valores, sus objetivos, sus conductas, su metodología científica y la importancia de sus ideas para el desarrollo de las instituciones democráticas y el progreso social en la Argentina. Creo estar en condiciones para hacerlo. Soy un testigo privilegiado de la vida, la obra y la evolución del pensamiento de Agustín Gordillo. Más de cuatro décadas de diálogos y discusiones, de tarea docente en común en los claustros de las universidades públicas de Buenos Aires y de La Plata, y hasta haber compartido el “no estar” en la Universidad, cuando ambos fuimos expulsados (título honorífico si los hay) por la última dictadura militar de nuestros cargos de profesores titulares en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a los cuales retornamos en 1985 –concurso público de antecedentes y oposición mediante– son, creo, títulos suficientes para opinar.

Lo primero que quiero decirles a los lectores es que Agustín Gordillo es un ser humano ejemplar, un gran científico, un gran profesor y un gran ciudadano. Trataré de explicar con claridad por qué lo afirmo tan enfáticamente.

Antes que nada, Agustín Gordillo ha demostrado ser, a través de estos cuarenta años, además de un maestro reconocido, un ser

<sup>1</sup> Este es el prólogo a los cuatro tomos del tratado, que apareció por primera vez en el primer volumen de la edición mexicana de 2004 (UNAM, PORRÚA, FDA).

humano ejemplar. Y esta condición, que es la primordial, no viene dada con las dotes intelectuales que por designio natural o divino lo distinguen, sino que depende de elecciones de conducta que no son fáciles en una historia académica como la nuestra, que no ha estado exenta de venganzas, injusticias y egoísmo, muchas veces alentados por los vientos de fronda del sectarismo y la mala política. La ejemplaridad se verifica, en el caso de un teórico brillante como Gordillo, cuando se puede constatar, a lo largo de esos cuarenta años, una coherencia entre la doctrina y la conducta. No hay desviaciones en la conducta pública o privada de Agustín Gordillo que pueda hacer decir a alguien que en los hechos haya desmentido lo que predicó acerca de la tolerancia con las ideas y las personas, la generosidad que debe tenerse en el aliento de las vocaciones docentes y científicas o que haya declinado la defensa de los derechos humanos y el imperio de la juridicidad.

Esta densidad humana en la calidad de Gordillo, que celebran y de la que están orgullosos sus amigos, sus colegas, sus alumnos y su familia, se encuentra ahora potenciada por los impulsos, sugerencias e ideas que incansablemente propone a las generaciones más jóvenes, transmitiéndoles con el ejemplo la importancia de preservar aquella unidad entre las ideas y las actitudes, que es invaluable para su formación.

También, y no es lo menos importante, debo señalar que ha trabajado y actuado con humildad y con respeto por los demás. Nunca le escuché a Agustín Gordillo en estos cuarenta años referirse despectivamente a algún colega o autor. Nunca lo observé en ninguna combinación espúrea para ganar una posición o para evitar que alguno la lograra. Las discrepancias las mantuvo en el plano de las ideas, y las expuso con franqueza y con fundamentos. No recurrió a la “espiral de silencio”, frecuente en la doctrina argentina, donde en lugar de discutir con argumentos se suprime la cita en los libros y artículos o se pasa al disidente a la categoría de enemigo para evitar que alcance posiciones académicas o profesionales, públicas o privadas. Esta nunca fue una característica en la actuación de Gordillo, que por el contrario, lo repito, se ha comportado como un ser humano ejemplar uniendo su doctrina y su conducta, lo que me place testimoniar aquí.

Agustín Gordillo es además un gran científico. Ha sabido explicar porqué se alejó del dogmatismo y de las definiciones esencialistas, tomando como herramienta conceptual básica el principio de que toda verdad es provisoria, que toda afirmación está sujeta a dis-

cusión y refutación y que sólo ese proceso asegura el progreso de la ciencia. Emprende en su obra una cruzada intelectual contra el ídolo de la certidumbre, fundado en las tesis de Popper y en la teoría del lenguaje que domina sólidamente, y esta estructura metodológica, transformada en convicción científica, aplicada con rigurosidad, hace que su actitud de tolerancia, pasó de lo que pudo ser en principio una elección moral a fundarse, además, en una tesis científica precisamente sobre la ciencia misma.

La asunción de esta tesis no es ajena, desde luego, a la permanente actitud de Gordillo contra el autoritarismo y el poder. No debe perderse de vista, en este sentido, que el autoritarismo y el ejercicio del poder en el plano de la ciencia se manifiesta a través del dogmatismo, considerando equivocado (y a veces, como dije, hasta enemigo) a quien no piense como nosotros, desconociendo que la refutación y el error también integran la ciencia porque inevitablemente forman parte del camino de su progreso.

Esta categoría de gran científico del derecho, que lo ubica definitivamente entre los grandes juristas que ha producido América Latina y lo distingue como uno de los mejores del mundo, porque su obra es perfectamente equiparable a la de los autores europeos de mayor renombre, no ha impedido que Agustín sea, a la vez, un gran profesor. No encerró a sus lectores y discípulos en una catedral gótica de citas y catálogos de teorías e informaciones, a pesar de contar con la erudición suficiente para hacerlo. Creo que esto afortunadamente pasó porque Gordillo ha accedido a la categoría mayor de profesor, que es la de maestro. Así como cuando somos ayudantes decimos más de lo que sabemos citando de segunda mano a autores y fallos que no leímos, y sólo cuando llegamos a ser profesores decimos nada más que lo que sabemos, ganándonos el derecho a confesar lo que no sabemos, cuando se llega a maestro se dice sólo lo indispensable y necesario para la circunstancia. Se llega a dominar en ese momento de la madurez científica e intelectual el arte de la simplicidad y síntesis conceptual, que presupone el conocimiento completo de la materia de que se trate y del método de elegir lo imprescindible para la argumentación, despojándolo de lo superfluo o meramente decorativo. Gordillo ha llegado a esa etapa de su desarrollo docente y así es reconocido internacionalmente.

Esta característica de Agustín Gordillo es valorada fundamentalmente por sus alumnos de pregrado y posgrado, que adquieren en sus cursos un sistema de aprendizaje permanente, un interés en las bases epistemológicas de la ciencia a cuyo estudio se aplican,

una aptitud para ser críticos en la lectura del material jurídico y un entrenamiento en la decisión de casos donde, luego de definir los hechos relevantes, deben aplicar no sólo un sistema normativo sino descubrir qué valores y qué consecuencias sociales hay detrás de cada solución alternativa. Acometer esta empresa educativa con sencillez y eficacia, solo está disponible para un gran profesor, para un maestro.

Lo que llevo dicho sería incompleto si no dijera que Agustín Gordillo no sólo es un gran ser humano, un gran científico y un gran profesor, sino también que es un gran ciudadano. Y lo es porque ha elaborado una teoría jurídica donde rescata la función del intelectual como defensor de las libertades públicas y de los derechos sociales de los habitantes, marcando a fuego a las teorías jurídicas -y dentro del derecho administrativo a varias- que están al servicio del poder o son elaboradas exclusivamente para justificarlo y consolidarlo, de cualquier signo que sea, mas allá de la buena fe de sus autores.

Esta síntesis necesariamente breve de la personalidad de Gordillo, que por esa calidad de testigo privilegiado de su trayectoria que tengo, por el largo camino que recorrimos juntos, y en nombre de los acuerdos y desacuerdos que tuvimos y de las dudas y encrucijadas a las que nos enfrentamos, creí que podía y debía compartirla con ustedes, que están por acometer la aventura intelectual de discutir, acordar o discrepar con los innumerables argumentos y enfoques novedosos que el Tratado les pondrá por delante.

## II

He dicho algo sobre la calidad científica del trabajo de Gordillo. Quisiera tomar un solo ejemplo, de los tantos que van a encontrar en las páginas de su obra: el tratamiento del concepto acerca de la función administrativa. Gordillo se ocupó en sus primeros aportes teóricos de delimitar metodológicamente el objeto de su ciencia, a partir de que le había adjudicado al Derecho Administrativo la finalidad de estudiar “el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”. Lo que quisiera comentar brevemente, a los fines limitados de esta introducción, son tres aspectos de esa elaboración doctrinaria, en tanto definen rasgos típicos de su estilo científico: el primero se refiere a la perspectiva utilizada para estudiar la cuestión, el segundo al procedimiento de confrontación del resultado de la investigación teórica con la realidad política nacional, y el tercero la vinculación de estos dos pasos

con un tercero, que contiene sus propuestas sobre la instauración de prácticas democráticas en la Argentina, con directa incidencia sobre el ejercicio de la función administrativa.

Respecto de la primera cuestión, debo destacar que el proceso de análisis sobre la función administrativa, si bien está centrado en una perspectiva normativa, no está limitado a ella. En sus obras tempranas está claro que el problema de las funciones del Estado, como empírica e históricamente las conocía en ese momento, con cometidos prestacionales y protectores legitimados por la eficacia, constituían una realidad más compleja que la tratada por la doctrina corriente, lo que motivó, creo, que no limitara su abordaje al de la perspectiva de la pureza positivista heredada de los fructíferos embates kantianos y neokantianos contra el cameralismo y sus sucesores.

Por el contrario, advirtió desde entonces, en una tendencia que se acentuó en su obra posterior, que el derecho es una ciencia que opera sobre un sector de la realidad y que no puede conocerse en profundidad ni pretenderse un cambio de esa realidad que sirva a la justicia, si la reflexión teórica se limita al plano del análisis normativo. Es notable cómo desde sus primeros trabajos considera al derecho como una disciplina humanística que no separa sino que integra las normas con los hechos históricos sobre la que opera y con los juicios valorativos que en la interacción de una y otra van construyendo la práctica social. Este permanente juego dialéctico entre los planos del ser, del deber ser y de la crítica axiológica, lo lleva a insistir en la necesidad de que la formación del jurista y su propia investigación científica estén apoyadas en el conocimiento de la economía, la filosofía, la sociología y la historia, que deben iluminar indefectiblemente la tarea de aplicación e interpretación del derecho a las situaciones concretas, y estar presentes para poder valorar en su conjunto tanto la justicia de un orden jurídico como la justicia concreta de cada caso.

En esa línea, realizó la crítica de las tesis que eran de recibo en ese momento, sobre si la función administrativa es una actividad o es la organización que la desempeña o es un residuo. Agustín se alejó de esa discusión secular aunque no la rehuyó, planteando su propia posición, que ha demostrado a través del tiempo ser de una gran utilidad ordenadora y a mi juicio superior a muchas formulaciones europeas clásicas, donde la discusión, luego de muchos años se abandonó, al reputarse inviable la definición objetiva de

administración (el fin de la polémica por agotamiento ha sido certificada nada menos que por el gran Giannini).

La definición que propone, como la verán desarrollada en el Tratado, es, dentro de su criterio científico que explica previamente, más bien de tipo estipulativo, es decir no intenta ser una verdad dogmática ni describir la esencia de la administración. Es producto de la investigación acerca de qué grupo de hechos recibe un trato sustancialmente igual por parte del derecho. De tal manera, la definición resulta mas nítida, mas clara y mas útil, ya que al partir de otro criterio que el subyacente en las definiciones dogmáticas clásicas de la función administrativa, nos coloca en una perspectiva diferente y explícita, y que, la compartamos o no, nos permite decidir críticamente, como lectores, si la lista de características que justifican que la palabra definida pueda aplicarse a un sector de la realidad es útil o conveniente para el desarrollo teórico de la ciencia.

El segundo aspecto que quería destacar es que Gordillo no aísla a esta reflexión teórica dentro de un sistema conceptual abstracto. Por el contrario, la confronta con la realidad, como es característica de toda su obra, que no limita sus aportes a la consideración de la legitimidad formal de las instituciones, tomándolas sólo como distribuidoras de funciones, sino que comprometidamente se expide sobre la legitimidad sustantiva del Estado, examinando en qué medida ese Estado y esa administración ponen en acto (o no), a través del ejercicio concreto de la función administrativa, antes conceptualizada, valores, ideas y proyectos colectivos, para saber a que tipo de práctica social sirven. No debe olvidarse, aún cuando no desarrollo por razones obvias este aspecto con la extensión que merece, la importancia que desde el punto de vista de las libertades públicas tiene la impugnación largamente argumentada que hizo Gordillo de las pretendidas funciones legislativas o jurisdiccionales de órganos pertenecientes a la organización administrativa.

En este orden de ideas, ubicó a la función administrativa, en la medida que comprende a la totalidad de las actividades del Poder Ejecutivo (además, pero secundariamente, de las de los otros poderes que no sean materialmente su función principal) en una posición subordinada a la legislación y a la jurisdicción, dentro del equilibrio teórico de los poderes diseñado por la Constitución. No obstante, verificó en la realidad el desequilibrio real, consistente en que los poderes legislativo y judicial están en los hechos subordinados al ejecutivo. Hace más de treinta años Gordillo explicaba que ello

se debía a la necesidad política de los legisladores de contar con cargos públicos para atender a su clientela y sus corruptelas, nombramientos que sólo el Poder Ejecutivo podía proporcionar, además de señalar agudamente que el liderazgo político del presidente anulaba también la función de control del Poder Legislativo y aún la del Poder Judicial, cuando aplica con excesiva benevolencia el self restraint y los diversos criterios limitativos de su atribución de juzgar la actividad de los otros poderes.

Este aguerrido juicio de Gordillo no recibió la adecuada atención en la discusión académica, que prefirió quedarse en el nivel de las definiciones pretendidamente descriptivas de un orden institucional que no existía. La historia subsiguiente fue ciertamente nefasta: de la distorsión del sistema constitucional se pasó a su desconocimiento total con la instalación de las dictaduras de 1966 y 1976. Y como tampoco se tomaron en cuenta esas lúcidas críticas después de 1983, es que hoy vivimos bajo una situación de quiebra difícilmente remediable del sistema de división de poderes, que compromete seriamente el futuro de la democracia representativa.

Inclusive no puede soslayarse que la relativización intensiva del sometimiento de la Administración a las órdenes judiciales, se vincula en la Argentina a tales vicisitudes, que jalonaron, a lo largo de varias décadas, la liquidación a favor del presidencialismo (y de la Administración Pública) del pleito acerca de la sede verdadera del poder entre el Legislativo y el Ejecutivo, que puede verificarse a través de la validación de los decretos-leyes (tesis de la continuidad), la utilización indiscriminada de la delegación legislativa (con legitimación por parte de la justicia, ratificación legislativa en bloque posreforma constitucional de 1994 y uso actual de su artículo 76) y de los decretos de necesidad y urgencia (legitimados ad nauseam por la Corte) y la limitación de la función del Congreso a aprobar los proyectos preparados y originados por el Poder Ejecutivo, muchas veces bajo una presión inadmisibles y la amenaza anticipada del ejercicio de la facultad de veto.

Y, por otro lado, en la constatación del dato de que el desarrollo del Estado implicó, además, la multiplicación normativa de origen administrativo, signo externo del cambio de su racionalidad interna. El resultado fue que la tajante distinción entre ley y acto de la administración aparece como superada, no por la teoría sino por la realidad, con la resultante de que el Ejecutivo, como poder tecnificado, pasa a ocupar el lugar decisivo, no solo en la función de elaboración legislativa, sino en todo el proceso normativo. Es,

como quedó dicho, el programador de la actividad parlamentaria y emisor per se de normas generales en todos los ámbitos. Ello derivó en el cuasi monopolio jurídico y en el práctico monopolio de hecho que tiene hoy la Administración Pública para definir lo que en cada caso y en cada etapa histórica debe ser el “interés general”, frente a lo cual la reserva de los derechos del ciudadano quedó en la “administración de justicia”, en la que, según los criterios administrativos, ha devenido la verdadera naturaleza del “Poder Judicial” de la Constitución. Este desequilibrio flagrante de la organización constitucional de los poderes ha quebrantando de manera grave y difícilmente remediable el sistema mismo de la democracia representativa, lo que vuelve más valioso que nunca atender a las críticas y propuestas de Gordillo para remediarlo.

A ello va dirigido el último aspecto que quería destacar. La definición de la función administrativa y la insistencia en su posición subordinada respecto de la legislación y la justicia, integra una visión de las condiciones de lo que se conoce como estado de derecho y más particularmente como estado social de derecho. Gordillo atendió vigorosamente este problema destacando la falta de contradicción entre el estado de derecho clásico, en tanto defensor de los derechos individuales, y el estado de bienestar, como interventor activo para lograr la “libertad de la necesidad”. Ahora bien, pronunciarse sobre si en la Argentina contamos con un estado social de derecho, atendiendo a la práctica social respecto de la extensión y modalidades de ejercicio de la función administrativa, implica la adopción de criterios acerca de qué notas definitorias se convenga en considerar relevantes para definirlo y el punto en que se acuerde dejar de hacer distinciones, sobre todo después que el estado, de ser el gran demiurgo de la historia, pasó a ser el gran demonio de la historia.

En términos muy generales, a casi todas las etapas históricas del Estado argentino se las ha calificado frecuentemente como “de derecho” recurriendo para ello al expediente de definir sin confrontar con la realidad, con un enfoque formalista y tecnocrático de la estructura de los poderes públicos, que afirma la vigencia general del principio de legalidad, apareciendo sus violaciones como meras anormalidades contingentes que encontrarán su remedio a través de los recursos administrativos y judiciales, aún con sus imperfecciones. De tal manera, si entre las instancias de la “idea del estado de derecho” y la “concreción histórica” de ese tipo de estado, nos limitamos a considerar relevante sólo a la primera,

ello nos proporcionará necesariamente una versión incompleta y acaso engañosa de la cuestión que se está examinando, ya que esa perspectiva impide que se tomen en cuenta los vicios estructurales que impiden el goce efectivo de los derechos y libertades de los ciudadanos, o sea la negación de los requisitos mínimos para que aquel tipo de estado se configure.

Por tal razón cobra una importancia decisiva en la metodología de nuestra materia esta característica de la obra de Gordillo, consistente en la confrontación de la reflexión teórica con la realidad, que opera en definitiva como procedimiento de validación de las operaciones de definición, clasificación e inclusión, que no son inocentes desde el punto de vista de la valoración, toda vez que debe analizarse si son pertinentes los rasgos que se seleccionan cuando se agrupa un caso dentro de cierta categoría. La discusión sobre estos criterios de inclusión recibe de Gordillo un impulso más que decidido y nos invita a todos a participar en ella, al considerar que el Estado no es un dato dado sino una construcción, el producto y la expresión de una cultura y sus contradicciones, siendo el papel del intelectual elaborar teoría acerca de su funcionamiento y de su articulación con la sociedad civil, haciéndolo portador de proyectos colectivos que aseguren y que garanticen la integridad y la cohesión social.

En este orden, quiero destacar que Gordillo, verificada la magnitud de los defectos de funcionamiento del estado argentino (lato sensu), que problematizan su inclusión en la categorías de estado de derecho y de régimen político con democracia representativa, volcó buena parte de su esfuerzo teórico en examinar las nuevas condiciones de ejercicio de las funciones estatales, básicamente la administrativa, a través de la participación de los ciudadanos en el espacio público, como actores eficaces en la formación de la voluntad general, colocándose en la línea más avanzada respecto de la concepción de la democracia.

Desde este punto de vista, la caracterización del estado argentino como social de derecho y democrático pasó a ser “condicional” en el sentido que la especificación de sentido que proporciona esa afirmación está sujeta a determinadas condiciones. Entre ellas quiero citar la abundante producción de Agustín acerca de la participación activa de la sociedad civil como requisito indispensable de la democratización, el estado de bienestar y su crisis, la exigencia de un principio fuerte de igualdad, la libertad positiva, los derechos económicos y sociales, las precondiciones sociales de la libertad,

la extensión de la legitimación procesal para activar las decisiones jurisdiccionales, las reformas judiciales, la descentralización, la imperatividad de las normas internacionales, los medios para combatir la corrupción, la reivindicación del equilibrio constitucional de poderes, la impugnación a la delegación legislativa y a los decretos de necesidad y urgencia y el control estricto sobre las concesiones de servicios públicos, entre otros. Lo que implica volver de la realidad a las ideas para corregir la gravísima distorsión de su realización histórica concreta. En especial, y para terminar, quiero recordar con gran reconocimiento sus trabajos desde hace treinta años acerca de la participación de los usuarios en las empresas de servicios públicos, la generalización del procedimiento de audiencias públicas y la defensa de los derechos de incidencia colectiva, aspectos que hoy están en el centro de la escena.

Los temas que he enumerado son tal vez los centrales del debate actual acerca de la reformulación del estado democrático de derecho. Gordillo los inserta, coordina y relaciona con los tópicos clásicos del Derecho Administrativo, cuyo tratamiento corriente excede largamente, porque estamos en presencia de un jurista completo e integrador, que domina el Derecho a secas, más allá de especializaciones acotadas artificialmente, cada vez más insostenibles. Es por esta característica del autor, precisamente, que ha podido acometer con tanta fortuna el desarrollo de un Tratado completo sobre la materia, que a partir de ahora quedará a merced de vuestras inteligencias críticas. Podría asegurar sólo una cosa: aunque no estén de acuerdo con una sólo de las reflexiones teóricas de Gordillo, el pasaje por la discusión de sus argumentos no será una operación cultural estéril, sino, por contrario, extremadamente enriquecedora. Así como en el teatro isabelino el prólogo estaba a cargo del actor que adelantaba el tema del drama, quise advertirles en estas páginas previas, lo inevitablemente arduo que resultará el trabajo intelectual de dialogar con Gordillo, mediante la lectura del Tratado, interacción que, a través de los acuerdos y refutaciones que surjan, promoverá sin duda alguna el progreso de nuestra ciencia.

## EN OCASIÓN DE LA 10<sup>A</sup> ED., 2009

1.- Al culminar el año 2003, poco después de cumplir los 65 años de edad, organicé una reunión de la cátedra y en ella leí, pues quería ser preciso, mi despedida al grupo de amigos que me acompañaban en ella. Sabía que los concursos para los nuevos titulares tardarían todavía algún tiempo, pero deseaba ya dejar el camino expedito para el recambio. Delegué la dirección en ellos mismos, que estaban preparados para trabajar en grupo, y debo decir que funcionaron maravillosamente bien en los varios años que siguieron hasta que los nuevos titulares pudieran hacerse cargo de las diversas cátedras concursadas. Ninguno de los integrantes de mi cátedra ganó entonces los concursos, y todos se distribuyeron entre las nuevas cátedras. Pero estimo que algunos de ellos finalmente llegarán a titulares. De todas maneras, las premisas metodológicas subsisten en ellos y sus respectivos nuevos titulares fueron nobles y amplios en permitirles a cada uno continuarlas.

2.- Esa primera despedida en el 2003 fue pues un momento importante para mí, y en esa ocasión expresé que el mejor consejo que había recibido en mi vida me lo dió a comienzos de la década del 60 la Dra. MARÍA ISABEL AZARETTO, PELEL para los amigos, quien me señaló la necesidad de contar con una teoría general del derecho al dedicarme a una rama en especial. Recuerdo que me decía que la diferencia entre SOLER y NÚÑEZ, en aquel entonces, era que Núñez tenía más actualización de jurisprudencia, p. ej., pero que SOLER perduraba porque había construido su derecho penal con una teoría general del derecho. Esa lección tan simple y tan fundamental frecuentemente escapa a quien la escucha. En aquella reunión una de las personas de la cátedra que estaba sentada al lado de PELEL le preguntó «¿Qué fué lo que le aconsejaste?», y PELEL le contestó «Lo que él dijo.» Ahora que ya estoy en la década de mis setenta años y PELEL, longeva como toda su familia, vive en plenitud física e intelectual, necesito más que nunca expresarle mi reconocimiento. Como digo en la presente edición, ella no sólo me dió el consejo sino también el medio de cumplirlo. Me contactó con EDUARDO RABOSI para que él me tomara como alumno *full time* peripatético durante quince días y me diera

las grageas esenciales de filosofía del derecho que necesitaba para hacer derecho administrativo. Luego seguí estudiando y escribiendo, y el resultado es el cap. I, armazón intelectual de toda mi obra, junto a otros libros como *El método en Derecho*,<sup>1</sup> *Introducción al Derecho*,<sup>2</sup> *La administración paralela*,<sup>3</sup> mis notas al libro de ALEJANDRO NIETO *Las limitaciones del conocimiento jurídico*,<sup>4</sup> etc.<sup>5</sup> Sucesivas versiones de ese cap. I (que fuera cap. I de la 2ª ed. de *El acto administrativo*, en 1969) fueron revisadas por mis amigos EUGENIO BULYGIN y CARLOS ALCHOURRÓN y una versión final fue corregida con lápiz en la mano, palabra por palabra,<sup>6</sup> por GENARO R. CARRIÓ, una de mis fuentes de guía, inspiración e información, una de las dos personas más inteligentes que he conocido en mi vida, él y JORGE TRISTÁN BOSCH. Seguí luego trabajando y recibiendo formación e información de otros profesores de filosofía de derecho, como JORGE VILANOVA y JULIO RAFFO.<sup>7</sup> Todos dejaron algo en mí, como RICARDO GUIBOURG<sup>8</sup> o JULIO VERNENGO, o CHARLES BREITEL y otros en el mundo. Ello, sin contar los maestros de derecho administrativo como RAFAEL BIELSA o MANUEL MARÍA DIEZ, JORGE TRISTÁN BOSCH o JUAN FRANCISCO LINARES, JEAN RIVERO, GUY BRAIBANT<sup>9</sup> o GÉRARD TIMSIT, ALEJANDRO NIETO GARCÍA<sup>10</sup>

<sup>1</sup> *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988, un vol. de 260 pp.; 4ª reimpresión, Madrid, 2001, de libre acceso en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

<sup>2</sup> Buenos Aires, La Ley, 2007, antes también editado como *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003; *Une introduction au droit*, Londres, Esperia, 2003. Las tres eds. tienen prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS y se encuentran de libre acceso en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

<sup>3</sup> *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, un vol. de 160 pp., 4ª reimpresión, Madrid, 2001, de libre acceso en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com). Hay ed. italiana: *L'amministrazione parallela. Il «parasistema» giuridico-amministrativo*, con Introducción de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987, un vol. de 92 pp., vol. 20 de la serie de la Università degli Studi di Bologna, Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione.

<sup>4</sup> Fue publicado como ALEJANDRO NIETO / AGUSTIN GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003. Cabe destacar la generosidad del autor, que me permitió añadir mi nombre con comentarios empíricos a su magistral obra de reflexión filosófica, adelantándome, contrariamente a mi sugerencia de que concluyera el libro con su respuesta a mis interrogantes, que no habría de contestarlas: Esto, aún sin saber anticipadamente qué iba a decir yo. Le agrega una interesante dosis de misterio, sin duda, pero además dá una cabal muestra de su calidad humana.

<sup>5</sup> A veces, hasta arts., como “El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas,” *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998; “Cómo leer una sentencia”, *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001; *Revista Universitaria La Ley*, año III, n° 4, agosto de 2001, pp. 9-21.

<sup>6</sup> Esto no es una figura de lenguaje, fue simplemente así.

<sup>7</sup> Gran amigo a quien tuve el placer de prorrogarle uno de sus libros, *Ley de fomento y regulación de la actividad cinematográfica comentada*, Buenos Aires, Lumière, 2003.

<sup>8</sup> Con él tengo el honor de integrar las comisiones de Doctorado y Post Doctorado en la Facultad de Derecho de la UBA y aprovechar no solamente sus conocimientos y creatividad sino también su fina ironía y buen humor.

<sup>9</sup> A quien tuve oportunidad de homenajear en “Laudatio of President Guy Braibant / Laudatio du Président Guy Braibant,” en el folleto del European Group of Public Law / Groupe Européen de Droit Public, *Laudatio of President Guy Braibant / Laudatio du Président Guy Braibant*, European Public Law Center, Atenas, 2002, pp. 27-33; Reproducido en la Revue Européenne de Droit Public/European Review of Public Law, vol. 15, n° 1, pp. 37-44, Londres, Primavera de 2003, Esperia; También reproducido en mi libro *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003, pp. 145-152.

<sup>10</sup> Ver la referencia que efectuamos *supra*, nota 4.

o EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA,<sup>11</sup> JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ<sup>12</sup> o SPYRIDON FLOGAITIS<sup>13</sup> y tantos otros más. Sigo aprendiendo siempre y no olvido nunca las constantes lecciones recibidas de mis pares, principalmente mis amigos JORGE ALBERTO SÁENZ, que ha tenido a bien prologar esta obra, y HÉCTOR A. MAIRAL, que me ha hecho el honor de permitirme prologar dos de él,<sup>14</sup> sin olvidar la larga relación académica con MARÍA GRACIELA REIRIZ,<sup>15</sup> ni a mis amigos mexicanos ALFONSO NAVA NEGRETE<sup>16</sup> y JORGE FERNÁNDEZ RUIZ,<sup>17</sup> a quienes también hemos homenajeado.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> Que me confirió el honor de prologar su libro *Conferencias de Argentina*, Madrid, Civitas, 2002; prólogo que fuera también publicado como “Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría,” *RAP*, 178: 5-13, Buenos Aires, 2001. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y nuestro común amigo TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, por lo demás, me permitieron ser parte de su obra conjunta: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª ed. del t. I, 9ª ed. del t. II, Buenos Aires, Thomson/Civitas-La Ley, 2006, 1ª ed. argentina con notas de AGUSTÍN GORDILLO.

<sup>12</sup> Ver mi “Homenaje al Profesor JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,” *RAP*, 297: 7, Buenos Aires, 2003. Reproducido en la *Revista de Administración Pública*, n° 62, Madrid, 2003, y en la *Revista Iberoamericana de derecho público y administrativo*, año 3, n° 3, San José, 2003, pp. 21-2.

<sup>13</sup> Un grupo de profesores de todo el mundo le hemos homenajeado junto a GÉRARD TIMSIT en unas jornadas realizadas en “Sciences Po” de París, en el año 2008, sobre *Values in Global Administrative Law*. El libro se encuentra en proceso editorial y mi contribución se denominó “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality.”

<sup>14</sup> *La licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 1972; *Las raíces legales de la corrupción: O de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Cuadernos RPA, Editorial Rap, Buenos Aires, 2007.

<sup>15</sup> Que, en estos entrecruzamientos de los caminos de la vida que recordaba CONFUCIO, tanto hemos homenajeado como sido homenajeados por ella. Ver MARÍA GRACIELA REIRIZ, “Homenaje al Pof. Dr. Agustín Alberto Gordillo,” en REIRIZ (coord.), *Derecho administrativo y aportes para el rediseño institucional de la República*, Buenos Aires, Revista Jurídica de Buenos Aires y LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2004, pp. 436-7; nuestro “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12.

<sup>16</sup> Desde el Tribunal Fiscal de la Federación nos invitó a participar en importantes congresos internacionales: “Tribunales administrativos o tribunales judiciales en materia fiscal o administrativa en América Latina”, en el libro *Memorias del Primer Congreso Internacional de Justicia Fiscal y Administrativa*, t. V, México, TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN, 1982, p. 179 y ss. También publicado como cap. II del libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, un vol. de 137 pp. Reproducido como “Tribunales administrativos,” *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XXIII, n° 41, La Plata, 1981, pp. 81 a 106; “La justicia administrativa internacional,” *Congreso Internacional de Justicia Administrativa*, organizado con motivo del *Sexagésimo Aniversario del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 22 de agosto de 1996, luego también publicada como cap. XVI del t. 2 del presente tratado.

<sup>17</sup> En sus magníficos congresos internacionales organizados en México hace ya muchos años, actualmente en la presidencia de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, AIDA, donde me ha distinguido creando lo que denominó el Instituto Internacional de Derecho Administrativo Agustín Gordillo, que dirige otro gran amigo, MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA, también presidente del Foro Mundial de Jóvenes Administratistas. En el primer número de la revista participé con “La modernización de la administración pública.” *AÍDA. Ópera prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, opus No. 1, México, 2007, pp. 153-71.

<sup>18</sup> DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296, donde está mi participación. Ver también “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009.

Imposible olvidar a los amigos y colegas de toda latinoamérica y entre todos ellos los uruguayos<sup>19</sup> y brasileños,<sup>20</sup> siempre tan caros a nuestro corazón y tan próximos en las actividades intelectuales y académicas compartidas, aunque ahora en momentos políticos no tan afines (por eso precisamente los destaco),<sup>21</sup> que nuestro pueblo hará que su gobierno los supere, ya que los problemas son de nuestra hechura, no de la de ellos. También tuve oportunidad de profundizar la amistad de muchos colegas bonaerenses en ocasión de sumarme, a pedido de una docena de los futuros jueces contencioso administrativos, a la lucha por la demoradísima implantación efectiva del código procesal administrativo que otros autores habían creado. No se trataba de ampliar los amparos que ya se habían iniciado, ni solamente de recomendarles que iniciaran acciones civiles de daños y perjuicios contra los funcionarios responsables de la injustificable demora (nada menos que la propia Suprema Corte provincial), sino también, en mi esquema, hacer una batalla ante la opinión pública provincial.

En ese largo y difícil camino fuí profundizando la amistad de colegas como CARLOS BOTASSI,<sup>22</sup> INÉS D'ARGENIO,<sup>23</sup> LUIS ARIAS,<sup>24</sup> MIGUEL H. E. OROZ, tantos otros, que han formado una red más de colegas nuestros, con los que verificamos empíricamente aquella afirmación que “...una vez que la tiranía se ha adueñado firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El momento mejor para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura; hay que ahogarla en ciernes, lo cual requiere un nivel nuevo, hasta ahora desconocido, de atención alerta por parte del pueblo, que habrá de estar

<sup>19</sup> Hemos participado, por ejemplo, en CARLOS E. DELPIAZZO, coord., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 733-44; AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, coord., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 369-74.

<sup>20</sup> Son tantos mis queridos amigos brasileños, y tan generosos igualmente, que me halagaron con un libre de homenaje: FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coordinador y coautor), *Direito administrativo Brasil-Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, un vol. de 588 ps. Es el mismo editor que hiciera la edición brasileña de este tratado.

<sup>21</sup> Nuestro gobierno acerca su mirada a Cuba, Bolivia, Ecuador, Venezuela, y descuida el vínculo con los otros pueblos vecinos. Es parte del defecto nacional de admirar a los contestatarios del supuesto régimen imperial, fruto quizás del resentimiento de haber intentado copiar su modelo constitucional y haber fracasado en hacerlo realidad. Pareciera eterna la idea de que es suficiente con imitar la norma, y que luego la realidad seguirá a nuestra pluma. ¿A quién culpar? Pues, al modelo que no hemos podido transformar en realidad.

<sup>22</sup> Dilecto amigo que me honrara con el libro BOTASSI, CARLOS A., (Dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En Honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editorial Platense, 2003, 518 pp. Ello, sin olvidar el generoso homenaje en la *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, San José, año 4, número 4, 2004, “Homenaje al Dr. Agustín Alberto Gordillo,” ps. 3, 7, 9, 11 y ss.

<sup>23</sup> Sin perjuicio de sus otras publicaciones, recordamos aquí *La justicia administrativa en Argentina. Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional*, Buenos Aires, FDA, 2003; 2ª edición, 2006.

<sup>24</sup> Sus fallos son memorables, como el que recuerda el sutil trabajo de PULVIRENTI, ORLANDO D., “Aria a la designación de jueces,” en *LL, Suplemento Administrativo*, 9 de febrero de 2009, pp. 15-20. Ver también el propio artículo de ARIAS, “La alquimia, el derecho y la política,” en *Res Publica Argentina RPA 2006/2-7*, [http://www.respublicaargentina.com/archivos\\_bajar/Arias.doc](http://www.respublicaargentina.com/archivos_bajar/Arias.doc)

en guardia ante los peligros que amenazan a la sociedad por parte del personal, las técnicas y las estratagemas de los grupos usurpadores.”<sup>25</sup> Bellas palabras, difíciles acciones. Gobernantes de entonces que hoy se presentan como cultores de las instituciones republicanas, no fueron —cuando estaban en el poder—, un modelo a imitar. Pelearon por defender la libertad y el privilegio del poder político contra la implementación efectiva<sup>26</sup> del control judicial. Iniciaron o continuaron el camino que otros luego también habrían de seguir, para sólo advertir (¿?) su error cuando eran otra vez ciudadanos de a pie. Es lo mismo que otros criticaron desde el llano pero disfrutaron cuando estaban el poder. Una vez regresados al llano critican lo que les siguió o antecedió y parecen querer hacernos creer que ellos fueron distintos. Aprendimos con nuestros amigos, en esa lucha desigual,<sup>27</sup> cuán difícil es en un medio autoritario persistir en la lucha por la aplicación del derecho administrativo como control del poder político, a diferencia de aquellos otros que siempre se inclinan hacia la complacencia con el poder, la pura doctrina que ya en la superficie se declara también cesarista. La lucha continúa a través de los jueces que han comprendido su misión institucional y constitucional.<sup>28</sup> Hay

<sup>25</sup> MANNHEIM, KARL, *Libertad, poder y planificación democrática*, FCE, México, 1960, p. 137, p. 168.

<sup>26</sup> Esa palabra de que tanto se llenan la boca algunos, como si la tutela judicial existente desde la Carta Magna no haya siempre concebida como efectiva. La reflexión no es mía, es de uno de los amigos que me dan letra. Un lindo interrogante para el lector.

<sup>27</sup> Han quedado tanto cicatrices como premios. Mis amigos organizaron el “IV Congreso de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo. En Homenaje al Dr. Agustín Gordillo,” Dolores, 23 de noviembre de 2007, el que fuera realizado “En reconocimiento a su ineludible gestión para la instalación de la Justicia Administrativa en la Provincia de Buenos Aires,” como reza la placa que entonces me dieron. Allí hablaron en mi homenaje INÉS D'ARGENIO y MABEL DANIELE. El sustento fáctico del homenaje se remontaba a “La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional),” *ED*, 30-XI-01; editado y reproducido en la Revista de Estudios de Derecho Público, REDEp, Querétaro, FUNDAp, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2001-1, n° especial a cargo de NAVA NEGRETE, ALFONSO y otros (coord.), *Justicia administrativa en México y en Iberoamérica*, pp. 205-226. También reproducido en AA.VV., *El Derecho Público a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, tomo II, *Derecho Administrativo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pp. 2383-2404; “Administrar sin justicia,” en la *RAP Provincia de Buenos Aires*, 2003, año 1, n° 1, pp. 11-25. “Axel en la justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires,” *RAP-Provincia de Buenos Aires*, abril 2004, año II, n° 13, pp. 7-12; también publicado en [www.revistarap.com.ar](http://www.revistarap.com.ar), Circular Letter n° 9; “Celebrando la justicia procesal administrativa,” en [www.abda.org.ar/doctrina.html](http://www.abda.org.ar/doctrina.html)

<sup>28</sup> Para muestra recordamos a CECILIA SALINAS y FRANCISCO FERRER, “Resguardo cautelar del crédito fiscal en la Provincia de Buenos Aires. Desborde normativo y control judicial,” *LL, Suplemento Administrativo*, marzo de 2007, pp.1-19. Pero los problemas se siguen creando desde el poder político con la dupla Poder Ejecutivo/Poder Legislativo. Ver como ej. OROZ, MIGUEL H.E., “El decomiso de bienes: un exceso de punición,” *El día*, 15 de febrero de 2009, sección *Economía*, p. 4. Otro ejemplo en la misma provincia lo explica GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “La publicidad de las normas a través de Internet como estándar mínimo para que sean exigibles,” *Res Publica Argentina, RPA* 2008-3. 55-79, esp. p. 74, donde señala que el 81% de los municipios de la Provincia de Buenos Aires no publica las ordenanzas fiscales. Agrega, con punzante humor, que “Afortunadamente, del total de habitantes de la Provincia, un 63.6% (es decir, 8.792.532 habitantes) sí tienen la suerte de vivir en municipios en los que la página oficial, cuando existe, cuenta con una sección de fotos del Intendente Municipal, seguramente imprescindibles para la vida en comunidad.”

muchos, por cierto, tanto en el orden nacional como de las diferentes provincias y de la ciudad de Buenos Aires.<sup>29</sup>

3.- Otra compañía intelectual, desde las páginas impresas de su imponente libro ya en dos tomos, fué MARÍA ANGÉLICA GELLI. Cuando apareció su 4ª ed. a fines del año 2008 comencé a leerla con acendrado y renovado interés, pues ella representa para mí —además de su conocimiento y creatividad jurídica— la mezcla de la sociología jurídica, de la referencia infaltable a la realidad empírica y jurídica de nuestro país, con el constante espíritu de esperanza en el futuro. Ella nos recuerda, afablemente como es su persona, haber sido alumna mía en la UBA, pero para mí es una colega valiosísima, que logra en su magnífica obra no solamente referirse a la realidad que nos toca a todos transitar, sino también hacerlo con el velo de la impertérrita esperanza, siempre llena de vida, de futuro, de guía para las jóvenes generaciones que necesitan creer que un futuro mejor es aún posible. Aún habiendo leído de corrido grandes partes de su cuarta edición, esta décima edición de mi primer volumen no pudo ser hecha sin tener por compañera intelectual constante esa cuarta edición, con muchos miles de ejemplares vendidos de anteriores ediciones y reimpressiones. Es que nunca como antes el derecho administrativo es la Constitución aplicada o inaplicada en la realidad. He hecho muchas menos citas de su excepcional obra que las que correspondía, más que nada para no repetirme, pero por sobre todo para llevar al lector, en la medida que su bondad nos quiera seguir, a acompañar paso a paso su lectura de esta obra en su parte general, con la minuciosa y detenida lectura de la obra paralela que es la Constitución comentada de GELLI. Todo lo que ha cambiado en estos años en el derecho administrativo nacional que esta obra expone, es un reflejo de lo que ella expone en la 4ª ed. de 2008 de su Constitución comentada, con la diferencia que ella sabe hacerlo con un permanente mensaje de esperanza, juventud y optimismo en el futuro en manos de los más jóvenes. He intentado sin demasiado éxito emularla, lo que el amable lector comprobará fácilmente, lo cual en parte refleja nuestras diferencias vitales y en parte nuestra diferente cosmovisión, pero en todo caso mis páginas son un homenaje, expreso o implícito, a sus propias páginas sobre una realidad que va cambiando *pari pasu* con nuestras respectivas ediciones, y nosotros con ella. Rogamos al lector tenga la

<sup>29</sup> Cuyas instituciones hemos vinculado alguna vez con Atenas, en comparación con la Sparta donde nacimos: Conferencia de clausura en las “Jornadas sobre acción de amparo en la Ciudad de Buenos Aires,” en *JáDA Ciudad, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, n° 1, pp. 187-90, también disponible en [http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/eventos/20060627/Palabras\\_de\\_Clausura\\_del\\_Dr\\_Gordillo.pdf](http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/eventos/20060627/Palabras_de_Clausura_del_Dr_Gordillo.pdf) Ver también nuestros trabajos “I Jornadas sobre el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires: Palabras de cierre,” en ALEJANDRA PETRELLA (COORD.), *El fuero contencioso administrativo y tributario de la ciudad de Buenos Aires*, JA, 2002-III, supl. del fasc.7, 14 de agosto de 2002, pp.95-6; “La institucionalidad porteña,” conferencia inaugural en el 2º Congreso de derecho administrativo de la Ciudad, *JáDA Ciudad, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, n° 2, 2008, pp. 17-26. [http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/eventos/20070920/La\\_institucionalidad\\_portena-Conferencia\\_Inaugural.pdf](http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/eventos/20070920/La_institucionalidad_portena-Conferencia_Inaugural.pdf).

gentileza de acompañar su lectura de este volumen, con la lectura minuciosa de la cuarta edición de MARÍA ANGÉLICA GELLI. Su propio aprovechamiento será su mejor premio intelectual.

4.- Espero aún tener vida como para seguir haciendo más de lo mismo, actualizando y quitando imperfecciones a lo que hice durante toda la vida. Entre las cosas que aprendí en el camino es fundamental aprovechar las enseñanzas no sólo de los mayores y los iguales sino también de los muy jóvenes, en trabajo en equipo o en red. Así, bajo la coordinación de SUSANA VEGA, profesora en el postgrado de Derecho Administrativo de la UBA, prestaron su inapreciable colaboración para esta 10ª ed. en la Argentina (la 9ª fue en México), los siguientes colegas y amigos, dentro de cuyo listado incluyo otros que también me brindaron ayuda en la fase final:

**ABRE, JUAN ENRIQUE**

**ALETTI, DANIELA**

**AMONDARAIN, MARIANA**

**BARREIRO, LAURA**

**BASSI, ANA MARÍA**

**BUJÁN, LUCÍA**

**CAMPOLIETI, FEDERICO**

**CARDACI MÉNDEZ, ARIEL**

**CAPELLO, JUAN**

**CERDEIRAS, ROSAURA**

**CLAUS, JUAN IGNACIO**

**CRESPO, FERNANDA**

**DIANA, NICOLÁS**

**DREWES, CARLA MARIELA**

**FACIO, RODOLFO**

**FERRER, FRANCISCO**

**FERRI, ADRIANA**

**GORBAK, ERICA**

**IOSUE, SANDRA**

**KODELIA, GONZALO**

**LANDE , CAROLINA**

**MENÉNDEZ, MARÍA DEL CARMEN**

**MARTINEZ GARBINO, CAROLINA**

**MONTES DE OCA, MARTA**

**MORTIER, NATALIA**

**MUÑOZ, ANALÍA**

**OLAGORTA, MARÍA LILIA**

**PERFETTI, GRACIELA**

**POLI, JUAN DOMINGO**

**PRIETO, KARINA**

**PULVIRENTI, ORLANDO**

**SIMONOTTO, GABRIELA**

**STUPENENGO, JUAN ANTONIO**

**SZMOISZ, LAURA E.**

**THEA, FEDERICO G.**

**TOIA, LEONARDO**

**UGARTE, JUAN MANUEL**

**VEGA, SUSANA ELENA (coordinadora general)**

**VILLOLA, LUIS MATIAS**

**ZALAYA, LILIANA**

Todos aportaron ideas, datos y sugerencias importantes. Una de las más trascendentes fue el necesario reordenamiento del fundamental cap. I. Pero todos ellos, con esas sugerencias que revisé y en algún caso reelaboré, me dieron el *élan* vital para renovar mi atención y mis fuerzas en corregir todo lo escrito, rearmar las páginas con el *Indesign*, que sustituyó al anterior *Page Maker*, y me dió ocasión con todo ello de volver a pensar todo el libro —y de paso todo el tratado— a la luz de la realidad contemporánea.

5.- Son tan rápidos e incoherentes los cambios en la política económica y la *praxis* de nuestro país que es difícil recogerlos a tiempo, tarea que hago en artículos individuales, pero que en cada tomo actualizo hasta el día de mandarlo a imprenta. Conviene al lector también analizarlos, junto a sus notas de pie de página, indispensables en mi estilo de escribir. Como es habitual, dado que los agregados e incorporaciones que yo hago son efectuados en la pantalla con el *Indesign* y ya nadie más los revisa, pueden estar plagados de errores e imperfecciones de todo tipo. Mis gentiles colaboradores no tienen nada que ver en ello.

6.- Hubo demora entre la recepción de sus sugerencias y la reelaboración del libro. Excesivos viajes al exterior me quitaron fuerzas para una tarea que requiere sobre todo mucha concentración y total libertad en la mente.

7.- Finalmente, de regreso de todos mis viajes del 2008, en los tranquilos y secos<sup>30</sup> días estivales de enero de 2009, luego de haber releído la cuarta edición de GELLI, pude por fin ponerme a *full* en la tarea que venía desde antes realizando solo a media máquina, logrando ahora por fin el nivel de concentración necesaria para poder realizar cabalmente el trabajo, en la medida de mis fuerzas, utilizando mucho del material escrito en el camino.<sup>31</sup>

Resolví también, en el medio, el siempre difícil equilibrio entre cuánto referirme al día a día, por necesidad cambiante, y cuánto reafirmar como parte de la permanencia en la evolución del derecho, no los cambios extrasistemáticos destinados a desaparecer en el corto plazo.<sup>32</sup> Escribir sobre ellos cuando aún no han desaparecido es una de las ciclópeas tareas de esta ed.

Hay novedades para nuestro derecho administrativo tanto en el plano interno como en el internacional, con el crecimiento de las redes intergubernamentales a las cuales pertenecemos, como la visita de inspección que realizará al país el GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, dependiente de la OCDE; la reanudación de las visitas del FMI para el segundo semestre del año, para

<sup>30</sup> Nota campestre, como se advierte.

<sup>31</sup> Los que se refieren a las materias de esta *Parte General* son principalmente los siguientes, además de los ya citados en las páginas precedentes:

—“Una celebración sin gloria,” en BIDART CAMPOS (dir.) 150° Aniversario de la Constitución Nacional, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 13-24; reproducido en *LL*, 2003-C, 1091-1102.

—“¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *LL*, 2005-A, 905-921.

—“La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina*, RPA, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), Serie de Estudios.

—“La mutación del contrato administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Rap, 2007, pp. 835-8 y en [http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub\\_id=99&sid=1174&aid=19135&eid=25&NombreSeccion=Notas%20de%20e%20C3%83%2%A1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo](http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=19135&eid=25&NombreSeccion=Notas%20de%20e%20C3%83%2%A1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo)

—“La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38; además de la versión en el libro de homenaje a MARÍA GRACIELA REIRIZ, ya citado, se encuentra también en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

—“La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Buenos Aires, Rap, 2009.

—“Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962. Previamente publicado bajo el título: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32.

<sup>32</sup> Nota de optimismo juvenil...

poder resolver el *default* con el Club de París, pues es una condición exigida por este otro grupo intergubernamental; el cuidado con que deberemos manejarnos en las próximas cumbres presidenciales, entre ellas las del G-20, porque ya comienzan a oírse voces en el sentido de excluir nuestra participación en el futuro si no modificamos nuestros patrones de conducta respecto a la comunidad internacional.<sup>33</sup>

Ello, sin perjuicio del eventual juzgamiento en el exterior de algunos funcionarios o ex funcionarios.<sup>34</sup>

En lo interno, en estos primeros meses del año 2009 se han ido produciendo casi vertiginosamente cambios jurisprudenciales que afectan el presente vol., por lo que demoré un poco más, en los ahora lluviosos días de marzo, en mandarlo a imprenta para poder recuperar todas esas novedades, pero soy consciente que aún al momento de mandarlo a imprenta seguirán produciéndose otros cambios. Hará bien el lector en prestar atención a todos los más recientes pronunciamientos jurisdiccionales, no sólo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que está liderando el cambio con inteligencia y valentía, sino de todos los demás tribunales del país en materia administrativa, que saben dar el mismo ejemplo desde sus propias sentencias.

Pero no sólo la justicia está cambiando para revertir muchos de los errores que se han cometido desde el poder político. También se producen cambios políticos, que inevitablemente crean un entorno diferente al de años atrás.

Es evidente que en un año electoral no solamente se producen novedades políticas sino también, inevitablemente, reacomodamientos jurídicos, sobre todo por iniciativa de la justicia pero también por la distinta dinámica de fuerzas que operan políticamente, y por la creciente actuación de muchas organizaciones no gubernamentales que han ganado un verdadero rol protagónico en la recuperación de las instituciones y por la iniciativa individual de algunos abogados que intentaron y consiguieron la reforma judicial de mecanismos obsoletos o

<sup>33</sup> Debiera ser motivo de preocupación y cuidado, pues “Varios funcionarios dicen en privado que la participación de países tales como Argentina, que durante gran parte de su historia ha desafiado las normas internacionales de gobierno, no mejora la credibilidad ni la capacidad de funcionamiento de la asociación,” BEATTIE, ALAN, “Cumbre del G-20: son modestas las esperanzas de un progreso en concreto,” republicado del *Financial Times* en el diario *El cronista*, 5-III-09, p. 13.

<sup>34</sup> Puede parecer exagerado como lo parecía para los funcionarios de entonces de 1976/83. Aunque la seriedad de los crímenes es distinta, es visible el crecimiento de la jurisdicción extranjera para determinados delitos cometidos en el país, e incluso la jurisdicción internacional. Ver *infra*, al final de los capítulos II y IV y sus referencias. Ver también MURPHY, MEGAN, “Cambio fundamental en la búsqueda de justicia global,” *El cronista*, 5-III-09, p. 13. Con análogos enfoques se realizó en octubre de 2008, en París, un seminario sobre *Values in Global Administrative Law*, de próxima publicación, y se realizará en abril de 2009 en México un *Congreso Internacional sobre Derecho Administrativo Global*, del cual da cuenta el sitio [http://www.facdyc.uanl.mx/avisos/derecho\\_administrativo/index.html](http://www.facdyc.uanl.mx/avisos/derecho_administrativo/index.html) que será también publicado posteriormente. Nuestro amigo GORDON ANTHONY de la Queen's University of Belfast me ha sugerido, sobre el cierre de esta ed., dos trabajos cuyas referencias se encuentran, a) en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1344788](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1344788) y b) en <http://icon.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/6/3-4/373>

antijurídicos. A mi juicio, ahora optimista, la situación institucional continuará mejorando gradualmente. Importa la nueva tendencia que se advierte en la sociedad. Es parte normal de nuestra historia tener burbujas de prosperidad, que siempre dilapidamos, hasta encontrarnos nuevamente con la dura realidad.<sup>35</sup>

8.- Sé por todo ello que esta 10ª ed. del t. 1 es más provisional que nunca, no solamente porque todo lo es en este mundo, sino por las peculiaridades de estos años que van corriendo desde la anterior ed. argentina y mexicana. No obstante, estimo que los lineamientos del cap. I han guiado toda su reelaboración (como él mismo, por lo demás, fue también reelaborado), y toca una vez más enfrentar la opinión de los amables lectores. Creo que el cambio del t. 1 ha sido importante en esta ed., gracias en primer lugar a los generosos colaboradores antes mencionados.

9.- Una curiosa sensación psicológica me invade: Todos cuantos me han ayudado con sugerencias de todo tipo han sido siempre informados, generosos, intuitivos, creativos; pero yo no he podido resistir al impulso de modificar a veces sus aportes, seguir agregando elementos nuevos, comentarios nuevos, reflexiones nuevas, todas bajo el palio de la temporaneidad propia de toda creación humana y ya sin el control del maravilloso grupo de colaboradores que me dieron, sin embargo, el piso en el cual sustentarme.

10.- Por ello, una vez más, reitero algo que parece mera formalidad pero es verdad personal e intransferible: todo lo bueno es de ellos, todo lo malo me pertenece.

Quiera el lector elegir en base a su propia libertad de pensamiento.

*Agustín Gordillo*

<sup>35</sup> Lo explicamos varias veces en el pasado, entre otros lugares en *The Future of Latin America: Can the EU help?*, Londres, Esperia, 2003, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS. Tuvimos en su momento la fiesta menemista, luego la fiesta kirchnerista, pero siempre vino el mozo con la cuenta y además hay que incluir la propina. Sobre este tipo de *lapsus* de ficción imaginaria que creemos reales pero no lo son, ver entre otros DIANA, NICOLÁS, “La teoría de la burbuja,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2009-1, en prensa; del mismo autor, “Apuntes sobre la idea del conflicto permanente,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2008-1, 55-62. El rol de la ficción en la construcción de una cultura jurídica es explicado también por DROSSOS, YIANNIS Z, “Una conferencia en Harvard y una cena en Buenos Aires o: La realidad de la imaginación en la doctrina legal y la cultura nacional de Grecia del siglo diecinueve,” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2008-1, pp. 7-30. O sea, la ficción en sí no es buena ni mala, depende de qué ficción sea y a qué sirve; por supuesto, es necesario tener conciencia de la existencia de la ficción como tal, para no caer en el error de verdaderamente creerla. Nuestras experiencias locales son que los gobernantes se creen las ficciones, y por eso las burbujas terminan siempre mal.

*In memoriam*

## JORGE TRISTÁN BOSCH

### PRÓLOGO

#### A LA OCTAVA EDICIÓN

—2003—

#### 1. *Las sucesivas ediciones latinoamericanas y su significado*

La anterior edición *argentina* de este primer volumen fue la quinta, del año 1998, también editada dos veces en Colombia (FDA y Diké), que a su vez fuera reimpressa en nuestro país, inalterada, en el 2000. La *sexta* edición apareció en Venezuela en 2001 (FDA y FUNEDA). Luego apareció la *séptima* edición, en Perú (FDA y ARA Editores) y Brasil (FDA y Editora del Rey), en 2003. Nos toca ahora presentar la nueva edición argentina. Esto nos crea un problema de numeración: dado que esta edición presenta también ligeras modificaciones respecto de la séptima edición aparecida en Perú y poco después en Brasil, no nos queda otro camino que numerarla como “octava”: así como hay un principio de la renta universal, toca elegir la numeración universal, aunque los ISBN sean todavía nacionales. El lector deberá apreciar, con todo, que la poca diferencia temporal entre una y otra edición importa asimismo poca diferencia sustancial, como es obvio. Quien tenga la edición peruana o brasileña de los cuatro tomos no necesitará, pues, esta octava edición del tomo 1.

Hemos continuado incrementando las referencias al cada vez más importante derecho administrativo latinoamericano comparado. En general hemos tomado un más definido perfil internacional con la aparición de dos libros en este mismo año 2003, que reflejan nuestras reflexiones más recientes: *An Introduction to Law* y *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, ambos con prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS, director del *European Public Law Center* que ha tenido a

bien patrocinar igualmente la edición de ambos libros por *Esperia Publications Limited* de Londres.

## 2. La inserción en la teoría general del derecho y de la ciencia

Aparecen reafirmadas líneas de reflexión en las que esta octava edición también se inserta. La segunda es una preocupación que estuvo desde el comienzo y siempre se profundiza, sobre la teoría general del derecho: además de la edición electrónica de *Introducción al derecho* en castellano, se encuentra en prensa una edición peruana (FDA y ARA Editores). Una edición francesa está en preparación. La editorial Trotta de Madrid tiene en prensa la 2ª edición del libro de ALEJANDRO NIETO, *Los límites del conocimiento jurídico*, con nuestras glosas.

## 3. La internacionalización del derecho

La línea de reflexión en la cual se reafirma esta obra es pues la creciente internacionalización del derecho que anunciáramos hace más de una década;<sup>1</sup> continúa profundizándose en los derechos nacionales, penetrando como el mar en los estuarios, para reiterar la metáfora de LORD DENNING.

<sup>1</sup>“La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” *La Ley Actualidad*, 17-IV-90 y cap. III de *Derechos Humanos*, 1ª ed., Buenos Aires, 1990 (4ª ed., 1999); “La creciente internacionalización del derecho y sus efectos,” *LL*, 1995-D, 277; y *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999; “Un día en la justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución nacional,” *LL*, 1995-E, 988 y “Los amparos de los artículos 43 y 75 inc. 22 de la Constitución,” cap. IX de la 2ª ed. y posteriores de *Derechos Humanos*, *op. cit.*; ABREGÚ, MARTÍN, y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, del Puerto, 1997, p. 201 y ss.; “La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional,” *Cuadernos de Fundejus*, año 3, n° 3, Buenos Aires, 1995, p. 23 y ss.; *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 265 y ss.; “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales,” *RAP*, 215: 151; “Una reflexión actual,” en *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación BBV y Civitas, 1997, p. 263 y ss.; “La justicia administrativa internacional,” *RAP*, 223: 5; “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101-19; “Las fuentes supranacionales del derecho,” en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. I, p. 241 y ss.; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 2000-IV-1269; “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, p. 361 y ss.; reproducido como cap. IX del libro *Introducción al derecho*; “Primero: crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 2002-D, 1453; “G-8, UE, FMI, Argentina,” *LL*, 2002-E, 927; “Introducción,” en el libro de MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 11-19; “Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales,” *LL*, 2002-F, 1540-8; reproducido en AHE, DAFNE (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2002, pp. 285-98; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, VIII Encuentro de Asesores Letrados, Mar del Plata 2000, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

#### 4. *Las crisis de siempre y una reevaluación histórica*

En tercer lugar, la crisis argentina contemporánea que analizaran los libros de MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002; AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002; ALANIS, SEBASTIÁN (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003; SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2003 (en prensa), entre otros, no podía dejar de estar presente en esta edición.

Tanta emergencia obligaba a una visión retrospectiva más severa y homogénea de nuestra historia de cinco siglos: es lo que hacemos en *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, citado, que amerita lectura simultánea para mejor comprender el contexto global de nuestros problemas y de la obra.

#### 5. *La aplicación práctica*

Al propio tiempo hemos participado en la coordinación de un trabajo colectivo que comenta —con dictámenes y jurisprudencia— el decreto-ley de procedimiento administrativo y su reglamentación; es una suerte de apéndice práctico y aplicado de esta obra general. Lo edita LexisNexis en 2003; el trabajo organizativo y el trabajo material e intelectual se asemejan aquí al de otras producciones de la vida real, como es el trabajo tribunalicio.<sup>2</sup>

Por ello hemos de multiplicar en esta ocasión los agradecimientos que ya antes hiciéramos. En el libro de LexisNexis trabajaron con nosotros los siguientes autores:

PROGRAMACIÓN:

**MABEL DANIELE**  
**OSVALDO SISELES, DIEGO SARCIAT,**  
**MARIO REJTMAN FARAH, GREGORIO FLAX,**  
**ROSAURA CERDEIRAS**

PRIMERA ETAPA:

**MABEL DANIELE**

GUILLERMO SCHEIBLER, MERCEDES AVELDAÑO, ALEJANDRA GARCÍA VILLASUR,  
 PABLO SEGURA, JUAN STUPENENGO, ANA ELISA PASQUALINI,

<sup>2</sup> Esta es una cita para entendidos. La explicación la encontrarán en nuestras glosas a NIETO, ALEJANDRO, *Los límites del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, con nuestros comentarios; y en “Cómo leer una sentencia,” *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001; reproducido en *Revista universitaria La Ley*, año III, n° 4, Buenos Aires, agosto de 2001, pp. 9-21; también reproducido como cap. V del libro *Introducción al derecho*, edición como e-book gratuito en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

VALERIA ZAYAT, ANALÍA CONDE, LUCÍA BUJÁN, FABIO SÁNCHEZ

**OSVALDO SISELES**

SUSANA VEGA, NICOLÁS BONINA, VANESA BORGOÑA,  
ARIANA GARRIDO, JULIETA RODRÍGUEZ PRADO

**DIEGO SARCIAT**

SEBASTIÁN ALANIS, DAFNE AHE, EDUARDO FALCÓN,  
HELGA LEVED, JULIETA RODRÍGUEZ PRADO, MARTÍN DONDIZ

**MARIO REJTMAN FARAH**

PABLO MÁNTARAS, FLORENCIO TRAVIESO, JUAN IGNACIO SÁENZ,  
NICOLÁS DIANA, IGNACIO GRINBERG

**GREGORIO FLAX**

ENRIQUE LUIS SUÁREZ, MARÍA VIRGINIA CAFFERATA,  
CLAUDIO HOISTACHER

**ROSAURA CERDEIRAS**

CECILIA ALLONA, PAOLA CABEZAS CESCATO, AIXA VIDAL,  
ANA BADILLOS, HERNÁN PÉREZ BOIANI, MIRIAM INSAUSTI,  
MARILIN OLAGORTA, SILVANA SANTERO

SEGUNDA ETAPA:

**MABEL DANIELE**

ROSAURA CERDEIRAS, GUILLERMO SCHEIBLER  
MERCEDES AVELDAÑO, ANA ELISA PASQUALINI, PABLO SEGURA

PENÚLTIMA REVISIÓN:

**MABEL DANIELE, ROSAURA CERDEIRAS**

REVISIÓN FINAL

**MABEL DANIELE**

En esta larga colaboración y trabajo grupal de un alto número de docentes universitarios que son al mismo tiempo operadores del derecho viviente,<sup>3</sup> una vez más se verifica el confronte perpetuo entre la teoría y la realidad de cada caso;<sup>4</sup> volvimos a reflexionar sobre la unidad del proceso de creación del derecho, a pesar de la diversidad de sistemas.<sup>5</sup>

<sup>3</sup>Según la distinción que explicamos, comparando diversos países y tradiciones, en *An Introduction to Law*, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003, pp. 23-5.

<sup>4</sup>*The Future of Latin America: Can the EU Help?*, Londres, Esperia, 2003, p. 149.

<sup>5</sup>Es lo desarrollado en las distintas ediciones de *Introducción al Derecho*, aquí citadas.

### 6. *El contexto histórico revisitado*

En la preparación del libro *The Future of Latin America: Can the EU Help?* pedimos comentarios y obtuvimos críticas incesantes y casi universales. Un libro vale no por lo que dice sino por los pensamientos que inspira en quien lo lee.<sup>6</sup> Enriquecieron con su crítica nuestra propia reflexión contextual: SPYRIDON FLOGAITIS, KATERINA PAPANIKOLAOU, MARGHERITA DEAN, LORIN WEISENFELD, LUIGI MANZETTI, PEDRO ENRIQUE ANDRIEU, FLORENCIA OLDEKOP, GORDON ANTHONY, PHILIP BEAUREGARD, LINN HAMMERGREN, GERHARD GUNZ, LUIS ARMANDO CARELLO, MARÍA ANGÉLICA GELLI, MARIO REJTMAN FARAH, CAROLINA FAIRSTEIN, JULIO RAFFO, IBERÉ GRIMONI, GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA, DANIEL PRIERI, HERNÁN CELORRIO, DIEGO SARCIAT, MIRTA SOTELO DE ANDREAU, CLAUDIA CAPUTI, MARÍA EVA MILJIKER, ESTELA SACRISTÁN, MARÍA FERNANDA PÉREZ SOLLA, DANIELA ALETTI, MARÍA MARTA NEUMANN, EDUARDO BAUZÁ MERCERE, DANIEL ENRIQUE BUTLOW, GASTÓN GORDILLO.<sup>7</sup>

### 7. *La metodología, siempre la metodología*

En el cap. VIII agregamos casi una decena de páginas sobre cuestiones metodológicas del proceso de creación para una nota a fallo, una tesina, una tesis, un libro, un tratado. No son cosas nuevas en mi trabajo como autor pero quizás no han sido dichas antes con la misma insistencia. De la p. 26 a la 34 del capítulo VIII hay un punto nuevo, pues, que se denomina “Enfatizando cuestiones de método.” Lo hemos distribuido antes en nuestra lista de integrantes del grupo de información que denominamos “Gordillo-2003” y ha recibido generosa recepción. Eso nos animó a incluirlo aquí. Si quiere estar en ese grupo, no tiene sino que pedirlo por mail. Obviamente, es sin cargo. De todos modos también encuentra la nueva versión en el sitio [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com) y otros.

Aún investigadores formados nos han dicho que les pareció de interés y que usar el método tradicional, a la inversa, no les daba un resultado satisfactorio. Si no está contento con el rendimiento de su esfuerzo en la producción técnica, pruebe éste, quizás su tiempo le rinda más.

### 8. *Otros agradecimientos, específicos para esta octava edición*

En esta octava edición del tomo 1 colaboraron, además de los que ya trabajaron y fueron citados en ediciones anteriores, otros colegas de antaño y hogaño. Siguen siendo más los que nos ayudan en las sucesivas ediciones, de una u otra manera; la lista va pareciendo tan infinita como nuestro reconocimiento. Agregamos o reiteramos ahora, pues, a GUILLERMO SCHEIBLER, DANIELA ALETTI, ENRIQUE LUIS SUÁREZ, GERMÁN GONZÁLEZ CAMPAÑA, MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA, MARÍA EVA MILJIKER, MARIANO RODRÍGUEZ FERRARIS.

<sup>6</sup> *An Introduction to Law, op. cit.*, p. 15.

<sup>7</sup> Expliqué con mayor detalle el grado de la activa colaboración crítica y concreta de casi todos ellos en *The Future...*, *op. cit.*, pp. 9-10.

Recordamos también a los miles de alumnos que pasaron por nuestras aulas en los años en que todavía no teníamos la suficiente humildad de reconocer públicamente su participación crítica: nadie indaga mejor en un texto que un alumno. RAMIRO ESTEVERENA y sus exámenes de los años sesenta, hechos con cuadros sinópticos propios,<sup>8</sup> SARA ABANCENS, los hermanos ALTERINI, VOCOS, GRINBERG, PEDRO EUGENIO ARAMBURU, son apenas algunos nombres rescatados del injusto olvido, por no haberlos anotado en tiempo oportuno.

En más de un caso nos honramos en grado superlativo contando entre nuestros colaboradores y amigos al hijo adulto de algún ex alumno de décadas atrás. Es un despropósito expresar el sueño de que algún día tengamos a un *nieto* de ex alumno tratando de aprender y enseñar en nuestras inmediaciones, pero de sueños también se vive y Dios ha sido siempre generoso conmigo. Pero no se lo pido de verdad a Dios ni a la vida, sólo me gusta jugar con la imaginación.

A todos ellos, nuestro también infinito agradecimiento.

*A. G.*

<sup>8</sup> Que utilicé muchos años desde la primera edición, en 1963, del libro que luego pasara a ser el tomo 3 de este tratado y finalmente dejé de utilizar, sin nunca antes de ahora haber expresado mi agradecimiento a su autor real. RAMIRO, tarde, muy tarde: gracias, muchas gracias.

## PRÓLOGO A LA SÉPTIMA EDICIÓN DEL T. 1 (2003)

Luego de las primera y segunda edición colombiana y sexta edición y primera venezolana del año 2001, participaron en la corrección de las presentes nuevas ediciones peruana y brasileña de los cuatro volúmenes:

<b>JUAN JOSÉ ALBORNOZ</b>	<b>SANTIAGO GOMEZ</b>
<b>DANIELA ALETTI</b>	<b>SANDRA IOSUE</b>
<b>MATÍAS JOSÉ ALVAREZ</b>	<b>MARÍA PAOLA IOVANNA</b>
<b>LILIANA ARALDI</b>	<b>HORACIO ENRIQUE MAIDANA</b>
<b>FERNANDO NICOLÁS BONINA</b>	<b>MARÍA EVA MILJIKER</b>
<b>CARLOS ALFREDO BOTASSI</b>	<b>ANA ELISA PASQUALINI</b>
<b>KARINA CICERO</b>	<b>RODOLFO PETER</b>
<b>LETICIA CALLA</b>	<b>MARIO REJTMAN FARAH</b>
<b>ROBERTO CASORLA YALET</b>	<b>GUILLERMO SCHEIBLER</b>
<b>MABEL DANIELE</b>	<b>LEONARDO MARCO TOIA</b>
<b>HERNÁN GARGIULO</b>	<b>SUSANA VEGA</b>
<b>ARIANA GARRIDO</b>	<b>JUAN MARTÍN VOCOS CONESA</b>

A todos ellos, nuestro más sincero agradecimiento.

*A. G.*



## PRÓLOGO A LA SEXTA EDICIÓN (2001)

### 1. *Las diversas actualizaciones*

En los últimos cinco años hemos realizado una constante revisión completa y en algún caso más de una edición, de los cuatro tomos que actualmente componen el tratado.<sup>1</sup> Con esta sexta edición del t. 1 en el año 2001, completamos un primer ciclo de reelaboración sistemática de todo el tratado más allá de que la nueva edición de cada vol. es distinta a las anteriores. En ese camino hemos realizado, con la ayuda directa o indirecta de más de medio centenar de colegas y amigos,<sup>2</sup> numerosas tareas de importancia dispar.

1º) Hemos agregado información actualizada,<sup>3</sup> 2º) eliminado material,<sup>4</sup> 3º) repensado constantemente toda nuestra concepción del derecho en general y del derecho público en particular. Lo primero se advierte más rápidamente: es fácil constatar que se citan fallos y normas hasta casi veinte días antes de la aparición de cada libro, merced al método editorial descrito en el prólogo a nuestro libro *Después de la reforma del Estado*. Algunos nos han dicho con afecto que el tratado se encuentra así “hiperactualizado.” Con todo que es un mérito importante, deseáramos que no fuera el principal: se pierde demasiado pronto.

### 2. *La concepción del derecho*

Quizás lo más importante de esta nueva reflexión de toda la obra es haber afinado enfoques que han desembocado paralelamente, en esta ocasión, en un libro llamado *Introducción al derecho*. Éste completa una trilogía con *El método en*

<sup>1</sup> El cuarto estaba desdoblado en dos en la tercera edición. Parte de su material, ahora omitido, irá eventualmente a un futuro t. 5.

<sup>2</sup> Mencionados en los distintos prólogos de cada ed. de los cuatro volúmenes.

<sup>3</sup> En la que cabe destacar muchas leyes: 25.246, 25.319, 25.390, 25.344, 25.400, 25.413, 25.414, etc., que se explican a lo largo de la obra.

<sup>4</sup> A veces hemos agregado primero y suprimido después. Así la 4ª ed. del t. 1 incluyó un cap. XVI sobre “La Convención Interamericana contra la Corrupción”, toda una novedad entonces. Posteriormente su análisis se trasladó a cada lugar del tratado en que correspondía, con lo cual en esta sexta edición ya no es más necesario aquel cap. XVI.

*Derecho*<sup>5</sup> y *La administración paralela*.<sup>6</sup> Es la búsqueda de realismo con justicia, el énfasis en los principios del derecho antes que las normas, el método antes que el dogma.

### 3. *La axiología*

Toda nuestra producción estuvo siempre signada por el objetivo de tutelar la libertad individual frente al poder. Eso no ha cambiado, pero ha producido importantes reacciones no deseadas. Así como nosotros hicimos un derecho “para el administrado” (y, en la actualidad, el usuario), otros nos han retrucado con un derecho “para la administración” (y, al parecer, el concesionario), una verdadera *contradictio in terminis*. Un derecho constituido para cohonestar el ejercicio del poder implica un retroceso en la evolución histórica.<sup>7</sup> En la Argentina, cuyo nombre fuera de nuestras fronteras no evoca siempre la libertad, debemos reconocer que ellos ganan la batalla por el poder: es que hacer un derecho para la libertad implica no *buscar* el poder, no adularlo, no servirlo ni servirse de él. Sería otra *contradictio in terminis*.<sup>8</sup>

### 4. *Algunas líneas generales de la transformación de la obra*

Hay una transformación que permea toda nuestra producción. Desde la tercera edición del presente tomo 1 hemos dividido el capítulo de “Fuentes” en dos: supranacionales y nacionales. Las primeras corresponden inicialmente al régimen supranacional y universal de los derechos humanos, que nos llevó a hacer en colaboración *Derechos Humanos*, un libro autónomo sobre esta materia y que en orden temático precede a este tratado.

1º) Ese *leit motiv* de la universalidad del régimen jurídico de los derechos humanos se ha visto acompañado de otras presencias sistemáticas: 2º) el derecho de gentes o jurisdicción universal para los crímenes de lesa humanidad (los tratados contra el genocidio, la tortura, desaparición forzada de personas, etc.), que nos ha llevado a ratificar la creación de la Corte Penal Internacional;<sup>9</sup> 3º) la lucha contra la corrupción con las convenciones interamericana e internacional de la materia, ambas instituyendo igualmente la jurisdicción extraterritorial;<sup>10</sup> 4º) los tratados de integración regional —que en la Unión Europea ya han producido el nacimiento de un *Derecho administrativo europeo*— y el paralelo crecimiento de la internacionalización del derecho; 5º) la globalización de la economía y su

<sup>5</sup>Madrid, Civitas, 1988, 3ª reimpresión 2001.

<sup>6</sup>Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimpresión 2001.

<sup>7</sup>Es el pasado, que explicamos en el cap. II, “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo.”

<sup>8</sup>Lo señala POPPER al analizar las escuelas de pensamiento y su relación con el poder y la libertad en la sociedad.

<sup>9</sup>Ley 25.390, B.O. del 23-I-01.

<sup>10</sup>Hemos aceptado expresamente la jurisdicción extranjera también como derecho interno, por el art. 279 inc. 4º del Código Penal, según la modificación de la ley 25.246, B.O. del 10-V-00.

repercusión sobre el derecho interno y externo,<sup>11</sup> incluyendo en el primer caso la notoria debilitación del Estado de Bienestar, si no en teoría<sup>12</sup> al menos sí como realidad.

### 5. *La estructura de la obra*

A pesar del cambio cualitativo y cuantitativo de los contenidos, no ha existido empero modificación sustancial en su estructura, que hemos mantenido incluyendo, en la mayor parte de los casos, hasta la numeración y titulación interna de cada capítulo y parágrafo.

La principal razón ha sido facilitar al lector que acudió a una versión anterior, hallar su análisis actualizado en una edición posterior. Es fuente de frustración permanente tratar de encontrar, en una obra nueva de cualquier autor, el lugar actual en que se encuentra tratado un tema o cuestión que uno citó de una edición anterior. Con este método el lugar de análisis de cada asunto en distintas ediciones debiera ser por regla general el mismo parágrafo, con el mismo título, aunque el contenido difiera.<sup>13</sup> Los títulos de los párrafos tienen usualmente más permanencia que la página: ella está destinada a cambiar en cada edición, aún paginando cada capítulo independientemente como hacemos nosotros para minimizar el daño.<sup>14</sup>

### 6. *Las concepciones formales*

Esta presentación de la obra, análoga exteriormente a través de sus distintas ediciones,<sup>15</sup> va acompañada asimismo de un mantenimiento de las concepciones formales con las cuales empezamos a producir, incluso antes del tratado.<sup>16</sup> No hemos visto pues necesidad o conveniencia de cambiar definiciones, clasificaciones, etc. Se lo debemos no a la tozudez sino al punto de partida que nos fuera

<sup>11</sup> El segundo aspecto se advierte en el crecimiento de los tribunales arbitrales internacionales, la justicia internacional, etc., que explicamos en el t. 2.

<sup>12</sup> Incluso parte de la legislación argentina ha progresado en los últimos años, como también lo ha hecho la jurisprudencia, en tutelas sociales *específicas*, algunas de las cuales relatamos en el cap. III, sección III. Pero sería imposible no advertir que ello ocurre en un contexto de progresivo deterioro social. Asimismo, al avance legislativo en tutelas *específicas* se contraponen el retroceso *genérico* en jubilaciones, salarios, etc.

<sup>13</sup> Hemos advertido que muchos autores lo hacen y al adoptarlo para nosotros estamos también comenzando a tratar de citar los libros ajenos no tanto por la página sino por el capítulo y parágrafo. Las obras clásicas que ya no se actualizan pues sus autores han fallecido se citan, precisamente, de este modo. Esa forma de cita sirve para cualquier edición.

<sup>14</sup> Daño a los lectores que resulta a la postre autoinfligido.

<sup>15</sup> Aunque, claro está, no siempre *exactamente* igual. Tan sólo hemos hecho un esfuerzo por mantenerlo en tanto fuera posible.

<sup>16</sup> Es el período 1962-1974, en que publicamos las primeras ediciones de los libros *Introducción al derecho administrativo* (1962), *El acto administrativo* (1963), *Procedimiento y recursos administrativos* (1964), *Empresas del Estado* (1966), *Derecho administrativo de la economía* (1967), etc.

enseñado hace más de cuarenta años y recogemos en el cap. I del t. 1,<sup>17</sup> cuyo puntual agradecimiento efectuamos en el prólogo a la cuarta edición, reproducido más abajo.

*7. Algunos agradecimientos más*

En esta 6ª edición del t. 1 hemos tenido oportunidad de beneficiarnos con críticas, ideas y sugerencias de

**ALBERTO BIANCHI**

**MARCO CAMELLI**

**EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA**

**JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ**

**ALEJANDRO NIETO**

A todos ellos, nuestro renovado agradecimiento.

*Agustín Gordillo*

<sup>17</sup>Y procuramos así retransmitir. Está por ello también incluido en nuestra ya citada *Introducción al derecho*.

## PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN (1998) Y REIMPRESIÓN (2000)

Poco queda añadir sino nuestro reconocimiento a los que colaboraron en la cuarta edición y los que lo han hecho en la quinta, como así también en el tomo 2. Entre otros **DIEGO SARCIAT**, **GREGORIO FLAX**, **GRACIELA GÚIDI**, y en especial:

**MARÍA VIRGINIA CAFFERATA**

**ROSAURA CERDEIRAS**

**ANA CUEVAS REY**

**NÉLIDA MABEL DANIELE**

**MARÍA CLAUDIA DAVERIO**

**FERNANDO M. LODEIRO MARTÍNEZ**

**O. GABRIEL SENA BERTERRETICHE**

**SUSANA ELENA VEGA**

**MARÍA ALEJANDRA VILLASUR GARCÍA**

A ese leal y fiel grupo primigenio de colaboradores, agregamos el agradecimiento a los que se incorporaron luego, sea para el tomo 1° o 2°:

**ANA PAOLA CABEZAS CESCATO**

**CAROLINA GRACIARENA**

**MIRIAM INSAUSTI**

**MARÍA LILIA OLAGORTA**

**HERNÁN PÉREZ BOIANI**

**SILVANA MARISA SANTORO**

En el tomo 3:

**DIEGO SARCIAT**  
**CECILIA MARÍA ALLONA**  
**EDUARDO FALCÓN**  
**CLAUDIO HOISTACHER**  
**MARÍA EVA MILJIKER**  
**MARÍA VALERIA MOGLIANI**  
**MIGUEL OROZ**  
**JULIÁN PRATO.**

En el tomo 4:

**ALEJANDRO ROSSI**  
**CLAUDIA CAPUTI**  
**ESTELA SACRISTÁN.**

A todos ellos y a los que aquí no menciono pero aportan igual sus ideas, muchas, muchísimas gracias.

A.G.

P.S.: Los críticos podrán legítimamente preguntarse, ¿con tantos colaboradores, cómo puede ser que siempre haya errores de tipeo? La respuesta es que la versión final la hago con *Page Maker* en la pantalla, y no puedo siempre volver con nuevas versiones a que me las re-re-relean, en el fondo o en el tipeo. En algún momento hay que ponerle fin, editar y esperar la próxima edición para pulir: que no será solamente el tipeo, lo de menos, sino la actualización y las ideas. Me salvo así de las horcas caudinas de los correctores de imprentas en cualquier editorial. Es una ventaja para mí y una desventaja para el lector, por lo que pido perdón.

Si quiere contribuir a este proceso, enhorabuena: escriba a  
**[agustin@gordillo.com](mailto:agustin@gordillo.com)**

## AGRADECIMIENTOS EN OCASIÓN DE LA CUARTA EDICIÓN (1997)

1.- En esta oportunidad deseamos hacer público un doble orden de reconocimientos: primero, a quienes nos ayudaron a preparar esta nueva edición y a algunos de quienes lo hicieron en la vida y en otros libros, y segundo a quienes nos han brindado su constante apoyo editorial. Los pensamientos que hemos utilizado de obras publicadas ya están reconocidos en las pertinentes notas de pie de página; falta completar aquí el reconocimiento a las ideas y contribuciones que nos fueran hechas en forma directa y personal.

2.- Hemos comprobado hace ya algún tiempo que la extensión de la obra escrita a través de cuatro décadas comienza a conspirar con la calidad de su actualización, al par que el tiempo y las fuerzas no siempre acompañan las necesidades que ello implica.

Siempre hemos utilizado la experiencia profesional y docente, propia y ajena, como un apoyo para la investigación, y son innumerables las cosas aprendidas en clase o en el trabajo que encontraron su destino en un libro; también son muchos los maestros y amigos que nos han hecho llegar su opinión y crítica a lo largo de estas décadas.

Algunos felices cursos de post grado nos han permitido recientemente convocar la generosa colaboración de distintos profesionales, hombres y mujeres jóvenes y maduros al mismo tiempo, para que nos ayudaran en la difícil tarea de seguir encontrando todo el material necesario para actualizar una obra. Tarea altruista como pocas. En los distintos volúmenes señalaremos puntualmente la ayuda recibida y cuando sea del caso, incorporaremos la directa autoría: así lo hemos hecho con la segunda edición de *Derechos Humanos*, en que GUILLERMO GORDO, ADELINA LOIANNI y ALEJANDRO ROSSI escribieron sendos capítulos.

Esta cuarta edición del primer tomo del *Tratado* tuvo una primera colaboración de GREGORIO FLAX, nuestro profesor adjunto en *Derecho Administrativo* y en *Derechos Humanos* en la UBA.

En una segunda etapa de revisión del tomo 1° participaron bajo nuestra coordinación profesionales de la administración, la justicia y el ámbito privado, y docentes de distintas cátedras de la Universidad de Buenos Aires, con los cuales tuve múltiples y fructíferas reuniones, recibiendo el afectuoso aporte de sus críticas y sugerencias. Vayan a ellos mis gracias renovadas y continuas, pues además están al presente trabajando conmigo en el tomo 2.

Son ellos:

**MARÍA VIRGINIA CAFFERATA**

**ROSAURA CERDEIRAS**

**ANA CUEVAS REY**

**NÉLIDA MABEL DANIELE**

**MARÍA CLAUDIA DAVERIO**

**FERNANDO M. LODEIRO MARTÍNEZ**

**O. GABRIEL SENA BERTERRETICHE**

**SUSANA ELEVA VEGA**

**MARÍA ALEJANDRA VILLASUR GARCÍA**

En una nueva revisión del presente tomo 1° ALBERTO ZUPPI, jurista del más alto prestigio internacional con cuya amistad nos honramos, nos prestó una valiosísima colaboración en los capítulos VI y XVI de esta cuarta edición: comentarios, materiales, libros, sugerencias, todo. Su siempre contagioso entusiasmo permea nuestras páginas, mas no se le culpe de nuestros yerros.

Destacamos también, para esta nueva versión del tomo 1°, a los egresados que participan de los distintos cursos de los Master de la Universidad Austral y de la Escuela de Abogados del Estado.

En el tomo 3 se encuentra trabajando, con entusiasmo y diligencia, un grupo coordinado por mí y por DIEGO SARCIAT, nuestro profesor adjunto de Derecho Administrativo en la UBA y en la Escuela de Abogados del Estado: CECILIA MARÍA ALLONA, EDUARDO FALCÓN, CLAUDIO HOISTACHER, MARÍA EVA MILJIKER, JULIÁN PRATO.

En el tomo 4, bajo la coordinación de ALEJANDRO ROSSI, nuestro profesor adjunto en el post grado de la Universidad Católica Argentina, están realizando una inestimable labor de investigación científica CLAUDIA CAPUTI y ESTELA SACRISTÁN, dos infatigables trabajadoras de especial mérito. Discutimos mucho, a veces, pero de allí surge siempre el progreso, al menos para mí.

En cuanto al pasado, resulta ya casi extemporáneo mencionar a tantos que nos han ayudado con sus sugerencias, pero quisiéramos en parte al menos corregirlo señalando que la primera mitad del capítulo I, aparecida antes como capítulo I

de *El acto administrativo*, en 1969, y sólo ligeramente corregida después de su aparición en 1974 en este *Tratado*, recibió la crítica originaria de EUGENIO BULYGIN y el siempre recordado CARLOS ALCHOURRÓN, con más la minuciosa, detalladísima revisión de GENARO CARRIÓ, que para nuestro imperecedero orgullo ennegreció esas páginas con sus correcciones. El capítulo I ha recibido sucesivos aportes en los que he agregado pero no quitado ni modificado de lo que corrigió, para mí sin límite temporal, GENARO CARRIÓ. Juristas de ese nivel nos han honrado a veces con críticas y sugerencias que fueron pivotaes: JEAN RIVERO,<sup>1</sup> RAFAEL BIELSA —nuestro primer y gran maestro—,<sup>2</sup> JUAN FRANCISCO LINARES, PIERRE PESCATORE, JULIO CUETO RÚA, CHARLES BREITEL, FELICIANO BENVENUTI,<sup>3</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,<sup>4</sup> FERNANDO GARRIDO FALLA, LUCIANO PAREJO ALFONSO,<sup>5</sup> BERNARD SCHWARTZ, H. W. R. WADE, MASSIMO SEVERO GIANNINI, ALBERTO RAMÓN REAL, WERNER GOLDSCHMIDT, ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, WALTER GELLHORN,<sup>6</sup> JOSÉ VILANOVA; institucionalmente, la Procuración del Tesoro de la Nación de la Argentina y el Consejo de Estado de Francia nos han servido de guía insustituible, al par que la experiencia en los Tribunales Administrativos del BID y del FMI.

Al comienzo de todo, tenemos una deuda de gratitud intelectual y personal con MARÍA ISABEL AZARETTO, que en la década del 60 nos advirtió de la necesidad de tener una teoría general y una filosofía jurídica antes de avanzar en una disciplina concreta, y a EDUARDO RABOSI, que socrática y peripatéticamente, con gran desprendimiento y profunda vocación docente, nos introdujo con mano segura en el difícil mundo de la filosofía y la teoría general del derecho. A ambos debo que un capítulo metodológico presida esta obra.

A JORGE SAENZ —el más excelente decano de Derecho que tuvimos, con perdón de otros amigos que también honraron dicha función— debo, a su vez, el impulso vital para escribir el libro acerca del método, que sucintamente recoge aquí el capítulo I en su segunda parte, como así también que expandiera mis inquietudes académicas a *Derechos Humanos*. Olvidá el prólogo, JORGE.

<sup>1</sup>Que, debido es decirlo, me sugirió *no* hacer un tratado y me explicó en detalle su propia y maravillosa técnica de escribir: pero no hemos podido, no podemos, imitarle. Quien lea sus dos artículos sobre el *Huron au Palais Royal* sabrá que no es un estilo, es una agudeza, irrepitible.

<sup>2</sup>Cuya familia nos ha conferido el especial honor de contribuir con nuestras apostillas a una edición de su magistral *Derecho administrativo* y a la preparación de un CD-ROM con sus Obras Completas. Es una forma emotiva de volver a reunirse en el recuerdo y en el pensamiento con quien formara nuestras ideas-fuerza centrales.

<sup>3</sup>Que al par de ofrecernos en los años 80 hablar de *La administración paralela* mirando los canales de Venecia desde un aula del Palazzo de la Universidad de la cual era entonces Rector, nos prologó y editó por Giuffrè dicho libro, por todo lo que le guardamos eterna gratitud.

<sup>4</sup>En su doble carácter de juristas y habernos cobijado en su magnífica y prestigiosa editorial Civitas S.A.

<sup>5</sup>Que siempre nos enriqueció con sus críticas y sugerencias, nos impulsó a escribir y nos editó desde el IEAL la *Teoría General del Derecho Administrativo* (Madrid, 1984).

<sup>6</sup>Quién nos halagó con, a la par, un consejo: continuar siendo un libre pensador, pensar en libertad aún en estas tierras tan calcinadas por la autoridad.

A lo largo de la vida académica y profesional, todo contacto interpersonal valioso brinda siempre enriquecimiento, tal vez recíproco, pero en todo caso seguramente nuestro; en el país cabe agregar a los antes mencionados, a JUAN CARLOS CASSAGNE, HÉCTOR A. MAIRAL, ROBERTO DROMI, RODOLFO CARLOS BARRA, JULIO RODOLFO COMADIRA, ALBERTO B. BIANCHI, —y de la “familia judicial”, entre tantos otros hombres y mujeres de derecho que la prestigian con su sapiencia, TOMÁS HUTCHINSON, GUILLERMO MUÑOZ, CARLOS GRECCO, ALEJANDRO USLENGHI, PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO, OSVALDO GUGLIELMINO—; JORGE MAIORANO, GRACIELA REIRIZ, RAFAEL BIELSA (nieto), ISMAEL FARRANDO, JORGE DOMÍNGUEZ, FLORENCIA GONZÁLEZ-OLDEKOP, RAFAEL GONZÁLEZ ARZAC; OSCAR FREIRE ROMERO, ARIEL CAPLAN,<sup>7</sup> RAFAEL CASTRO VIDELA —nuestro jefe en la Procuración del Tesoro de la Nación, **que nos enseñó a trabajar en derecho**—, RAÚL DE ZUVIRÍA Y ZAVALA —compañero de función pública en aquellos lejanos tiempos.

En el exterior EDUARDO ORTIZ, GERALDO ATALIBA y su padre ATALIBA NOGUEIRA,<sup>8</sup> ALLAN-RANDOLPH BREWER CARIAS,<sup>9</sup> CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO y su padre OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO,<sup>10</sup> YVES GAUDEMET, GÉRARD TIMSIT, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (y con él toda la vida académica española que hemos tenido el privilegio de frecuentar a través de los años, que llevaría varias páginas completar pero no por ello están ausentes), HERNÁN SÁENZ, ANTONIN SCALIA, GUGLIELMO ROEHRSEN DI CAMMERATA, LORIN WEISENFELD, CHAD FENTRESS, RODOLFO PISA ESCALANTE, NELSON SOCORRO, DANIEL HUGO MARTINS; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, SÉRGIO FERRAZ, y tantos otros amigos y colegas brasileños que ellos solos llevarían un prólogo entero: *obrigado e perdão, irmãos*.

Ni qué decir de cuánto nos brindaron MIGUEL S. MARIENHOFF y MANUEL MARÍA DIEZ, que nos permitieron el ingreso primero como adjunto y luego como titular en sus cátedras, en ocasión de su jubileo; JORGE TRISTÁN BOSCH, que fuera nuestro profesor y nos brindara siempre su invalorable apoyo, creatividad, humor, experiencia, consejos, amistad de cuatro décadas: lo consideramos una de las dos personas más inteligentes que hemos conocido y de allí puede deducirse su peso en nuestra formación.

Un lugar aparte tienen los profesores adjuntos con quienes en forma permanente trabajamos o hemos trabajado juntos recientemente en las cátedras: MARIO REJTMAN FARAH, MARTA ARCE, ALEJANDRO RUIZ SCHULZE, ROBERTO CARLOS SOLÁ,

<sup>7</sup> Debemos a CAPLAN, entre otras muchas ideas nuevas, la originalidad de su planteo de aplicar la ley de defensa del consumidor para la tutela colectiva de los usuarios de servicios públicos; aplicación que no ha sido conceptual sino *judicial*.

<sup>8</sup> A quien no conocimos sino a través de sus obras, que su hijo y fraterno amigo, hoy tampoco entre nosotros, nos entregara de su propia biblioteca en eterno fraternal gesto. También nos impulsó a escribir, hizo traducir y editar, los *Princípios Gerais de Direito Público* (Malheiros, San Pablo, 1978) en años por aquí de plomo.

<sup>9</sup> Nuestro querido amigo y editor en Venezuela.

<sup>10</sup> También fallecido hace algunos años; fue él como Rector de la PUC de San Pablo quien en 1966 nos presentara a su hijo y hoy dilecto amigo CELSO ANTÔNIO.

y los ya mencionados MARÍA ISABEL AZARETTO, DIEGO SARCIAT, ALEJANDRO ROSSI, GUILLERMO GORDO, ADELINA LOIANNI, GREGORIO FLAX. Otros asociados, adjuntos y ayudantes de décadas atrás han igualado y superado a su ex titular —lo cual ciertamente nos honra— y están ya mencionados más arriba.

La enumeración entremezclada y sin orden aparente de juristas y abogados de distinto renombre, edad,<sup>11</sup> carrera y campo de actuación puede parecer en extremo desordenada, pero es así a borbotones como nos sale, pues tampoco ha sido ordenada nuestra forma de trabajo, no al menos en el sentido usual del término.<sup>12</sup> La unidad está dada por nuestro aprendizaje de ellos. Y como en todos los casos, cada uno podrá determinar qué de sí mismo ha encontrado como propio en esta obra,<sup>13</sup> sin que pueda a nadie más que al autor imputarse los errores de todo tipo de los cuales necesariamente estará plagada, como toda obra humana.

Y desde luego, en general, debo infinitas sugerencias y críticas a los miles de alumnos y ex-alumnos del *alma mater*, la Universidad de Buenos Aires. Toda enumeración peca de corta<sup>14</sup> y pedimos excusas por ello.

A todos los demás: amigos, alumnos y colegas aquí no mencionados, cuya crítica nos sirviera durante cuatro décadas y nos la brindan al presente, sólo nos queda expresarles un tardío, anónimo e insuficiente reconocimiento genérico. Aún indeterminado, es sincero y pleno de afecto.

Muchas gracias, pues, a todos: *vous m'avez rendu ma musique*.

Quede bien en claro que con nuestra inclinación popperiana, que se la debemos a JOSÉ VILANOVA, agradecemos las críticas y del mismo modo tratamos de brindarlas, aunque algunos consideren una *crítica* que seamos *críticos*. Es, otra vez, una cuestión de teoría del conocimiento, sobre la cual también sobrevolamos en el capítulo I.

3.- Luego de la tercera edición en 1995 de este primer tomo, publicamos en 1996 la segunda edición (y en 1997 su reimpresión) de *Derechos Humanos*, libro introductorio al presente y *Después de la reforma del Estado*, complementario. Los publicamos por la Fundación de Derecho Administrativo y dado su carácter recíprocamente integrador, hemos resuelto editar también el tratado por la Fundación, con formato y tapas semejantes.

No ha sido una decisión fácil, pues nuestro editor nacional desde 1966 ha sido sin pausa ni desfallecimiento, y aún durante los tiempos difíciles, Don RAÚL MACCHI —a través de Ediciones Macchi o Macchi Grupo Editor S.A.—, fiel

<sup>11</sup> Y algunos de ellos ya ausentes.

<sup>12</sup> Y es otra vez el libro *El método en derecho* el que puede brindar la clave al lector curioso.

<sup>13</sup> Pues se pueden y *deben* citar los trabajos ajenos *publicados*, qué duda cabe, pero es difícil citar los buenos consejos recibidos a lo largo de la vida.

<sup>14</sup> Pues cabe también agradecer, elíptica pero no falsamente, a quienes otrora me hostigaran (y de allí mi resistencia a unirme a la lapidación de otros, que quizás lo merezcan, pero no de mis manos), pues por los infinitos senderos de la vida me llevaron —sin exilio— a querer explorar, aprender y escribir, y también enseñar, allende las fronteras que hoy ya no existen.

y querido amigo al cual no tenemos sino palabras de agradecimiento que expresarle, aquí públicamente. Don RAÚL MACCHI, Ediciones Macchi y Macchi Grupo Editor S.A. nos han acompañado en todo momento, desde los dos primeros libros que con él editamos en 1966, con esfuerzo, dedicación, bonhomía, simpatía y pleno respeto por nuestros deseos, absoluta y total honestidad, eficiencia en la distribución, éxito en la venta, etc. No se interprete esta mención como olvido del fundamental primer impulso que nos brindara en 1962 y 1963 la Editorial de don Emilio Perrot y luego Abeledo—Perrot, a los cuales brindamos nuestro afectuoso recuerdo. *El primer libro, jamás se olvida.*

Puede parecer así un poco incomprensible que un autor deje para una obra como ésta a un editor y viejo amigo de tantos méritos, para pasar a la edición de una pequeña Fundación. Una primera razón es hedonista: el puro *hobby*, el puro placer de hacerlo. Otra razón ha de verse en el deseo de hacer ediciones de tirada pequeña y antieconómica, que permitan prontamente agotarlas para hacer una nueva: el cambio que se produce hoy en día en el derecho administrativo vigente y viviente es demasiado rápido como para poder recogerlo oportunamente si no es del modo expuesto.

4.- Un último reconocimiento lo copiamos de otro autor: agradecemos a nuestra PC y al procesador de palabras, que con su numeración automática de párrafos y funciones de reordenamiento automático ha cambiado para siempre el arte de escribir. Puede parecer cómico, pero es muy serio.

A.G.

## PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN (1995)

1. Esta tercera edición del tomo 1 del *Tratado* tiene todavía mucho de lo que fueron la primera y segunda edición, en 1962 y 1966, de nuestra *Introducción al derecho administrativo*, con más sus concomitantes o posteriores *Estudios de derecho administrativo* (1963), *El acto administrativo* (1963 y 1969), *Procedimiento y recursos administrativos* (1964 y 1971), *Empresas del Estado* (1966), *Derecho administrativo de la economía* (1966), *Derecho administrativo de la planificación* (Bogotá, 1967), *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio* (México y Buenos Aires, 1973), *Princípios gerais de direito público* (San Pablo, 1978), *Introducción al derecho de la planificación* (Caracas, 1981). En ese estadio de nuestra formación llegamos a la primera edición, desde 1974 a 1982, del presente *Tratado de derecho administrativo*.

2. Hacia el final de ese período fuimos desgranando introspecciones y estudios separados, especialmente *Problemas del control de la administración pública en América Latina* (Madrid, 1981), *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo* (Madrid, 1982 y en versión italiana, Milán, 1987; reimpresión española, Madrid, 1995), *Participation in Latin America* (Nueva York, 1982), *Teoría general del derecho administrativo* (Madrid, 1984), *El método en derecho* (Madrid, 1988 y 1995), *Derechos humanos* (1990 y 1992).

3. A partir del cambio económico mundial que comienza en la década del 80 y se entroniza en la Argentina con la reforma del Estado en 1989, comenzamos luego a publicar, en el extranjero y en el país, diversos estudios aislados: era una realidad diferente, y normas distintas, a las que dieron basamento a la primigenia construcción del *Tratado de derecho administrativo*. Escribimos un libro sobre *La reforma del Estado* que no vio la luz por las incesantes modificaciones fácticas y normativas. Una segunda edición del tomo 1 en 1994, por lo expuesto, todavía no desarrollaba el cambio, aunque lo anunciaba; ya se veían los primeros efectos del actual orden mundial, y así fue como incorporamos lo que

habíamos adelantado en 1990:<sup>1</sup> la supranacionalidad operativa de los tratados, particularmente los de derechos humanos.

4. La Constitución de 1994 ha receptado muchas de las ideas que antes de ella expusimos en este *Tratado*, no porque se siguiera nuestro criterio, sino porque eran ideas ya divulgadas por otros, cuyo tiempo finalmente había llegado. Simultáneamente, las políticas económicas mundiales y nacionales de hoy se tornan ya demasiado notorias como para no incluirlas en un tratamiento sistemático de las bases y algunas instituciones del derecho administrativo. Ello, unido a las reflexiones que en estos años fuimos desgranando en trabajos sueltos, éditos o inéditos, lleva por fin, casi con naturalidad y sin esfuerzo, a una reformulación integral de la obra.

5. En la segunda edición del tomo 1, en 1994, habíamos sumado al capítulo I largas páginas tomadas de *El método en derecho*; agregamos en ese momento las funciones públicas no estatales, desarrollamos el principio de razonabilidad, etc. y suprimimos algunos de los anexos destinados a la enseñanza.

Ahora todo el primer volumen está rehecho, con capítulos nuevos y la eliminación integral de los aspectos destinados a la enseñanza,<sup>2</sup> ya tratados en los referidos libros *El método en derecho* y *Derechos Humanos*. En el segundo caso, su contenido resulta parte inseparable del estudio del derecho administrativo: su diferenciación en dos materias en los planes de estudio es, como tantas veces, la débil razón práctica de no juntar ambas temáticas en una sola obra.

*Derechos Humanos*, por lo tanto, debe considerarse como una introducción temática y metodológica a este *Tratado*. En cuanto al segundo volumen hemos trabajado simultáneamente en él para adaptarlo a la realidad y normativa actual, aunque tardará algo más en aparecer. Podemos adelantar, para los amables lectores de nuestra anterior producción, que hemos resuelto abandonar la supresión de la noción de servicio público que propusimos cuando todos ellos estaban en manos del Estado, y retornar a la definición que dimos en 1962.<sup>3</sup> Treinta y tres años no es nada.

6. En esta tercera edición del primer volumen lo más distintivo de lo que se ha modificado respecto de la segunda es la introducción de la época de crisis y cambio económico, social y político de fines del siglo XX: el déficit y endeuda-

<sup>1</sup> En nuestro artículo *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, La Ley, 17 de abril de 1990, reproducido en el citado libro *Derechos Humanos*, 1990 y 1992. La Corte Suprema comenzó a evolucionar en la materia a partir de 1992 con el caso *Ekmekdjian* (7-VII-92), en cuyo considerando 18 se reconoce la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno, y luego con los casos *Fibracca* (7-VII-93), *Hagelin* (22-XII-93), *Cafés La Virginia* (10-X-94), *Giroldi* (7-IV-95). Ver al respecto BOGGIANO, ANTONIO, *Introducción al derecho internacional*, La Ley, Buenos Aires, 1995. Luego el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución dispuso que "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

<sup>2</sup> Incluidos los gráficos, que nos parecieron ya anticuados en la época de los *multimedia*.

<sup>3</sup> "Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos," *LL*, 106: 1187, Buenos Aires, 1962, reproducido en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963.

miento externo y estructural y sus consecuencias; el control del poder económico; la explicación de la fractura del poder estatal que crea la nueva Constitución y cómo es ello una de las bases del derecho administrativo de hoy; desde luego el ajuste general a la actual constitución, legislación y realidad. También hemos reformulado el capítulo de fuentes, ahora dividido en dos a la luz del orden internacional y la Constitución vigentes. Hemos agregado un capítulo sobre los contratos administrativos en la realidad económica de estos tiempos, y otro sobre los entes reguladores constitucionalmente encargados de su control.

Ya sobre el filo del inicio del siglo XXI, hemos querido intentar ubicarnos en él, no esperar a que nos sorprendiera. Admitimos que es una pretensión no exenta de vanidad, pero son tantos los seminarios y congresos en que el tema ha sido tratado que ya casi parece inevitable hacerlo.<sup>4</sup>

A.G.

<sup>4</sup>Nuestras conferencias y artículos “Panorama actual del derecho administrativo argentino,” en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXXII, enero-junio de 1991, n° 1-2, Montevideo, Uruguay, 1991, pp. 18-36; “Las tendencias actuales del derecho. El derecho administrativo a fin de siglo,” en el libro de JOSÉ LUIS SOBERANES (compilador) *Las tendencias actuales del Derecho*, UNAM y Fondo de Cultura Económica, México, 1994, pp. 185-217; “El estado actual del derecho administrativo,” *RDA*, 14: 315, Depalma, Buenos Aires, 1994; “La emergencia administrativa argentina de 1989-1992,” en el *Libro de Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, San José, ed. Colegio Santo Tomás de Aquino, 1993; “Tendencias del derecho administrativo,” *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 3: 90, Barranquilla, Colombia, 1994; “1995-2095, cien años de derecho. Derecho administrativo,” *Revista Jurídica de Cataluña*, en prensa, 1995. En cualquier caso, ya en la edición de 1974 escribimos un cap. sobre el “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” que aquí hemos debido reformular; por lo demás, ya en 1978 habíamos vuelto sobre el tema con “Presente y futuro del derecho administrativo en Latinoamérica,” en el libro del INSTITUTO INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO LATINO, *El derecho administrativo en Latinoamérica*, Santafé de Bogotá, p. 24 y ss.



## PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN (1974)

1. Agotadas la mayor parte de nuestras obras (*Introducción al derecho administrativo*, 1ª ed. 1962, 2ª ed. 1966; *Estudios de derecho administrativo*, 1963; *El acto administrativo*, 1ª ed. 1963, 2ª ed. 1969; *Empresas del estado*, 1966; *Derecho administrativo de la planificación*, 1966; *Derecho administrativo de la economía*, 1967) y con pocas aun en circulación (*Procedimientos y recursos administrativos*, 1ª ed. 1964, 2ª ed. 1971; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, 1973), nos pareció oportuno encarar la realización de una obra general, que por una parte reuniera, ordenara y sistematizara todo el material disperso y/o agotado, y por otro acometiera la tarea de la construcción de un sistema institucional completo<sup>1</sup> y coherente. Al decidir la realización de un “tratado” tuvimos reservas, a no dudarlo; si bien resolvimos encararlo, por la necesidad de ordenamiento sistemático de nuestra obra, quisimos con todo introducirle algunas particularidades.

2. La primera ha sido tratar de apartarnos del carácter academicista y enciclopédico que a veces afecta a obras de esta naturaleza. La obra está programada en tomos independientes y separables, que en su conjunto configuran el tratado pero que tienen individualidad propia y pueden también ser concebidos como libros autónomos, cada uno sobre el tema pertinente (*Parte general* tomos. I

<sup>1</sup>La extensión de la obra es inevitable, y sigue los pasos que marcaron en nuestro país los tratados de RAFAEL BIELSA, MANUEL M. DIEZ Y MIGUEL S. MARIENHOFF, como así también VILLEGAS BASAVILBASO. Ello nos obliga a reflexionar públicamente una vez más sobre la necesidad de dividir la disciplina, en su estudio dentro de las Facultades de Derecho, para que la formación del abogado sea acorde a los tiempos. Estudiar en una materia “Contratos Civiles” y pretender relegar a algunas bolillas a “*Contratos Administrativos*”, y hacer lo mismo con los “Derechos Reales” y “*Dominio Público*”; “Derecho Procesal” y “*Derecho procesal administrativo*,” etc., es seguir enfatizando la formación clásica, cada vez más inadecuada frente a una realidad en que la intervención del Estado es creciente. Quienes enseñamos o hemos enseñado Derecho Administrativo sabemos de lo poco que puede transmitirse o pedirle al alumno, cuando la materia está establecida oficialmente en sólo uno o dos cursos. Una materia completa, así, resulta imposible enseñarla o estudiarla en ese encuadre, y profesores y alumnos se ven forzados a optar entre algunas de las posibilidades temáticas, y estudiar en consecuencia sólo algunos de los temas que la disciplina abarca, dejando el resto para el aprendizaje efectuado luego en la profesión. Aun los manuales toman conciencia de esta circunstancia, y omiten numerosos temas de la materia, por no haber otra forma de resolver ese problema práctico.

y II; *Acto administrativo*, t. III; *Organización económica y administrativa del Estado*, t. IV; *Contratos administrativos*, t. V; *Procedimiento administrativo*, t. VI; *Derecho procesal administrativo*, t. VII). El tratamiento de los temas ha prescindido casi siempre de la descripción de “teorías” diversas, y se ha centrado en el análisis razonado de los diversos problemas de la disciplina.

3. Asimismo hemos incorporado una tónica eminentemente práctica a la obra, comenzando por la inclusión —cuestionable quizá para muchos— de un capítulo sobre el procedimiento administrativo en la práctica, dentro del segundo tomo de la parte general; siguiendo por la inclusión de algunos fallos seleccionados, de las principales leyes atinentes a cada punto tratado, de una metodología para el análisis y solución de casos prácticos, etcétera. En los tomos pertinentes incorporamos materiales de carácter práctico: en el tomo de acto administrativo, ejemplos de acto administrativo y casos prácticos de vicios y nulidades; en el tomo de procedimiento administrativo, ejemplos de expedientes administrativos y de recursos administrativos; en el tomo de contratos, ejemplos de contratos administrativos, y así sucesivamente. El título de la obra podría llevar así una aclaración, a modo de subtítulo, que indicara: *Doctrina, casos y materiales*; además de la legislación y jurisprudencia de rigor.

Sin perjuicio de esta inclusión de casos prácticos y materiales de derecho administrativo dentro del tratado, para equilibrar el posible carácter “doctrinario” de una obra de tal título y extensión, hemos pensado publicar en forma separada una obra complementaria de la presente, dedicada exclusivamente a estos aspectos de la disciplina, combinando por un lado los casos prácticos (un poco al estilo de los libros de *Praktische Rechtsfälle* alemanes), y por otro los materiales (al estilo de los *Cases and Materials* norteamericanos). Todo este conjunto de información práctica, habitualmente relegada en la formación tradicional a los libros que estudiantes y profesionales adquieren y utilizan pero no reconocen como “científicos”, lo queremos colocar así no en paridad de tratamiento pero al menos igualmente a la vista del estudioso. Queremos así también contribuir a despejar un posible énfasis teórico que la presentación de un tratado podría sugerir, pero que por nuestra parte hemos intentado evitar.

Enero de 1974

A.A.G.

## Capítulo I

# EL MÉTODO EN DERECHO<sup>1</sup>

### I. Las cuestiones fundamentales

#### 1. *La necesidad de una metodología*

No es conducente adentrarse a estudiar la teoría y el régimen de la actividad administrativa sin tener una teoría general del derecho y del derecho administrativo,<sup>2</sup> o previa explicación de al menos algunos de los elementos de metodología del conocimiento y de teoría general del derecho de los cuales el autor parte: De lo contrario resulta más difícil, o a veces imposible, desentrañar el por qué de las diferencias luego puntuales entre diversas obras.<sup>3</sup> La omisión de explicitar tales principios elementales puede llevar a discusiones inútiles en las que se

<sup>1</sup>Ampliar en nuestras publicaciones *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Madrid, Civitas, 1988 y 4ª reimpresión 2001; “El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas,” *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998; nuestras glosas a NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003; *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007 y también en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com); *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003; *Une introduction au Droit*, iguales datos. Puede también ser útil, para el contexto, *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003.

<sup>2</sup>Esta observación nos fue proporcionada personalmente por MARÍA ISABEL AZARETTO a comienzos de la década del 60 en el siglo XX, quien además hizo una acción práctica para solucionarla: nos contactó con EDUARDO RABOSI, quien nos tomara peripatéticamente como alumno *full time* durante dos semanas, transmitiéndonos los primeros elementos indispensables, que están en el presente capítulo; éste habría de recibir, en una de sus primeras versiones, la corrección detallada de GENARO CARRIÓ. Sobre ellos hemos continuado construyendo posteriormente. Además de las obras citadas en la nota anterior ver también nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984. Hicimos algunas salvedades empíricas en *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982 y 3ª reimpresión 2001 y *L’amministrazione parallela. Il «parasistema» giuridico-amministrativo*, Introducción de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987, a las que nos remitimos.

<sup>3</sup>Ver el análisis del “caso de los exploradores de cavernas” que publicamos en nuestro libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed., anexo III al cap. III (pp. III-39); igualmente en los casos “el deber de no fumar en público,” anexo I al cap. IX (pp. IX-12), *Cine Callao*, anexo al cap. VIII (p. VIII-39), *E.,F.E.*, cap. IV, caso I (p. IV-1).

hacen jugar argumentos de supuesto valor científico-administrativo, cuando en realidad se trata de argumentos al margen de toda ciencia.<sup>4</sup> En este primer cap. y sus referencias, entonces, retomaremos algunos aspectos de teoría general que a nuestro juicio es indispensable tener presente en el estudio de la materia, y señalaremos los presupuestos metodológicos del resto de la obra.<sup>5</sup>

La falta de metodología y filosofía lleva a graves contradicciones —y esto es lo menos grave—, como sostener que pueda ser titular de derechos quien no es sujeto de derecho —el pueblo, del dominio público—; que a una institución no corresponda denotarla o definirla por su naturaleza —el dominio público—, pero a otra sí —el servicio público—; que se pueda tener personalidad jurídica pero no patrimonio —los entes autárquicos. También lleva a inventar falsos problemas de lenguaje como supuesta solución a problemas jurídicos, como creer que se puede mutar una institución por el sólo artilugio de cambiarle de designación (en vez de actos de gobierno o actos no justiciables, “actos institucionales” o “actos constitucionales”),<sup>6</sup> etc. Es aquella orfandad ideológica la que lleva a estos desaguizados menores pasando por los dogmas mayores que se han inventado para el poder. Es ser consejero y asesor del soberano: el mal consejero que le dirá que es derecho todo lo que al príncipe le plazca.

Sin un punto de partida claro acerca de qué es una definición en derecho, cuál es la relación de las palabras o designaciones que se utilizan en el mundo, qué son y para qué sirven las clasificaciones, qué es eso de la “naturaleza” o la “esencia” de una institución jurídica, sólo se puede escribir una obra logomáquica, es decir, una obra dedicada a la lucha de palabras. Debemos también advertir que en ningún tema de derecho es tan fundamental aclarar estos principios de metodología de la ciencia como en el derecho administrativo, pues allí la lucha de palabras en ocasiones desborda los límites corrientes. En efecto, además de los problemas clásicos de valoración económica o social, pesa demasiado el problema, político–arquitectónico y coyuntural, del poder y la autoridad frente a la libertad.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Esto sin entrar a la discusión de si el derecho es o no una ciencia.

<sup>5</sup> Este enfoque no era común en las obras de derecho administrativo anteriores a nuestra 1ª ed. de 1974 y su predecesor *El acto administrativo*, 1969, 2ª ed., salvo las advertencias de BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. IX y ss. y cap. único, § 3. Posteriormente los autores argentinos tienden a explicitar su filosofía, metodología o axiología. Un precursor fue JUAN FRANCISCO LINARES, *Los Sistemas Dogmáticos en el Derecho Administrativo*, FDA, Buenos Aires, 1984. Otros casos destacados son BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, caps. I a IV; *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Principios*. Fuentes, Buenos Aires, Ábaco, 2002, caps. I a VI; COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “Concepción cristiana del Estado de Derecho,” *ED*, 129: 923. Comp. DROMI, ROBERTO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, 5ª ed., caps. I a III. En otras obras clásicas no se encuentra ese enfoque: MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1974, etc.

<sup>6</sup> O a la inversa insistir en terminología antigua que ni siquiera utiliza la propia ley que comentan, como explicamos *infra*, cap. IV, p. 7, nota 15.

<sup>7</sup> Al respecto nos remitimos al cap. III; en igual sentido BOLANOS, *op. loc. cit.*

## 2. *Qué es el derecho*

### 2.1. *Ciencia de problemas*

Una primera cuestión es si el derecho consiste o no en reglas generales.<sup>8</sup> Tomemos partido rápidamente y adelantamos al lector al desarrollo que luego sigue: No se pretenda hallar la “certeza” de la “verdadera” solución “indiscutible” de un caso de derecho; “los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia.” (POPPER.)<sup>9</sup> No hay reglas, hay casos individuales y concretos; como dice GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>10</sup> y le siguen aquí este autor y otros,<sup>11</sup> “la Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una Ciencia de problemas singulares y concretos.”

Hay que aprender a convivir con la incertidumbre creadora, con la angustia de buscar siempre una solución más justa o mejor, que será a su vez constantemente provisional, a semejanza de la imperfección del ser humano: es una característica humana. Recuerda CARDOZO que en sus primeros años “Buscaba la certeza. Estaba oprimido y desalentado cuando encontraba que la búsqueda de ella era fútil,” pero con el tiempo “Me he reconciliado con la incertidumbre, porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en sus más altos niveles no es descubrimiento, sino creación y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos, son parte del trabajo de la mente.”<sup>12</sup> Esto es lo fundamental, aprender a convivir con la incertidumbre y a cuestionar la certeza.<sup>13</sup> Siempre, intentar conocer los hechos.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Son las tres etapas del pensamiento universal: 1ª) ARISTÓTELES y su supuesto de que hay posibilidad de hallar *ex ante* la naturaleza o esencia de las cosas (qué es la justicia, la verdad, la belleza, el hombre) y a partir de allí deducir su aplicación al caso particular (método axiomático-deductivo, o apodíctico-deductivo, o conceptual-deductivo, etc.); 2ª) el empirismo (LOCKE, HUME, etc.), en que es a través de la repetición de una solución individual en muchos casos concretos que se puede inducir la regla general, para luego deducir su aplicación al caso particular: así BIELSA decía que el derecho administrativo tenía el método inductivo-deductivo. 3ª) El actual momento se inicia con POPPER, al cual nos remitimos en este cap. No sería acertado llamarlo, como algunos lo hacen, método hipotético deductivo, porque la hipótesis es siempre singular en el caso del derecho y no existe lugar a deducción alguna a partir de ella. Ver VILANOVA, JOSÉ y otros, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, FDA, 1985.

<sup>9</sup> POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 261.

<sup>10</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, en su prólogo a VIEHWEQ THEODOR, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1964, p. 12, reproducido en su libro *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1996, reimpresión, p.76.

<sup>11</sup> BOLAÑOS, MARCELO, “Fundamentos de la responsabilidad del Estado en el marco de la reforma administrativa.” *ED*, 187: 950, 951 y notas 3 y 4, año 2000, donde señala a su vez las fuentes.

<sup>12</sup> CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale UP, 1952, p. 166.

<sup>13</sup> BUNGE reconoce dos características de la ciencia: a) Falibilidad; b) No es autosuficiente, no puede operar en el vacío de los conocimientos sino que requiere algún conocimiento previo que pueda luego reajustarse y elaborarse. BUNGE, MARIO, *La ciencia. Su método y su filosofía*, Buenos Aires, Editorial De Bolsillo, 2005, pp. 21-48. También en internet, con errores de transcripción, en [www.philosophia.cl/Escuela de Filosofía Universidad ARCIS](http://www.philosophia.cl/Escuela de Filosofía Universidad ARCIS).

<sup>14</sup> En el caso del derecho, el más importante conocimiento previo que resulta indispensable tener es el de los hechos del caso, como explicaremos a lo largo de este cap.; “El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas,” *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998.

No hay reglas, hay casos. Dicho de otra manera, la única regla es que no hay ninguna regla. O si no, en una tercera forma de desmitificar la “regla,” dice CARDOZO,<sup>15</sup> “Después de todo, hay pocas reglas: hay principalmente estándares y grados,” esto es, grandes principios.<sup>16</sup> Son los hechos, a la luz de los grandes juicios de valor del derecho, los que dan la solución del caso.<sup>17</sup> Ni siquiera un caso “igual” anterior “soluciona” el siguiente; no sólo porque “la corroboración no es un valor veritativo,”<sup>18</sup> sino porque habrá por lo menos un tiempo distinto, una persona diferente, un espacio diverso, etc.<sup>19</sup>

## 2.2. Principios, no “conceptos”

JHERING<sup>20</sup> ataca diversas complejidades de la “jurisprudencia de conceptos” de los romanistas de su época (SAVIGNY, PUCHTA y otros) y les imputa no adecuarse a la realidad: prevalecen en ella, según JHERING, los conceptos por sobre los hechos.<sup>21</sup> No se trata de negar la existencia y vigencia de *principios* de derecho,<sup>22</sup> muy al contrario, pero ellos nada tienen que ver con la construcción del derecho a base de “conceptos,” en la crítica de JHERING. Se los critica en tanto se pretenda que son reglas para deducir axiomáticamente consecuencias. Se trabaja en cambio, al analizar los hechos de cada caso, con una orientación axiológica e interpretativa, con los grandes principios del derecho.<sup>23</sup> El más importante es el

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 161.

<sup>16</sup> LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 7.

<sup>17</sup> Ver el excelente fallo *The Scotch Whisky Association*, CNFed. Civ. y Com., Sala II, LL, 2000-C, 696. El magistral análisis fáctico y valorativo (para más, con un toque de *sense of humour*) del cons. IV, no deja lugar a dudas de cuál es la *única* solución *justa* y razonable. Los completos fundamentos normativos de los cons. VI y VII no hacen sino confirmarlo. Hechos, valoración, normas, son las tres etapas metodológicas del análisis jurídico.

<sup>18</sup> POPPER, KARL: ver las referencias *infra*, nota 2.1.

<sup>19</sup> CARRIÓ, GENARO. *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 32-33, § G; p. 34, § K. En otro sentido dice LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires, EUDEBA, 1964, p. 12, que “Las reglas cambian mientras son aplicadas;” ROMBAUER, MARJORIE D., *Legal Problem Solving. Analysis, Research and Writing*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. 328; COHEN, FÉLIX S., *El método funcional en el derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 122.

<sup>20</sup> *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, traducido como *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, subtítulo *Ridendo dicere verum*, Madrid, Civitas, 1987.

<sup>21</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, *Los Sistemas Dogmáticos en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1984, pp. 28 y 44, recuerda a PUCHTA, pandectista: “Sólo el conocimiento sistemático del derecho es completo. Si consideramos al derecho mero agregado de reglas jurídicas, no podremos jamás estar seguros de habernos apropiado de la totalidad de su complejidad.” Es lo que sostuvo también SAVIGNY diciendo que los sistemas jurídicos reobran sobre sí mismos y se autoalteran. De ese tipo de pensamiento se aparta JHERING; su antecedente más remoto puede encontrarse en CICERÓN, quien se apartó así de las versiones dominantes del derecho romano.

<sup>22</sup> Esos *standards* a que se refiere CARDOZO en la cita que acabamos de hacer más arriba.

<sup>23</sup> Que nadie niega, ni tampoco SAVIGNY. Ver, entre otros, PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del «acervo comunitario»,” *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones...*, *op. cit.*; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Elementos de Direito Administrativo*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 229 y ss. y ediciones posteriores; ATALIBA, GERALDO, *Constituição e República*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 14.

debido proceso legal<sup>24</sup> tanto en su parte sustantiva o garantía de razonabilidad,<sup>25</sup> proporcionalidad,<sup>26</sup> sustento fáctico suficiente,<sup>27</sup> como en su carácter adjetivo o procedimental. También se lo enuncia como justicia y equidad, no como valores *sublegales* sino *supralegales*. Es la tendencia que se impone y es así como tratados interamericanos agregan la *eficacia y eficiencia* y reiteran la *equidad*, siempre con carácter supralegal.<sup>28</sup> A todos ellos cabe agregar un plexo de principios de origen antiguo pero en constante reelaboración: buena fe,<sup>29</sup> confianza legítima<sup>30</sup> (con su remoto antecedente directo de la *breach of confidence* o *breach of faith*),<sup>31</sup> imparcialidad,<sup>32</sup> audiencia previa,<sup>33</sup> desviación de poder,<sup>34</sup> discrecionalidad cero o única solución justa,<sup>35</sup> seguridad jurídica,<sup>36</sup> cláusula *rebus sic stantibus*,<sup>37</sup> etc. La

<sup>24</sup> LORD DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, Butterworths, 1980; *The Discipline of Law*, op. cit.; NOWAK, JOHN E.; ROTUNDA, RONALD D. y YOUNG, J. NELSON, *Constitutional Law*, Minnesota, West, 1986, 3ª ed., caps. 11, p. 331 y ss., y 13, p. 451 y ss., y el mayor desarrollo de su *Treatise on Constitutional Law: Substance and Procedure*, St. Paul, West, 1986; SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, Boston y Toronto, Little, Brown and Company, 1984, 2ª ed., cap. 6, p. 271 y ss., y 7, p. 343 y ss.; PERELMAN, CHAÏM, *Le raisonnable et le déraisonnable en Droit, Au-delà du positivisme juridique*, París, LGDJ, 1984. La obra clásica en derecho argentino es la de JUAN FRANCISCO LINARES, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1970, 2ª ed.

<sup>25</sup> Es, también, el principio de justicia natural. CRAIG, PAUL P., *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 4ª ed., parte 2, cap. 13, p. 401 y ss. WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1982, 5ª ed., p. 353 y ss., cap. 13 ("Natural Justice and Legal Justice," p. 413 y ss.), p. 421 y ss. ("Judicial and Administrative Impartiality"), etc.

<sup>26</sup> BRAIBANT, GUY, "Le principe de proportionnalité," en *Mélanges Waline*, París, 1974, p. 297 y ss.; GERAPETRITIS, GEORGE, *Proportionality in Administrative Law. Judicial Review in France, Greece, England and in the European Community*, Atenas, Sakkoulas, 1997.

<sup>27</sup> LETOURNEUR, "El control de los hechos por el Consejo de Estado Francés," *RAP*, 7: 221 (Madrid); GOLDENBERG, LEO, *Le Conseil d'Etat juge du fait*, París, Dalloz, 1932, p. 192.

<sup>28</sup> Ver nuestro art. "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091.

<sup>29</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999, 3ª ed.; WIEACKER, FRANZ, *El principio general de buena fe*, Madrid, Civitas, 1977; PICOT, F., *La bonne foi en droit public*, Basilea, 1977.

<sup>30</sup> CRAIG, op. cit., cap. 19, § 1 y 2, p. 611 y ss.; BLANKE, HERMANN-JOSEF, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000; PREVEDOUROU, EUGENIE, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Atenas, Sakkoulas, 1998; PUISOCHET, J. P., "Vous avez dit confiance légitime," *Mélanges Guy Braibant*, París, Dalloz, 1996, p. 581; MAINKA, J., *Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht*, Bonn, Röhrscheid, 1963; MUCKEL, ST., *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990.

<sup>31</sup> Tanto en el derecho romano como luego en el derecho canónico y anglosajón: MARTÍNEZ-TORRÓN, JAVIER, *Derecho anglonorteamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la "common law"*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 45, 61, 75.

<sup>32</sup> *Infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., cap. IX, §13.

<sup>33</sup> *Infra*, t. 2, op. cit., cap. XI y cap. IX, § 10.

<sup>34</sup> *Infra*, cap. X, § 15.3; t. 3, *El acto administrativo*, op. cit., cap. IX, § 6.

<sup>35</sup> *Infra*, cap. X, § 15; t. 3, op. cit., cap. IX, § 8; t. 3, cap. VI, nota 162.

<sup>36</sup> PACTAU, BERNARD, "La sécurité juridique, un principe qui nous manque?," *AJDA*, París, 1995, p. 151; nuestro art. "La seguridad jurídica y la emergencia," en AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, coord., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 369-74.

<sup>37</sup> KÖBLER, RALF, *Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Mohr, 1991.

razonabilidad, racionalidad,<sup>38</sup> proporcionalidad, adecuación de medio a fin, etc., en las distintas terminologías de los distintos derechos, son principios universales y antiguos. Entre sus múltiples aplicaciones encontramos, en derecho penal, todo el desarrollo sobre el exceso en la legítima defensa.<sup>39</sup> La razonabilidad aparece igualmente en derecho civil, comercial, internacional, procesal, etc.

### 2.3 Debido proceso legal y derecho soviético. Derecho natural

La fuerza de estos principios y en particular del debido proceso legal con todo lo que ello implica (razonabilidad, proporcionalidad, *fairness*, etc.), se destaca con una famosa frase del Juez JACKSON, en la Corte Suprema de Estados Unidos, en plena guerra fría, en 1952. Dijo JACKSON que si tuviera que elegir entre las leyes del *common law* aplicadas por procedimientos soviéticos, o leyes soviéticas aplicadas por el *due process of law*, no dudaría un instante en elegir lo segundo. WADE recuerda y enfatiza esta cita,<sup>40</sup> pues ella muestra que lo más importante en el derecho son estos grandes principios, estándares o valores. No son “reglas” de las que se pueda deducir conclusiones por un razonamiento lógico, son formas de comprender y hacer funcionar el derecho para que sea justo. En otra forma de expresarlo dice CUETO RÚA, “El juez se ve siempre obligado a decidir entre normas e interpretaciones contradictorias y tal decisión importa un proceso valorativo previo sobre el que se funda la selección *en función de los hechos del caso*.”<sup>41</sup> Desde otra perspectiva, es una de las formulaciones de la justicia natural; sus raíces vienen del derecho natural, sea en sus vertientes religiosas o laicas.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Sin perjuicio del análisis particularizado que hacemos en el tomo 3 de la arbitrariedad o irracionalidad como vicios del acto administrativo, para un enfoque más general nos remitimos a “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Rap, 2009; versión inglesa en “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>39</sup> CPenal, art. 34, inc. 6°; SOLER, SEBASTIÁN, *Tratado de derecho penal argentino*, t. I, Buenos Aires, TEA, pp. 359-61 y 365; JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, t. 4, Buenos Aires, Losada, 4ª ed., pp. 26, 127, 235. Uniforme. Más aun, el derecho penal pareciera construido enfatizando variantes del mismo principio fundamental de todo el derecho. Ver p. ej. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, p. 584, racionalidad de la legítima defensa, o proporcionalidad (pp. 586-7); proporcionalidad mínima, pp. 123-4; infima lesividad, intrascendencia o trascendencia mínima, p. 124; insignificancia, bagatela, trivialidad, afectación insignificante del bien jurídico, pp. 471-2; standard mínimo de previsibilidad, p. 530; deber de cuidado, p. 529 y de informarse debidamente, p. 532; temeridad, p. 529; actuar sin precaución, p. 528, etc.

<sup>40</sup> J. JACKSON, en *Shaughnessy v. United States*, 345 U.S. 206 (1953), citado por WADE, *Administrative Law*, op. cit., cap. 13, p. 414.

<sup>41</sup> CUETO RÚA, JULIO C., *El “common law”*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 64, nota 27.

<sup>42</sup> BOLAÑOS, op. loc. cit. y sus referencias. Las primeras son desde luego muy fuertes. Cabe incluir en ellas el muy importante desarrollo respectivo del pensamiento católico, cristiano y protestante. Ver STARCK, CHRISTIAN, “The Religious Origins of Public Law,” *European Review of Public Law*, vol. 10, n° 3, Londres, Esperia Publications Ltd., 1998, p. 621 y ss.; “Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten,” 1997, 31, *Essener Gespräche*, 5 a 30; “Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l’Union Européenne et ses États membres,” en JORGE MIRANDA, editor, *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 737-68.

## 2.4 Los conceptos y los hechos

JHERING señaló el exceso de SAVIGNY de construir el derecho en base a conceptos sin partir y centrarse siempre en los hechos del caso. “Mi obra *El fin en el derecho* tiene por única finalidad *poner de relieve la concepción práctica del derecho* frente a la jurídica formal y la filosófica-apriorística; para ello, se fijó el objetivo de *poner al descubierto por doquier los motivos prácticos de las instituciones y reglas jurídicas.*”<sup>43</sup> Esta obra se inscribe también en esa orientación.

Crítica a SAVIGNY, p. ej. en el tema de la posesión, por “construir una institución jurídica [...] *prescindiendo en absoluto de su valor práctico, basándose exclusivamente en las fuentes y en el concepto.*”<sup>44</sup> Dice además JHERING que “La aplicación de la *usucapio* a un objeto incorporal como lo es la *Hereditas* presupone una madurez y virtuosidad de abstracción jurídica inimaginables en tiempos primitivos. [...] Para que un jurista llegara a la idea de extender el concepto de usucapión de los objetos perceptibles por los sentidos al objeto simplemente imaginado, basado en la pura abstracción,” etc.<sup>45</sup> “Me da vértigo sumirme en esa literatura y cuanto más leo, más me confundo, a tal punto que *cuando tengo que juzgar un caso práctico, sólo puedo resolverlo olvidándome por completo de todo lo que he leído y oído.*”<sup>46</sup> Luego dedica más dardos a la definición de servidumbre, la compra de la esperanza, el derecho prendario sobre la esperanza, etc.<sup>47</sup>

Según JHERING, es propio de SAVIGNY explorar al máximo *los conceptos de derecho*; afirma que es propio de él explorar al máximo *los hechos*. En otra forma de expresarlo, se abandona hoy en día la “jurisprudencia (filosofía) de conceptos” y se supera la “jurisprudencia (filosofía) de intereses,” postulándose una filosofía o jurisprudencia de problemas.<sup>48</sup> Aunque algunos autores quieran ubicar a JHERING en el pasado, sigue tan vigente como siempre y por cierto no se encuentra sólo, aunque no sea la forma dominante de exponer el derecho.<sup>49</sup>

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 43: El destacado es nuestro. En sentido análogo, con distintos ejemplos, pp. 45, 46, 47, 53, 54, 55 (!), 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 72 (!), 79-80, 81, 87 nota 2, 88, 92, 102-3, 104, 105, 107, 109, 129-133 (en que ataca otras formas de *usucapión* de derechos, demostrando la fragilidad del instituto de la *usucapión* de derechos y no cosas); 149-180 (un derecho procesal romano para el poderoso y otro para el débil); 222, 247-54, 267, 269, 271, 272, 273, 274, 278, 279, 284, 286-7. Su origen puede remontarse a CICERÓN y el pretor romano: Ver WATSON, ALLAN, *The Spirit of Roman Law*, Atenas y Londres, The University of Georgia Press, 1995, apéndice A, “Cicero the Outsider,” pp. 195-200, esp. pp. 197-9.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 219. El énfasis es nuestro.

<sup>45</sup> P. 136 y nota 18: son páginas imperdibles, hasta la 145; pp. 245-51.

<sup>46</sup> P. 42. El destacado es nuestro. Igual expresión hemos oído de más de un distinguido magistrado en diversos países del derecho continental europeo. Ver nuestra *Introducción al Derecho*, *op. cit.* y nuestras glosas a NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, *op. cit.*

<sup>47</sup> P. 47.

<sup>48</sup> Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones...*, *op. cit.*, recordando la evolución alemana del siglo XX.

<sup>49</sup> Entre tantos otros, COLOMBO recuerda que “CALAMANDREI nos hablaba de la «fundamentación intuitiva» de las sentencias, por obra de la cual el juez forma su convicción sobre la base de los hechos y luego busca en algunos casos, hasta forzosamente, las normas en las cuales subsumir tales hechos”: COLOMBO, CARLOS J., “La ley y los hechos,” *LL*, 18-IV-01, p. 1.

## 2.5 Common law y *derecho continental europeo*<sup>50</sup>

Quienes se acercan al derecho suelen tener una de dos grandes vertientes: *a)* los que principalmente lo practican o ejercen, como abogados litigantes o magistrados judiciales (y también funcionarios de la administración); *b)* los que principalmente lo enseñan y publican libros, tratados o manuales para la divulgación, la enseñanza, etc.<sup>51</sup> Dado que una y otra ocupación suelen ser en muchos países, aunque definitivamente no en todos, *full time*, no es frecuente que haya personas que tengan *al mismo tiempo*, sin vivencia de contradicción, *ambas* experiencias. Esa distinción ocupacional hace que los primeros presten importancia central a los *hechos* del caso, relegando momentáneamente a un lugar secundario la *doctrina* de los libros. Los segundos, dedicados en mayor medida a las grandes líneas del régimen jurídico, suelen prestar mayor atención inicial a los conceptos, definiciones, clasificaciones, comparaciones, etc. Llamémosles respectivamente ocupación *a)* y ocupación *b)*.

Para resolver un problema concreto —ocupación *a)*— hace falta, *antes* de empezar, *haber estudiado y seguir estudiando las obras de los segundos*. Pero al entrar al caso, los hechos son el 98% del problema.<sup>52</sup> Resuelta la percepción valorativa sobre los hechos, en base al *previo conocimiento del derecho* por quienes lo escriben —ocupación *b)*— queda una cuestión de técnica jurídica, de vinculación y adecuación de la solución provisoria a *b)*, o de redacción de la solución *a)* en base al conocimiento de *b)*.

Puede ocurrir que alguien se dedique tanto a lo primero, que descuide lo segundo. Allí dictará sentencias *contra jus*, antijurídicas. Puede ocurrir también, a la inversa, que alguien se dedique tanto a lo segundo que descuide o ignore lo primero. Entonces escribirá obras abstractas, sin contacto con la realidad,<sup>53</sup> potencialmente inútiles. Obviamente, en ambos casos no se trata sino de una exageración. También puede ocurrir que existan simples *preferencias* por una u otra cosa. Hay quienes consideran que culturas jurídicas enteras podrían calificarse de este modo, contraponiendo p. ej. “el espíritu teórico alemán” al “empirismo” y “pragmatismo francés;” o el “empirismo anglosajón” y el carácter “sistemático” del derecho continental europeo. La gran diferencia es que en *a)* se pinta o expone más el *problema*; en *b)* se pinta o expone más la búsqueda de un posible *sistema* que lo englobe. *Lo que no cambia es que el problema o caso de derecho se trabaja igual en todos los países del mundo, sea cual fuere el sistema*

<sup>50</sup> SCHWARTZ, BERNARD, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, 1954; FLOGAÏTIS, SPYRIDON, *Administrative Law et Droit Administratif*, prefacio de JEAN RIVERO, París, L.G.D.J., 1986; VÉLEZ GARCÍA, JORGE, *Los dos sistemas del derecho administrativo. Ensayo de derecho público comparado*, Santa Fé de Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1994; CUETO RÚA, *op. cit.*

<sup>51</sup> Distinción que insinúa GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones...*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>52</sup> Según la tradición oral, lo habría dicho WERNER GOLDSCHMIDT en la Procuración del Tesoro de la Nación.

<sup>53</sup> Como le critica JHERING acerbamente a SAVIGNY.

*jurídico*. Lo que cambian son los libros, que en un mundo explican principalmente los grandes principios y en particular los casos y problemas y en el otro explican más el posible sistema, las reglas, las normas, las definiciones, clasificaciones, comparaciones, tendencia y evolución histórica, conceptos, etc.<sup>54</sup> En cada país, de todos modos, conviven el mundo (a) —los que practican el derecho— y el mundo (b) —los que escriben y enseñan derecho. Reunidos quienes practican el derecho, de países del *common law* y del derecho continental europeo, coincidirán en que sus experiencias son análogas. Reunidos, de ambos sistemas, quienes escriben y enseñan derecho, encuentran las coincidencias entre los grandes principios de uno y otro, aunque una gran dispersión terminológica. *Los grandes principios y la experiencia de la resolución de casos, esos dos puntos son universales. Es una sólo experiencia, un sólo método de resolver casos y problemas, una sólo filosofía.*

### 2.6 *El derecho en los tribunales internacionales*

Los tribunales internacionales<sup>55</sup> son los que mejor ejemplifican el criterio de CARDOZO. Su integración por jueces de distintas nacionalidades impide que cada uno invoque o aplique su propio derecho nacional. Las reglas internacionales, por su parte, son pocas y muy generales. En la solución de los casos juegan pues un rol claro y distintivo los grandes principios jurídicos en que los jueces puedan coincidir a pesar de su distinta formación y nacionalidad y la percepción de los hechos del caso.<sup>56</sup> Lo mismo ocurre con los tribunales europeos de derechos humanos (Estrasburgo) y de justicia (Luxemburgo), con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José), los tribunales arbitrales internacionales, la Corte Internacional de Justicia (La Haya). Puesto que sus pronunciamientos son superiores y obligatorios para las jurisdicciones nacionales, parece necesario entender su método.

### 3. *Aceptación de la incertidumbre*

Antiguamente los inductivistas<sup>57</sup> concebían el conocimiento científico como un conocimiento verdadero y cierto a partir de la observación de un cierto número de hechos particulares, de los cuales se derivaban reglas generales. Se contraponen el refutacionismo, con su máximo exponente KARL POPPER que desarrolló la con-

<sup>54</sup> Este tratado también analiza dichos temas con esta perspectiva.

<sup>55</sup> *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XVI.

<sup>56</sup> Por lo demás, es infrecuente que se violen frontalmente normas jurídicas existentes; la mayor parte de los casos tiene que ver con la alegada o posible arbitrariedad, indefensión, discriminación, etc., con que la norma ha sido aplicada al caso. Ver también FLOGAITIS, SPYRIDON, “The General Principles of Law in the Jurisprudence of the United Nations Administrative Tribunal,” en prensa en el libro de homenaje a SABINO CASSESE. Nuestro conocimiento empírico tiene su origen en haber presidido los tribunales administrativos del BID y la OEA, e integrar actualmente los tribunales administrativos del FMI, la OIT, la ONU y la OEDP.

<sup>57</sup> H. REICHENBACH, R. CARNAP, C. HEMPEL, entre otros.

cepción hipotética o conjetural de la ciencia. Sostiene éste que la ciencia supone no adorar “el ídolo de la certidumbre [...] la adoración de este ídolo reprime la audacia y pone en peligro el rigor y la integridad de nuestras constataciones. La opinión equivocada de la ciencia se detalla en su pretensión de tener razón: pues lo que hace al hombre de ciencia no es su *posesión* del conocimiento, de la verdad irrefutable, sino su *indagación* de la verdad [realidad] persistente y temerariamente crítica.”<sup>58</sup>

“La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien [...] la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas;” “en la lógica de la ciencia que he bosquejado es posible evitar el empleo de los conceptos de verdadero y falso: [...] no es menester que digamos que una teoría es falsa, sino solamente que la contradice cierto conjunto de enunciados básicos aceptados.”

“Por consiguiente, la corroboración no es un «valor veritativo».”

Trasladado al plano vital, en palabras de VIDAL PERDOMO, “Esta búsqueda difícil desalienta, en ocasiones, a ciertos espíritus más dispuestos a las cosas determinadas y fijas, pero estimula enormemente a quienes gustan de las renovaciones y aman, si así pudiera decirse, la aventura intelectual.”<sup>59</sup>

#### 4. *La lucha contra el poder*

##### 4.1 *Al servicio del poder*

La falta de metodología y de aceptación de la incertidumbre que es la única regla de toda ciencia lleva también a la búsqueda de la falsa certidumbre de justificar siempre y de cualquier manera el poder.<sup>60</sup>

Es la racionalidad irracional del poder ilimitado, sin frenos, sin fracturas, sin fisuras. Invocando la sólo “autoridad” de la pura afirmación dogmática se puede llegar a que se tomen en cada ocasión las teorías de los derechos comparados que en ese momento están al servicio del poder, o lo estuvieron antes, como el “acto institucional” de las dictaduras brasileñas, la “reserva de la administración” de

<sup>58</sup> POPPER, *Unended Quest*, Londres, Open Court, 1976; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, Londres, Routledge, 1991; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1967; *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, pp. 260-61; *Popper Selections*, textos seleccionados por DAVID MILLER, Princeton University Press, Nueva Jersey, Princeton, 1985, p. 97, etc. También es fundamental su obra *La sociedad abierta y sus enemigos*, con ediciones en todo el mundo. Aún sin fundarse en POPPER, muchos juristas adoptan su criterio básico y así por ejemplo relata RIVERO, JEAN, *Páginas de derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 2002, p. 114, que HAURIOU pasó su vida cuestionando su propio pensamiento. Jamás creyó que la adhesión dada por él a una tesis fuera suficiente para que ella fuera cierta: Si al reexaminarla la consideraba falsa, le retiraba su adhesión diciendo por qué consideraba haberse equivocado.

<sup>59</sup> VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 10ª ed., p. 8.

<sup>60</sup> Les parece más seguro, siempre, el poder económico o político del momento.

la Constitución francesa de 1958, etc., o que se sigan irreflexivamente los autores que mejor diserten a favor del poder, los ideólogos del poder administrador ilimitado.

#### 4.2. *La búsqueda del poder incondicionado*

Esas afirmaciones —aun de buena fe— dogmáticas y erradas no son casuales ni objetivamente inocentes; proveen al lector y al intérprete de dos alimentos fundamentales: uno, la *certeza que no existe en la ciencia*; dos, el *servicio al poder de turno*. Dos consejos —o decisiones si de un Juez se trata— de un MAQUIAVELO con ropas modernas.<sup>61</sup> De allí el éxito irrefrenable que siempre tienen, aun desafiando la razón, *o precisamente por ello*. Si ante la evidencia constitucional de que la asignación de recursos solo proviene del Congreso y el Ejecutivo mal puede entonces crear un ente estatal para que los gaste sin disposición legislativa, un autor que sostuvo con énfasis que las entidades autárquicas podían crearse por decreto volcó la balanza del poder; luego casi toda la doctrina y todo el poder dijeron e hicieron lo mismo, aunque nadie pudo encontrarlo escrito en la Constitución. Sus ideas fueron “mayoría” doctrinaria, “ganaron” la discusión.

Tuvo que ser el duro pavimento de la insolvencia del Estado, el default ya acaecido y el nuevo riesgo inminente de *default*, el que pusiera freno empírico a ese desvarío de dispendio estatal y tuvo el Congreso que reafirmar, por ley, que ello le está *prohibido* al Poder Ejecutivo. Pero luego el propio Congreso tuvo épocas caracterizadas por el dictado de leyes inconstitucionales o económicamente irracionales.<sup>62</sup>

El fundamento de tales tesisuras es *la búsqueda de lo incondicionado, de verdades y certezas eternas en la defensa del poder del momento*. Es la misma búsqueda que tenía COMTE, justamente llamado “sociólogo de la prehistoria,” de leyes eternas e inmutables, exactamente lo contrario de la filosofía de POPPER en la que aquí nos basamos. Esas normas eternas e inmutables, que COMTE plasmó en las normas de acción y reacción, también han encontrado recepción doctrinaria local en la misma fuente en que se nutren los ideólogos del poder, los inocentes o culpables maquiavelos de hoy y de mañana.

Lo verdaderamente impresionante es el éxito de estas concepciones autoritarias. Cambia la Constitución, cambia el orden internacional, cambia el sometimiento del país a los tratados internacionales de derechos humanos, pero ellos siguen citando las mismas fuentes de antaño o leyendo las normas de hoy con los parámetros de esas doctrinas autoritarias del pasado.

<sup>61</sup>De todas maneras, cabe tener presente que varias obras hacen una revalorización de MAQUIAVELO, dando lugar a complejos interrogantes: MAJUL, LUIS, “Una clase magistral de política y negocios,” *El cronista*, 24 de febrero de 2009, p. 14, quien ve un proyecto de poder económico permanente, similar al ruso.

<sup>62</sup>Nuestros ya citados arts. “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional;” “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality.”

### 4.3. Un “derecho” legitimador del poder absoluto

Cuando se llega a decir que el decreto suple a la ley ya se ha recorrido el camino en que se desconocen y violan los arts. 29, 36, 42, 43, 75 inc. 22, 76, 99 inc. 3, de la Constitución;<sup>63</sup> se incumplen los pactos y tratados internacionales de derechos humanos; se desafía a los órganos supranacionales de aplicación; se viola o tolera que se viole la Convención Interamericana Contra la Corrupción, se desconocen los derechos del usuario al ente de contralor independiente previsto en el art. 42 de la Constitución, etc.

Si eso va a ser el resultado del “derecho” y la “doctrina,” no hace falta tener régimen jurídico ni tribunales. Es el dilema que planteó JACKSON.

El derecho administrativo es derecho constitucional y político, es lucha contra el poder —cualquier poder— en la defensa de los derechos de los individuos y asociaciones de individuos,<sup>64</sup> es la aventura de pensar. Si se quiere hacer un *derecho de la administración*, un derecho legitimador del ejercicio del poder, entonces se está renunciando a hacer derecho.<sup>65</sup> Todo es allí el poder, los corretores del poder, la influencia, la corrupción. Pero ello es retroceder ocho siglos en la historia, hasta *antes* de la Carta Magna de 1215. Es cuando el Rey JAMES I o luego CARLOS I sostuvieron que era traición sostener que el Rey estaba bajo la ley. LORD BRACON dijo entonces “*The King is under no man, but under God and the law*” (*Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et Lege*).<sup>66</sup> Carlos I sostuvo en su juicio que la corte no tenía competencia para juzgarlo. Fue sentenciado a muerte.<sup>67</sup>

## 5. Lenguaje, método y derecho administrativo

### 5.1. El lenguaje del poder incondicionado

Por lo antes expuesto, el derecho administrativo está plagado de peligrosos usos emotivos y políticos del lenguaje. Así ocurre a veces con expresiones y “conceptos” “jurídicos” (poder de policía,<sup>68</sup> actos de gobierno o no justiciables, potestad

<sup>63</sup> Ver GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed., t. I, art. 36, pp. 505-14; art. 42, pp. 529-604; art. 43, pp. 604-664; t. II, art. 75 inc. 22, pp. 217-234; art. 76, pp. 260-79; art. 99 inc. 3º, pp. 365-385.

<sup>64</sup> También el derecho civil: LORENZETTI, RICARDO LUIS, *Las notas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, cap. III, “El derecho privado como límite del poder.” En rigor, todo el derecho bien entendido debe ser una limitación al poder del Estado o de los monopolios o grandes concentradores de poder.

<sup>65</sup> Ya se está allí en dirección a BONNARD, ROGER, *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-sociale*, París, L.G.D.J., 1939, 2ª ed. Ver también CORNE, PETER HOWARD, *Foreign Investment in China. The Administrative Legal System*, Hong Kong, Hong Kong UP, 1996: todo es *guanxi*, relaciones.

<sup>66</sup> Ver LORD DENNING, *What Next in the Law*, Londres, Butterwoths, 1989, p. 6.

<sup>67</sup> LORD DENNING, *op. loc. cit.*

<sup>68</sup> Lo censuramos en “La crisis de la noción de poder de policía,” *Revista Argentina de Ciencia Política*, 1962, n° 2; *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963; *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. V; “Policía y poder de policía,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41. La expresión invoca el poder incondicionado.

reglamentaria, decreto, etc.<sup>69</sup>), como dijo GENARO R. CARRIÓ respecto de la idea de poder constituyente originario: “en realidad todo se origina en el carácter ambiguo de la palabra «poder» y en su uso híbrido [...] A veces esta palabra quiera decir «potestad» (atribución, competencia, facultad, capacidad, jurisdicción, autorización, etc.) y, otras veces, según el contexto, quiere decir «fuerza» (potencia, poderío, dominio, dominación, etc.)” “De allí hay un solo paso a afirmar que el sujeto o entidad en cuestión tiene las atribuciones porque dispone de la fuerza.”<sup>70</sup> Como señala el mismo autor, habría que indagar una respuesta de alcance general que explicara el porqué de estos asertos;<sup>71</sup> puede tratarse, como él mismo lo dice, “de una tendencia irreprimible de la razón: la búsqueda de lo incondicionado.”<sup>72</sup> Ello se aprecia en los conceptos del derecho público y privado: Vemos que la polémica SAVIGNY—VON JHERING tiene aun hoy vigencia.<sup>73</sup>

## 5.2. Las “Leyes” que no son leyes

Del mismo modo, cabe dudar si es que es posible corregir, en el lenguaje de los abogados, algunos resabios autoritarios de los gobiernos de facto: la entonces terminología oficial de llamar “Ley” a lo que no eran sino decretos-leyes.<sup>74</sup> Restaurada la democracia y condenada por el art. 36 de la Constitución la teoría de los gobiernos de facto, no es jurídica ni políticamente admisible seguir llamando “leyes” a lo que de ello tuvo solamente el nombre oficial. Es imprescindible pues, ya que de Derecho hablamos, denominar correctamente como decreto-ley a las así llamadas leyes emitidas en los períodos 1966-1973 y 1976-1983. Como se advierte, es mucho lo que resta por hacer para llegar a un derecho administrativo constitucional, liberal, democrático. La idea de fuerza y autoridad sin límite permea todas sus capas lingüísticas, todos sus estratos conceptuales.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> Asimismo, expresiones como bien común o interés público. Al respecto, ver MANASSERO, NATALIA, “Se activa el Poder Judicial,” *LL, Supl. Adm.*, junio 2008, p. 28.

<sup>70</sup> CARRIÓ, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 50-51. JUAN FRANCISCO LINARES, *Los sistemas dogmáticos*, *op. cit.*, pp. 43-4, consideraba que “el derecho es también valoración jurídica según la constelación de valores coordinados por el de justicia: orden, seguridad, paz, poder, cooperación, solidaridad. La verdad de las valoraciones jurídicas salvo en casos paradigmáticos, es opinable y cambiante a lo largo de la historia por ser una verdad múltiple, un ‘mejor’ y ‘un peor’.”

<sup>71</sup> CARRIÓ, *op. ult. cit.*, p. 56, los llama “desafueros lingüísticos semejantes perpetrados por teóricos del derecho.” Como se advierte, es la misma distinción entre teóricos y practicantes que sugiere GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones...*, *op. cit.*, p. 77. Otro antecedente es JHERING, *Bromas...*, *op. loc. cit.*

<sup>72</sup> *Op. ult. cit.*, p. 57.

<sup>73</sup> Lo explicamos en *Introducción al derecho*, *op.cit.*

<sup>74</sup> Lo dijimos en *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 447-8; “Análisis crítico de la ley de desarrollo,” *Rev. de Legislación Argentina*, 2: 88, Buenos Aires, 1966.

<sup>75</sup> Ver GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.59/72? Un debate epistolar y generacional,” *LL, Sup. Adm.*, octubre de 2006, pp. 69-73; MILJIKER, MARÍA EVA, “¿Ley 19.549 o Decreto-Ley 19.549/72? Un debate lingüístico y filosófico,” en *LL, Sup. Adm.*, 2006 (diciembre), 59-61; YACOVINO, CECILIA, “Otra mirada sobre el debate Gordillo-Campolieti,” *RPA*, 2007-1: 83; “De la crisis del poder al poder de la crisis,” *RPA*, 2005-1: 99; DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza,” *RPA*, 2007-1: 90.

A pesar de que los órganos internacionales de aplicación de los tratados que nos comprometen nos lo recuerdan, acá pretendemos ignorarlo. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que “Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.*”<sup>76</sup> En igual sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo y debe ser congruente con el orden jurídico interno.”<sup>77</sup>

La Corte Interamericana define como ley “la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, *emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes,*”<sup>78</sup> pues “El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables;”<sup>79</sup> *es la legislatura electa y no otra la que tiene la potestad legislativa.*<sup>80</sup>

Sin embargo, nuestro viejo caciquismo se resiste a admitir que la ley debe emanar del Congreso y no puede emanar, bajo ninguna forma, del Poder Ejecutivo. Se importan principios del constitucionalismo francés del ‘58,<sup>81</sup> que nada tienen que ver con nuestra Constitución de origen estadounidense,<sup>82</sup> ni con el sistema de principios y valores de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esos

<sup>76</sup> Párrafo 22 de la OC 6/96, en OEA, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1996, Washington, DC, 1997, p. 65; la bastardilla es nuestra. Conviene adelantar que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana son de obligatoria aplicación en el derecho interno, como lo tiene resuelto la CSJN en *Giroldi* en Fallos 318: 514 (1995); LL, 1995-D, 462. Lo hemos explicado en nuestra nota “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales,” *RAP*, 215: 151 (Buenos Aires, 1996), p. 151 y ss. El criterio ha sido reiterado en *Bramajo*, Fallos 319: 1840, cons. octavo y en *Arce*, LL, 1997-F, 697.

<sup>77</sup> *Op. ult. cit.*, párrafo 62, p. 65; el destacado es nuestro. Ver la aclaración de la nota anterior.

<sup>78</sup> Opinión Consultiva n° 6, párrafos 23 y 32.

<sup>79</sup> Opinión Consultiva n° 8, párrafo 24.

<sup>80</sup> Opinión Consultiva n° 8, párrafos 22 y 23, reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la CIDH, FAPPANO, OSCAR LUJÁN, Informe 36/96, párrafo 31, p. 197 del Informe de la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: el principio de la buena fe nos obliga a cumplir con lo mismo en el plano interno y externo y *nos obliga* en el plano interno e internacional.

<sup>81</sup> Básicamente, el enunciado del supuesto carácter limitado y taxativo de los poderes del Congreso, lo que contradice el principio de los poderes implícitos del Congreso, consagrado expresamente en el art. 75 inc. 32 de la Constitución.

<sup>82</sup> Aunque muchas de sus cosas las hemos caricaturizado, como el presidencialismo. Ver nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina*, RPA, 2006-2: 59-102; de libre acceso en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), *Serie de Estudios*.

puntos de vista locales, para los que es axiológicamente indiferente quién emite la norma general (o, incluso, prefieren la norma administrativa a la legislativa) pueden coincidir con la sociología del poder público en la Argentina,<sup>83</sup> pero se contraponen a su derecho público.

### 5.3. *El uso común del lenguaje*

Como expresa HOSPERS<sup>84</sup> las palabras no son más que rótulos de las cosas: ponemos rótulos a las cosas para hablar de ellas y por ende las palabras no tienen más relación con las cosas, que la que tienen los rótulos de las botellas con las botellas mismas. “Cualquier rótulo es conveniente, en la medida en que nos pongamos de acuerdo acerca de él y lo usemos de manera consecuente. La botella contendrá exactamente la misma sustancia aunque peguemos en ella un rótulo distinto, así como la cosa sería la misma aunque usemos una palabra diferente para designarla.”<sup>85</sup>

El lenguaje no sería utilizable si no hubiera algunos acuerdos convencionales sobre qué rótulos poner a qué cosas: hay, por ello, un uso común o convencional de las palabras. Pero ese uso común sirve de poco en el lenguaje científico, pues generalmente carece de suficiente precisión, estando afectado de vaguedad y ambigüedad, es decir que frecuentemente una misma palabra puede ser utilizada en una gran diversidad de sentidos y que quienes la emplean no siempre están conscientes de cuál es el sentido en que la están utilizando en el momento, ni cuál el sentido en que la está utilizando su contendiente en la disputa.<sup>86</sup> El uso común no sólo se emplea en el lenguaje ordinario, sino también en el llamado lenguaje técnico o científico.

#### 5.3.1. *La textura abierta del lenguaje*

Es imposible superar esa dificultad, pues el lenguaje natural tiene como siempre textura abierta: no puede lograrse precisión en las definiciones, palabras o símbo-

<sup>83</sup> Máxime, cuando los gobiernos deciden invocar la emergencia y con ello crear más emergencia aún. Ver PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional,” *LL*, 2006-A, 872; “La postergación institucional,” *LL, Supl. Adm.*, Octubre del 2006, pp. 1-15 Ya antes había dicho MAIRAL que “cuanto más desordenado es un gobierno, más emergencias crea y, por ende, más poderes tiene.” MAIRAL, “El impacto de la crisis económica en el derecho,” *Doctrina Pública*, XXVI-2, pp. 239-245; “La degradación del derecho público argentino”, en SCHEIBLER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia -IV-*, Buenos Aires, FDA, 2005, pp.17-32; DIANA, NICOLÁS, y BONINA, NICOLÁS, “Los superpoderes al Jefe de Gabinete,” *LL, Suplemento Actualidad*, 27 de julio de 2006, p. 1; nuestros arts. “El Estado de Derecho en estado de emergencia”, *LL*, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64; “La seguridad jurídica y la emergencia,” en AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, coord., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 369-74.

<sup>84</sup> HOSPERS, JOHN, *Introducción al análisis filosófico*, t. I, Buenos Aires, Macchi, 1965, cap. I.

<sup>85</sup> HOSPERS, *op. cit.*, p. 22; ROSS, ALF, *Tú-Tú*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 32 y *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, pp. 109-10.

<sup>86</sup> CARRIÓ, *Notas...*, *op. cit.*, pp. 23-35, 67-69.

los,<sup>87</sup> a menos que construyamos un lenguaje artificial.<sup>88</sup> Eso es lo que han hecho las ciencias exactas y eso es lo que hasta ahora no puede hacer el derecho: En consecuencia, no puede lograr la precisión que caracteriza a las llamadas ciencias exactas.<sup>89</sup> En cualquier caso, la aplicación de la lógica simbólica<sup>90</sup> al derecho<sup>91</sup> permite evitar razonamientos inválidos,<sup>92</sup> pero no soluciona el problema de la imprecisión del lenguaje y de los términos jurídicos de que se parte,<sup>93</sup> ni tampoco su uso emotivo. Tampoco soluciona, desde luego, los problemas axiológicos que es indispensable tener en cuenta en la interpretación y aplicación del derecho.<sup>94</sup> No ha logrado estar a la altura de las esperanzas que en ella se tuvieron.

Dicho en las palabras de POPPER, “En la ciencia, cuidamos de que las aseveraciones que hagamos nunca dependan del significado de nuestros términos [...] Es por ello que nuestros términos nos dan tan pocos problemas. No los recargamos. Tratamos de asignarles tan poco peso como sea posible. No tomamos su «significado» demasiado seriamente. Estamos siempre conscientes de que nuestros términos son un poco imprecisos (dado que hemos aprendido a usarlos solamente en aplicaciones prácticas) y llegamos a la precisión no reduciendo su penumbra de vaguedad, sino más bien manteniéndonos bien dentro de ésta.”<sup>95</sup>

### 5.3.2. *El uso común y la libertad de estipulación*

No existe ninguna obligación de atenerse al uso común, pero “cuando *empleamos* una palabra de manera distinta al uso común, debemos informar a nuestros oyentes acerca del significado que le damos. Inversamente, cuando no informamos a nuestros oyentes del sentido en el que estamos usando las palabras, ellos tienen todo el derecho a considerar que las estamos usando en su sentido convencional;

<sup>87</sup> HOSPERS, *op. cit.*, pp. 48-58.

<sup>88</sup> Ampliar en HART, H. L. A., *Derecho y moral*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 24 y ss.; COPI, IRVING M. y GOULD, JAMES A., *Contemporary Readings in Logical Theory*, Nueva York, 1967, p. 93 y ss.; ROSS, ALF, *op. ult. cit.*, pp. 110-111.

<sup>89</sup> CARRIÓ, *Notas...*, *op. cit.*, pp. 37-39.

<sup>90</sup> Ver BLANCHÉ, ROBERTO, *Introduction à la logique contemporaine*, París, 1957, p. 14; AGAZZI, EVANDIO, *La lógica simbólica*, Barcelona, 1967, p. 151 y ss.; COPI, IRVING M. y GOULD, JAMES A., *Contemporary Readings in Logical Theory*, *op. cit.*

<sup>91</sup> Puede verse KLUG, ULRICH, *Lógica jurídica*, Caracas, 1961, p. 41 y ss.; WEINBERGER, OTA, *Rechts-logic*, Nueva York, Viena, 1970, p. 189 y ss.

<sup>92</sup> Dice AYER, ALFRED JULES, *Lenguaje, verdad y lógica*, Buenos Aires, 1965, p. 77, que “la introducción de símbolos que denotan construcciones lógicas es un artificio que nos permite enunciar proposiciones complicadas acerca de los elementos de dichas construcciones, en una forma relativamente simple.”

<sup>93</sup> En sentido similar HART, *op. cit.*, p. 31; desde luego, la lógica simbólica tiene con todo claras ventajas: BLANCHÉ, *op. cit.*, p. 15 y ss. Comp. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3ª ed., pp. 332-33.

<sup>94</sup> Explicamos algunos de ellos *infra*, cap. III, “Bases políticas, supra constitucionales y sociales del derecho administrativo.”

<sup>95</sup> POPPER, KARL, *Popper Selections*, textos seleccionados por DAVID MILLER, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1985, p. 97; POPPER, KARL L., *La lógica de la investigación científica*, *op. cit.*, pp. 260-261; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism*, *op. cit.*; *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, *op. cit.*; *Unended Quest*, *op. cit.*, etc.

en otras palabras, que seguimos el uso común.” Dicho de otra manera: “Cualquiera puede usar el ruido que le plazca para referirse a cualquier cosa, con tal de que aclare qué es lo que designa el ruido en cuestión.”<sup>96</sup>

Claro está, no siempre es conveniente apartarse del uso común, pues se corre el riesgo de no ser entendido o ser mal interpretado. La regla de la libertad de estipulación ha de tener aplicación, principalmente, en los casos en que: *a)* no haya una palabra para aquello de lo cual se quiere hablar; *b)* aquello de lo que se quiere hablar *ya tiene* una palabra que lo representa adecuadamente, pero el uso común utiliza *otra* palabra para designarlo y esta última induce a confusión, es oscura, o lleva a conclusiones sin fundamento; *c)* el caso más importante en que es recomendable apartarse del uso común es cuando la palabra empleada convencionalmente tiene “tal vaguedad e imprecisión que resulta insatisfactorio continuar usando esa palabra siguiendo el uso común.”<sup>97</sup>

En tal caso, si “consideramos que es una fuente constante de confusión continuar empleando una palabra de acuerdo con el uso común, podemos tratar de hacer una de dos cosas: 1) abandonar la palabra totalmente;<sup>98</sup> o 2) continuar usando la misma palabra *pero tratar de purificarla usándola en algún sentido especial y más limitado, por lo general restringiéndola arbitrariamente a alguna parte específica del vasto dominio que tiene.*”<sup>99</sup>

En derecho administrativo es frecuente ver aparecer palabras de difícil comprensión que no agregan claridad al lenguaje sino a la inversa. En tales casos conviene aligerar la carga superflua, sobre todo cuando los autores difieren mucho entre sí respecto a su alcance.

#### 5.4. *La libertad de estipulación y las palabras del derecho administrativo*

Lo que acabamos de recordar tiene importancia fundamental para la futura definición de “acto administrativo,” “derecho administrativo,” etc., ya que estas palabras tienen —de acuerdo con el uso común de *algunos* autores (ni siquiera existe un uso común de *todos* los autores)— una gran vaguedad, al abarcar un dominio muy diverso de cosas.

Todas las palabras del lenguaje tienen una zona central donde su significado es más o menos cierto y una zona exterior en la cual su aplicación es menos usual y se hace cada vez más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no.<sup>100</sup> Ello se resuelve en parte buscando cuál es el contexto en que la palabra

<sup>96</sup> HOSPERS, *op. cit.*, pp. 14-5; ROSS, *op. cit.*, p. 110.

<sup>97</sup> HOSPERS, *op. cit.*, p. 17.

<sup>98</sup> Es lo que hemos hecho, siguiendo la doctrina austríaca de ANTONIOLLI, con las palabras “policía” y “poder de policía,” *supra*, nota 65. Para una crítica de nuestro desarrollo en el punto concreto ver BEZOS, CLOVIS, *Poder de policía*, San Pablo, Revista Dos Tribunais, 1979. Ampliar *infra*, cap. IV, p. 7, nota 15.

<sup>99</sup> HOSPERS, *op. cit.*, pp. 17-18; la bastardilla es nuestra; HAYAKAWA, S.I., *Language in Thought and Action*, Londres, 1970, 2ª ed., p. 214 y ss.

<sup>100</sup> ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, *op. cit.*, p. 111.

ha sido empleada por quien la utiliza,<sup>101</sup> la expresión en que aparece,<sup>102</sup> o incluso las situaciones con las cuales está en una función de conexión.<sup>103</sup>

Pero ello no soluciona suficientemente la cuestión en el caso de las palabras del derecho administrativo, pues su zona periférica de incertidumbre es muy amplia: Se torna por ello metodológicamente necesario tratar de estipular un campo de aplicación lo más preciso que sea posible (nunca lo será totalmente) para saber entonces cuál es el campo de aplicación de un determinado *régimen jurídico* y no otro. Esto no le dará exactitud al análisis de los problemas jurídicos, pero sí más racionalidad en el tratamiento de tales problemas que empleando palabras que el autor supone “verdaderas” o necesariamente válidas.<sup>104</sup> Aclarando en cambio que se trata de *estipular* una definición o un concepto *tan sólo funcional y operativo dentro de un cierto contexto*, será posible referirse a situaciones reales antes que a luchas de palabras.

Por lo tanto, sobre la base de la observación y el análisis de las particularidades del régimen jurídico administrativo y su aplicación, estipularemos las definiciones y clasificaciones que pueden más adecuadamente explicar ese régimen jurídico. En algunos casos y por considerar que una extensión amplia de ciertas palabras torna confuso e inadecuado su uso, provocando erradas aplicaciones del régimen jurídico, consideramos que es necesario tratar de eliminar la palabra; o en otros casos acotarla usándola en un sentido especial y más limitado, “restringiéndola arbitrariamente a alguna parte específica del vasto dominio de referencia que tiene.”<sup>105</sup> En otros términos, el uso amplio de la palabra a veces hace confusa su aplicación y la del régimen jurídico que con ella se quiere describir o explicar, por lo que en aras de la claridad la delimitaremos, precisando de tal modo los alcances de los principios jurídicos aplicables a las diversas manifestaciones de la actividad administrativa.

### 5.5. La definición de las palabras del derecho administrativo como problema metodológico

Queda dicho con lo expuesto que la definición de las palabras “acto administrativo,” “función administrativa,”<sup>106</sup> “derecho administrativo,” etc., será casi siempre una cuestión de libertad de estipulación: pero esto no significa que carezca de

<sup>101</sup> ROSS, *op. cit.*, p. 114 y ss.

<sup>102</sup> ROSS, *op. cit.*, p. 110.

<sup>103</sup> ROSS, *op. cit.*, p. 112.

<sup>104</sup> POPPER, *La lógica de la investigación científica, op. cit.*, pp. 260-61; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism, op. cit.* POPPER, *La lógica..., op. cit.*, p. 83, dá como ejemplo de contradicción por falsamiento en la ciencia de la naturaleza: “si se afirma que todas las aves de la clase de los cuervos son negras, quedaría demostrado el error de la enunciación si se comprobara que en el Jardín Zoológico de Nueva York existe toda una familia de cuervos blancos.”

<sup>105</sup> HOSPERS, *op. cit.*, pp. 17-18. Ver también HEMPEL, CARL G., *Fundamentals of Concept Formation in Empirical Science*, Chicago, 1960, p. 1 y ss.

<sup>106</sup> Ver infra, cap. IX, § 4, p. 7, nota 25, para la aplicación de estos criterios sobre búsqueda de una explicación del régimen jurídico de la función administrativa.

importancia ni que pueda hacerse demasiado arbitrariamente. Tiene importancia, porque según el uso que demos a la expresión, así deberemos aplicar luego todas las demás consecuencias jurídicas pertinentes: si no está bien claro qué entendemos cada uno de nosotros<sup>107</sup> por acto, contrato o reglamento administrativo, o en qué sentido empleamos la palabra, menos claro estará cualquier cosa que digamos sobre sus nulidades, vicios, extinción, etc.

La claridad del vocablo o definición que se estipule es un prerrequisito de la claridad de todo lo que luego se exponga sobre el tema. Debemos así evitar, desde el comienzo, caer en lo que POPPER llama “uno de los prejuicios que debemos a ARISTÓTELES, el prejuicio de que el lenguaje puede ser hecho más preciso por el uso de definiciones;” “Una definición no puede establecer el significado de un término [...] éstos, por muchas razones, serán posiblemente tan vagos y confusos como los términos con los cuales comenzáramos [...] todos los términos que realmente son necesitados son términos indefinidos.”<sup>108</sup>

Tampoco se trata de averiguar, por supuesto, la “naturaleza” o “esencia” de las cosas o las instituciones. Como recuerda ALF ROSS,<sup>109</sup> pertenece al pasado la formulación de preguntas tales como qué es lo que algo “realmente es;” ello se vincula a “la creencia de que las palabras representan objetivamente conceptos o ideas dados cuyo significado debe ser descubierto y descripto,”<sup>110</sup> la que se remonta a la teoría de la definición de ARISTÓTELES, en la cual “el filósofo se pregunta qué «son realmente» «verdad», «belleza», «bondad», etc. y cree posible establecer definiciones verdaderas.”<sup>111</sup>

“No se trata de que una definición estipulativa sea tan «buena» como cualquier otra, sino de que los criterios para compararlas no pueden ser los de verdad o falsedad, pues estos términos simplemente no se les aplican. Las definiciones estipulativas solamente son arbitrarias en el sentido especificado. Pero, el que sean claras u oscuras, ventajosas o desventajosas, etc., son cuestiones de hecho,”<sup>112</sup> en base a las cuales ha de deducirse la conveniencia o inconveniencia de la definición estipulativa que se proponga.<sup>113</sup> Con mayor razón cabrá evitar las definiciones dogmáticas en las cuales “La noción [...] responde a una tendencia irreprimible de la razón: la búsqueda de lo incondicionado. En este caso lo que se busca es una fuente única, ilimitada y suprema, de toda normación jurídica

<sup>107</sup> Y, por supuesto, no hay necesidad científica alguna de que todos debamos acordar algo. Lo haremos en la medida que nos parezca práctico, útil, conveniente. Quienes creen conveniente reforzar el poder estatal sobre los individuos, hacen su propia elección. No es la nuestra.

<sup>108</sup> *Popper Selections, op. cit.*, pp. 95-7.

<sup>109</sup> *Sobre el derecho y la justicia, op. cit.*, p. 111 y sus remisiones.

<sup>110</sup> *Op. cit.*, p. 109, nota 3.

<sup>111</sup> *Op. loc. cit.* Este planteo nada tiene que ver con el epistemológico acerca de qué es “el Mal” o “lo bueno, lo bello y lo verdadero.” JUAN PABLO II, *De fides et veritas*.

<sup>112</sup> COPI, IRVING, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1962, p. 103.

<sup>113</sup> Pues “no es verdadera ni falsa, sino que debe ser considerada como una *propuesta* o una resolución de usar el *definiendum* de manera que signifique lo que el *definiens*, o como un pedido o como una *orden*. [...] [T]iene un carácter directivo más que informativo” (COPI, *op. cit.*, p. 102).

y de toda justificación jurídica. Tal fuente, si la hay, está más allá de nuestras posibilidades de conocimiento y de expresión.”<sup>114</sup>

Al formular una definición estipulativa, debemos buscar una lista de las características de la cosa considerada sin las cuales la palabra no podría aplicársele; éstas serán las características definitorias de la palabra. Ahora bien, la denotación no debe ser demasiado amplia ni restringida.<sup>115</sup>

### 5.5.1. *Elementos a considerar para estipular las definiciones*

Ahora bien, ¿con qué criterio estableceremos qué características nos parecen definitorias, a fin de estipular el uso que daremos a las palabras? No es una cuestión dogmática ni que ponga en juego grandes principios jurídicos, sino una cuestión metodológica, pragmática, de mera conveniencia u oportunidad. En esto concuerdan no sólo la teoría general y la metodología de la ciencia,<sup>116</sup> sino también muchos administrativistas:<sup>117</sup> pero no todos. Este es el punto fundamental: Si se piensa que sólo hay una definición posible para cada institución, necesariamente válida en determinado ordenamiento jurídico y que todos los que no la comparten incurren en *error*, entonces la cuestión está irremisiblemente desencaminada.<sup>118</sup> Discutir sobre esa premisa es como ir y venir en una “verdadera vía muerta” y hacer “monumentos a la esterilidad,” en las palabras de CARRIÓ.<sup>119</sup> Lo que habrá que discutir, en consecuencia, es ante todo cuáles son los objetos sobre los cuales discurriremos y de los cuales diremos si corresponde o no agruparlos en una definición o en varias; es decir, cuál es la realidad que en principio y globalmente entraremos a analizar.

En segundo lugar y partiendo así del marco global (no de un pequeño sector arbitrariamente establecido y menos de una definición presupuesta), deberá analizarse cuál es el régimen jurídico imperante y aplicable a esa realidad, a fin de investigar qué cosas reciben un mismo tratamiento jurídico y cuáles reciben un tratamiento distinto. Si un grupo de cuestiones reciben sustancialmente igual régimen jurídico, entonces será conveniente agruparlas en una misma definición. En este último punto estará el centro de la discusión; en determinar qué

<sup>114</sup> CARRIÓ, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, op. cit., p. 57.

<sup>115</sup> COPI, op. cit., p. 121; HOSPERS, op. cit., pp. 36-7; GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1967, 3ª ed., p. 326; STEBBING, L. S., *Introducción a la lógica moderna*, México, 1965, p. 195, quien agrega otros requisitos en p. 199 y ss., al igual que COPI, op. cit., p. 120 y ss.

<sup>116</sup> P. ej. CARRIÓ, op. cit., pp. 66-71.

<sup>117</sup> FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 280; VON HIPPEL, ERNST, *Untersuchungen zum problem des fehlerhaften Staatsakts. Beitrag zur Methode einer teleologischen Rechtsauslegung*, Berlín, 1960, 2ª ed., p. 2 y ss.; ANTONIOLLI, WALTER, Manzsche, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 195.

<sup>118</sup> Como dice HEMPEL, op. cit., p. 5, “de acuerdo con la lógica tradicional una definición «real» [...] (es) la formulación de la «naturaleza esencial» o de los «atributos esenciales» de alguna entidad. Sin embargo, la noción de naturaleza esencial es tan vaga que hace a esta caracterización inútil a los fines de la investigación rigurosa.”

<sup>119</sup> CARRIÓ, op. cit., p. 69.

grupo de hechos recibe qué trato sustancialmente igual de parte del derecho. Claro está, esto es lo que el jurista está capacitado para hacer y esto es también lo que vale la pena discutir; pero siempre teniendo en claro que una vez llegado el acuerdo sobre cuáles son las cosas o asuntos que reciben cierto tratamiento jurídico, el agruparlos o no bajo determinada definición será siempre cuestión de conveniencia, que sólo en términos de utilidad, claridad, oportunidad, etc., puede ser discutida: no se podrá decir de ella que es verdadera o falsa.

### 5.5.2. *Definición y clasificación*

Lo antedicho debe repetirse en lo que se refiere a las clasificaciones de tipo jurídico, que presentan los mismos caracteres metodológicos que las definiciones; en verdad, incluso puede afirmarse que en materia de derecho administrativo, acto administrativo, etc., la definición sólo puede resultar de una clasificación previa de objetos.

Antes de analizar las relaciones entre una definición y una clasificación de los “actos administrativos,” veamos en qué consiste, científicamente, una clasificación: “Cuando empleamos palabras de clase, pues, agrupamos muchas cosas bajo una misma denominación (asignamos el mismo rótulo impreso a muchas botellas) sobre la base de las características que estas cosas tienen en común. Al usar la misma palabra para referirnos a muchas cosas, tratamos a éstas (al menos por el momento) como si fuesen todas iguales e ignoramos sus diferencias. En este hecho yacen las ventajas y desventajas de las palabras de clase.”

Posiblemente no hay dos cosas en el universo que sean exactamente iguales en todos los aspectos. Por consiguiente, por semejantes que sean dos cosas, podemos usar las características en que difieren como base para colocarlas en clases distintas; “podemos elegir un criterio para la pertenencia a una clase tan detallado y específico que en todo el universo no haya más que un miembro de cada clase. En la práctica no lo hacemos porque entonces el lenguaje sería tan incómodo como lo sería si todas las palabras fueran nombres propios. Lo que hacemos es usar palabras de clase amplia — y luego, si es necesario, establecemos diferencias dentro de la clase como base para ulteriores distinciones — dividiendo la clase principal en tantas subclases como consideremos conveniente.” De igual modo, probablemente no haya dos cosas en el universo tan diferentes entre sí que no tengan algunas características comunes, de manera que constituyan una base para ubicarlas dentro de una misma clase.<sup>120</sup> Por ello, podemos razonablemente clasificarlas de una u otra manera, agruparlas de uno u otro modo, según las características asimilables o, al contrario, diferenciables que nos interese destacar.

Las características comunes que adoptamos como criterio para el uso de una palabra de clase son una cuestión de conveniencia. Nuestras clasificaciones depen-

<sup>120</sup> HOSPERS, *op. cit.*, pp. 25-7.

den de nuestros intereses y nuestra necesidad de reconocer tanto las semejanzas como las diferencias entre las cosas. Muchas clasificaciones distintas pueden ser igualmente válidas. “Hay tantas clases posibles en el mundo con características comunes o combinaciones de éstas que pueden tomarse como base de una clasificación.” “El procedimiento que adoptamos en cada caso particular depende en gran medida de qué es lo que consideraremos más importante, las semejanzas o las diferencias.” “No hay una manera correcta o incorrecta de clasificar las cosas, del mismo modo que no hay una manera correcta o incorrecta de aplicar nombres a las cosas.”<sup>121</sup> En base a estos principios, resulta que la definición, p. ej., de la expresión “acto administrativo” requiere primero la clasificación de las características jurídicas de distintas actividades de tipo administrativo, dentro de las cuales ubicaremos a una especie que definiremos de alguna manera; a su vez, la misma especie “acto administrativo” ya definida, puede dar lugar a nuevas y más minuciosas clasificaciones, que constituirán ahora *subespecies* de actos administrativos.<sup>122</sup>

Esto permite ya adelantar que en la escala descendente de clasificaciones, del total de la actividad administrativa hasta el más ínfimo y reducido acto concreto que se analice, puede colocarse en cualquier grado o escala a la “definición” de “acto administrativo”: esta palabra no cumple otra función que la de ordenar y sistematizar los conocimientos que se quieren transmitir sobre el total de la actividad administrativa, desde sus principios más generales hasta sus nociones más detalladas; cualquiera sea la amplitud o la restricción que le otorguemos a la definición, de todos modos ella será más o menos útil, cómoda o incómoda, según el caso, pero no “verdadera” o “falsa.”<sup>123</sup> Por ello, “las palabras no tienen otro significado que el que se les *da* (por quien las usa, o por las convenciones lingüísticas de la comunidad). No hay significados «intrínsecos», «verdaderos» o «reales», al margen de toda estipulación expresa o uso lingüístico aceptado.”<sup>124</sup> Lo mismo vale para *toda la ciencia*.

En palabras de POPPER, “La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien [...] la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas,”<sup>125</sup> “en la lógica de la ciencia que he bosquejado es posible evitar el empleo de los conceptos de verdadero y falso: [...] no es menester que digamos que una teoría es falsa, sino solamente que la

<sup>121</sup> HOSPERS, *op. cit.*, pp. 28-30.

<sup>122</sup> Un primer desarrollo de este tema se encuentra en este volumen, cap. X, “Clasificación jurídica de la actividad administrativa,” y con mayor extensión, en los caps. I a IV del t. 3. El mismo procedimiento que indaga el régimen jurídico debe utilizarse, por ende, para la función administrativa.

<sup>123</sup> CARRIÓ, *op. cit.*, p. 65.

<sup>124</sup> CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 66-7.

<sup>125</sup> *La lógica de la investigación científica, op. cit.*, p. 262; *The Open Universe. An Argument for Indeterminism, op. cit.*

contradice cierto conjunto de enunciados básicos aceptados.” “Por consiguiente, la corroboración no es un «valor veritativo».”<sup>126</sup>

Como dice CARRIÓ, concordantemente, “las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, son *serviciales* o *inútiles*: sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables.”<sup>127</sup> En palabras del mismo autor, “Siempre hay múltiples maneras de agrupar o clasificar un campo de relaciones o de fenómenos; el criterio para decidir está dado por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica. Decidirse por una clasificación no es como preferir un mapa fiel a uno que no lo es [...] es más bien como optar por el sistema métrico decimal frente al sistema de medición de los ingleses.”<sup>128</sup>

Lo expuesto tiene por finalidad quitar dogmatismo a las discusiones sobre definiciones y clasificaciones y centrar el análisis y discusión sobre el régimen jurídico concreto que habrá de regir cada institución. Este régimen y su interpretación es lo que importa, no las definiciones y clasificaciones que a su respecto hagamos, a menos que ellas lleven a confusión o sean un intento de sacrificar la libertad frente al poder.

Clasificaciones y consecuentes definiciones sin demostrable valor de utilidad o conveniencia, que no explican nada operativo del sistema jurídico sino que exponen dogmáticamente supuestas esencias inmutables, son no solamente incomprensibles sino además dañosas. Ante cada clasificación que lea, pregúntese el lector ¿para qué sirve? Y si la respuesta no es satisfactoria siga su camino por otros rumbos, que el mundo del conocimiento es demasiado amplio como para tomar caminos sin salida.

## II. El caso en derecho administrativo

### 6. La importancia del caso en el derecho

Puesto que el derecho es una ciencia de casos singulares y concretos, según hemos explicado, cabe referirse a la resolución de casos.<sup>129</sup> Es conocida hasta en el mundo

<sup>126</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 256-7. Pedimos excusas por la licencia de reiterar la transcripción, pero son premisas metodológicas a nuestro juicio indispensables.

<sup>127</sup> CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 72-3.

<sup>128</sup> CARRIÓ, *op. cit.*, pp. 72-3. “Si el primero es preferible al segundo no es porque aquél sea verdadero y éste falso, sino porque el primero es más cómodo, más fácil de manejar y más apto para satisfacer con menor esfuerzo ciertas necesidades o conveniencias humanas.”

<sup>129</sup> No ha de confundirse el análisis de casos con el método de casos para la enseñanza. Ver una exposición de los diversos métodos de enseñanza en el libro *El método en derecho*, *op. cit.* Puede verse también nuestra *Introducción al derecho*, *op.loc.cit.* y lo que explicamos a continuación en este mismo acápite al referirnos a la enseñanza del derecho norteamericano inspirada por LANGDELL hace un siglo, cuando nació el método de casos, pero todavía con aspiraciones sistemáticas de tipo conceptual. Ver también “El método en un caso de derecho: hechos, valoración, normas,” *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998.

anglosajón,<sup>130</sup> en distintas versiones<sup>131</sup> y en otros países,<sup>132</sup> la insatisfacción por el modo en que la Facultad prepara al futuro profesional, sea como abogado consultor, litigante, negociador, funcionario público, magistrado, funcionario judicial, para resolver casos de derecho.<sup>133</sup> Este es el objetivo central de la enseñanza del derecho, pues él sólo se materializa a través *de su aplicación a un caso concreto*, sea en tratativas privadas, gestiones, litigios, sentencias, dictámenes, actos administrativos, etc. Este método consiste en “el suministro a todos los estudiantes [...] de una serie concreta de situaciones de las que emergen problemas, como material común para discusiones de grupo, seleccionados y organizados de tal manera que los problemas relacionados pueden ser considerados conjuntamente, en un esfuerzo por desarrollar principios a lo largo de la discusión en clase, y facilitar cierto ejercicio [...] respecto de la prueba y la aplicación de dichos principios.”<sup>134</sup> Debe reiterarse que el derecho es una ciencia de problemas singulares y concretos<sup>135</sup> y que los principios de valoración y de orden que se extraen de la ley son siempre descubiertos y contrastados en una problemática concreta, “de modo que es el problema y no el sistema en sentido racional, lo que constituye el centro del pensamiento jurídico.”<sup>136</sup> Los libros tienen un lugar en el aprendizaje del derecho, pero leerlos o estudiarlos no es equivalente a aprender derecho, es una parte: el derecho se aprende *trabajando* en resolver casos y problemas singulares y concretos; no hay otra forma.

En el mundo académico de EE.UU. LANGDELL<sup>137</sup> fue un precursor en cuanto a los métodos de adquisición de conocimiento jurídico a través de casos, pero pretendía que los

<sup>130</sup> “Los cursos de las facultades de derecho y libros de texto universitarios nunca han considerado sistemáticamente el proceso por el cual los litigantes recolectan, analizan y usan los medios de prueba para acreditar los hechos”: BINDER, DAVID A. y BERGMAN, PAUL, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1984, p. XVII.

<sup>131</sup> Comparar ROWLES, JAMES P., “Towards Balancing the Goals of Legal Education,” *Journal of Legal Education*, 1981, 31: 375 y ss., 383-384 y 389, que es más optimista en el aspecto técnico, no así en el político-social, pp. 391 y ss.

<sup>132</sup> En el siglo pasado, el Consejero ROMIEU aconsejaba a los jóvenes auditores del Consejo de Estado francés: “Sobre todo nada de doctrina, Uds. falsearían el espíritu”: LEGENDRE, PIERRE, *Histoire de l'Administration de 1750 à nos jours*, París, PUF, 1986, p. 469. Esto no significa, entre nosotros, ignorar la doctrina, sino haberla visto antes como información genérica y volver a consultarla después, en búsqueda puntual. Pero siempre, en el abordaje concreto a un tema concreto, dejarla para después del análisis de los hechos, la valoración y las normas. En el trabajo concreto no se empieza con los libros, se empieza con los hechos.

<sup>133</sup> Dice CARRIÓ, *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso...*, op. cit., p. 56 y ss.: “en nuestras facultades no se enseña —en realidad ni siquiera se comienza a enseñar— el oficio o profesión de abogado.” “Uno tiene que aprender el oficio solo, después de graduado;” *Cómo argumentar y fundar un recurso. Nuevos consejos elementales para abogados jóvenes*, Abeledo-Perrot, reimpresión, 1996.

<sup>134</sup> LLEWELYN, KARL N., citado por CUETO RÚA, JULIO, en *El “common law”*, op. cit.

<sup>135</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, en su prólogo a VIEHWEQ, *Tópica y jurisprudencia*, op. cit., p. 12.

<sup>136</sup> ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961, p. 9; en igual sentido MARTÍN-RETORTILLO y SAINZ DE ROBLES, *Casos prácticos de derecho Administrativo*, Valladolid, 1966, p. 18.

<sup>137</sup> LANGDELL, CHRISTOPHER COLUMBUS (1826-1906), pionero del método de casos en la carrera de Derecho de la Universidad de Harvard.

estudiantes tuvieran un conocimiento global y superior de ciertos principios y doctrinas de modo tal de que fueran capaces de aplicarlas constantemente con cierta facilidad y certeza a los problemas más frecuentes de los hombres. Este conocimiento debía provenir de los “casos” estudiados en clase. Es decir, el impulso que LANGDELL dio al pensamiento jurídico y a su enseñanza consistía básicamente en descubrir, dentro de una serie de casos dados, los principios que aparentemente los gobernaban y en aplicar esos principios a una gran variedad de hechos; se requería que los estudiantes seleccionaran, clasificaran y evaluaran todos los casos que hubieran contribuido con algún grado de importancia al crecimiento, desarrollo o establecimiento de doctrinas esenciales del Derecho.

En nuestras universidades el método es más antiguo aún, pues sigue vigente el método magistral o de “cátedra” de derecho, no obstante que el mercado laboral exige al abogado herramientas que ese sistema no puede satisfacer. El campo de entrenamiento del abogado debe comenzar desde el inicio de la carrera, preparándolo *a)* en función de los hechos del caso que tiene ante sí, *b)* a la luz de los valores, *c)* interpretar el sentido de las normas; además de otras habilidades que se requieren para dar solución a un caso, como la capacidad analítica, la negociación y mediación, el trabajo en equipo, etc., desarrollando su destreza en la redacción jurídica y en la oratoria, hasta la histriónica, etc., pero primordialmente en la interpretación y análisis de la prueba.

### 6.1. *La importancia de los hechos en el caso*

Quizá lo fundamental y lo más difícil sea transmitir a los alumnos experiencias que les permitan apreciar, comprender y *actuar* conforme a la máxima de que lo decisivo en todo caso es siempre lograr percibir y relacionar todos los hechos, seleccionando la información relevante y pertinente y distinguiendo la que lo es en menor medida, o carece por último de importancia. Por ello tal vez quepa abundar un poco más en el sustento teórico de la necesidad de conocer bien los hechos.

La importancia determinante de los hechos ha sido expuesta reiteradamente por la doctrina y sin duda por la experiencia. Desde la posición de SALEILLES que recuerda CARDOZO, “Uno decide el resultado al comienzo; después encuentra el principio; tal es la génesis de toda construcción jurídica,”<sup>138</sup> pasando por la postulación de que las normas “no se activan por sí mismas,” que son los hechos los “que hacen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva,”<sup>139</sup> que “el alcance de una regla y, por lo tanto su sentido, depende de la determinación de los hechos,”<sup>140</sup> o expresando con simplicidad el principio cardinal de que “Todo depende del asunto,”<sup>141</sup> o que “Una vez bien estudiados los hechos y expuestos ordenadamente, está resuelto el 98 % del problema,”<sup>142</sup> los juristas de todo el mundo nunca han dejado de enfatizar la cuestión.

<sup>138</sup> Ver CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, op. cit., p. 170. Se trata de la conjetura científica: no es que ya se “decida,” sino que se formula una hipótesis provisional, sujeta a modificación.

<sup>139</sup> BINDER y BERGMAN, *Fact Investigation. From Hypothesis to Proof*, op. cit., p. 2. “Describe qué ocurrió y por qué de una manera que es persuasiva para la mente y para el corazón.”

<sup>140</sup> LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, op. cit., p. 10.

<sup>141</sup> LORD DENNING, *The Discipline of Law*, op. cit., pp. 93-7.

<sup>142</sup> Ver nota 44.

El derecho debe asegurar “que hay prueba documentada que proporciona una base racional o lógica para la decisión [...] (y que ésta) es efectivamente un producto del razonamiento a partir de la prueba. Esto quiere decir prueba en el caso y en el contexto del caso [...] Una conclusión basada en [...] prueba abstracta puede ser «racional», pero no es una decisión «racional» en el caso del cual se trata.”<sup>143</sup>

Es que “ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra [...] la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional,” “porque no puede quedar al arbitrio de la Administración” (ni de cualquier otro órgano del Estado) “discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo.”<sup>144</sup>

La Corte Suprema indaga “—a veces exhaustivamente— las circunstancias de hecho implicadas en la causa sometida a su decisión para, en función de ese análisis, resolver si mediaba o no en el concreto supuesto esa inadecuación de los medios previstos en la norma tachada de inconstitucional, con los fines que perseguía y que —de existir— autorizaría a sostener su *irrazonabilidad*.”<sup>145</sup>

Cabe asimismo recordar que “Las resoluciones [...] fundadas en una prueba inexistente [...] torna arbitraria la medida dispuesta en ellas,”<sup>146</sup> o que “no cabe al órgano administrativo [...], sin violar principios atinentes a la garantía de la defensa en juicio, prescindir de esa prueba con la mera afirmación dogmática de que los testimonios son insuficientes o inadecuados,”<sup>147</sup> y que “los jueces intervinientes poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios.”<sup>148</sup> Pero determinar cuáles son los hechos del caso no es en absoluto una tarea sencilla, sino por el contrario altamente desafiante a nuestra capacidad de percepción.

Para determinar esa realidad en el plano documental y del expediente, es necesario en primer lugar “examinar muy atenta y completamente el conjunto de la documentación,” se trata del esfuerzo por “hacer hablar los papeles” según la

<sup>143</sup> JAFFE, LOUIS, *Judicial Control of Administrative Action*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1965, p. 601. El “buen derecho” aplicado al caso que no corresponde es, por supuesto, mal derecho. Es el caso que relatamos en nuestra *Introducción al derecho*, op. cit., cap. V.

<sup>144</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 31-2 y su art. “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria.”

<sup>145</sup> PADILLA, M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*, Abeledo-Perrot, 1986, p. 77.

<sup>146</sup> PTN, 81:228, 230 y nuestro t. 4, *El procedimiento administrativo*, op. cit., cap. VII, “Producción y valoración de la prueba.”

<sup>147</sup> CSJN, *Fallos*, 248: 625, *Aldamiz* (1960).

<sup>148</sup> CSJN, *Fallos*, 244: 248, 554, *López de Reyes* (1959).

vieja fórmula de trabajo del Consejo de Estado francés;<sup>149</sup> es preciso que “esta prueba se infiera de las piezas del expediente.”<sup>150</sup>

El necesario principio de derecho es que debe mantenerse y aplicarse al menos “una cierta racionalidad dentro de la vida administrativa;”<sup>151</sup> el que debe resolver “en presencia de un asunto, debe, ante todo, buscar la solución justa, aquella que postulan «las circunstancias particulares de tiempo y de lugar»,”<sup>152</sup> y ello ha de hacerse a través de “la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones.”<sup>153</sup> Para ello debe “procederse a investigaciones de hecho bastante delicadas,”<sup>154</sup> “profundas investigaciones de hecho,”<sup>155</sup> en todos los campos del saber que la situación del caso y la imaginación creadora de quienes intervienen en él lo requieran.

## 6.2. La dificultad de determinar los hechos

SANTO TOMÁS destacó la base experimental del conocimiento humano, idea que ya se encontraba en ARISTÓTELES.<sup>156</sup> Ese primer principio común es necesario y determinante para el que encara la enseñanza o la realización de casos de derecho, tanto en su primer aprendizaje como a lo largo de toda su vida. Para apreciar la índole y dificultad de la tarea de percibir los hechos cabe recordar que ya LEIBNIZ señalaba que es inagotable el repertorio de características determinantes de hechos empíricos; las propiedades o predicados que caracterizan a los objetos de la experiencia son infinitos y por ello, siendo finita la percepción sensible —aun con todos los auxilios de la ciencia— siempre encontrará que los objetos del mundo, que son temporales, jamás despliegan sus características en forma plena y exhaustiva.<sup>157</sup> Todas las ciencias sólo admiten pues un conocimiento

<sup>149</sup> DE CORMENIN, M., *Droit administratif*, t. I, París, ed. Pagnerre y Gustave Thobel, 1840, 5ª ed., p. 11, nota 3, destaca el trabajo concienzudo y detallista de los auditores que verifican, instruyen e informan los expedientes; CHAPUS, RENÉ, *Droit Administratif Général*, t. I, París, 1985, p. 316; 1993, 7ª ed., p. 366 y ss.; RIGAUD y DELCROS, *Les institutions administratives françaises. Les structures*, París, 1984, p. 238.

<sup>150</sup> LETOURNEUR, M., “El control de los hechos por el Consejo de Estado francés,” *op. loc. cit.*

<sup>151</sup> GOLDENBERG, LEO, *Le Conseil d'État juge du fait. Étude sur l'administration des juges*, París, Dalloz, 1932, p. 192. Ver también RIVERO, JEAN, “La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français,” en el libro *Le Fait et le Droit. Études de Logique Juridique*, Bruselas, 1961, p. 130 y ss.; LETOURNEUR, *op. loc. cit.* El concepto y la práctica de la racionalidad, con todo, son menos frecuentes cuanto menos desarrollado es un país: ver nuestros citados artículos “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality.” Por ello es que la educación y el desarrollo cultural son preconditiones del desarrollo económico y social.

<sup>152</sup> Ver RIVERO, JEAN, “Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif,” en el libro *Pages de Doctrine*, t. I, París, 1980, p. 70; “Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir,” *Pages de doctrine*, t. II, p. 329; “Nouveaux propos naïfs d'un huron sur le contentieux administratif,” *Études et Documents*, 31: 27, 1979/1980.

<sup>153</sup> LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 223.

<sup>154</sup> LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 225.

<sup>155</sup> LETOURNEUR, *op. cit.*, p. 224.

<sup>156</sup> COPLESTON, F.C., *El pensamiento de Santo Tomás*, México, FCE, 1969, pp. 25-30.

<sup>157</sup> VERNENGO, ROBERTO J., *La naturaleza del conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, pp. 19-21.

contingente de sus objetos; lo mismo pasa al jurista en un caso de derecho y aun más que a quienes cultivan otras ramas del conocimiento. Serán así, según los casos, indispensables todos los medios que la ciencia y la tecnología poseen para la percepción de la realidad: desde las modestas fotografías, gráficos, planos, datos numéricos, estadísticas, proyecciones actuariales, censos, pasando por todos los demás análisis cuantitativos y cualitativos de la realidad, *sin olvidar nunca la elemental observación directa*.<sup>158</sup> Veremos ahora algunas reglas empíricas.

### 6.3. *Analizar la prueba que ya existe*

El primer paso a realizar se cumple con la prueba preexistente y cuál parece ser según ella la realidad, sin olvidar nunca el expediente administrativo.<sup>159</sup> El análisis minucioso de la totalidad de la prueba documental es indispensable y debe hacerse tanto individualmente para cada documento como buscando las correlaciones del conjunto de ellos. Unir papeles entre sí, buscar sus correlaciones o antagonismos, entre ellos y con los comportamientos materiales de las personas y demás datos empíricos, no es tarea fácil.

Puede ser conveniente hacer un listado<sup>160</sup> de los hechos que conocemos y de las pruebas que de ellos tenemos, advertir cuáles son las lagunas de información y las falencias de prueba y comenzar a correlacionar los diversos aspectos fácticos para verificar si aparecen discrepancias entre ellos.

En esta primera etapa debe también evaluarse el poder de convicción de las pruebas preexistentes, el grado de credibilidad de los testigos, de confiabilidad de las pericias e informes que existan, la verosimilitud de la documentación, sin dar nada por cierto ni nada por supuesto:<sup>161</sup> más de una vez una escritura pública o un instrumento público que pudiera dar plena fe de sus formas extrínsecas o de su contenido,<sup>162</sup> podrá ser redargüido de falso.<sup>163</sup>

No será suficiente con interrogar a la parte y tomar nota de su versión de los hechos, interrogándola para ampliar la información y verificar su verosimilitud; no sólo habrá que analizar cuidadosamente la documentación que aporta;

<sup>158</sup> Para un análisis detallado de la experiencia común en el análisis de un caso, ver BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, pp. 94-8.

<sup>159</sup> Para un análisis de los distintos medios de prueba ver el t. 2 del presente tratado, cap. I, "La prueba de los derechos;" antes en el art. "La prueba en el Derecho procesal administrativo," LL, 1996-A, 1398.

<sup>160</sup> BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 40, proponen cinco listados de hechos conforme el carácter de la prueba que sustenta cada uno de ellos: un listado central totalizador, dos listados de pruebas concretas correspondientes a cada una de las partes, dos listados de pruebas potenciales complementarias de cada una de ellas. No debe olvidarse el valor de la propia escritura en el proceso de maduración de las ideas, como explicamos en *El método...*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>161</sup> Sobre todo lo precedente nos remitimos a BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, caps. I a VIII.

<sup>162</sup> Para deslindar cuál es el efecto probatorio en cuanto al fondo y la forma de los expedientes administrativos nos remitimos al t. 3, *op. cit.*, cap. VII, "Los actos administrativos como instrumentos públicos."

<sup>163</sup> Pues no es extraño que se cometan graves deslices documentales, rearmando expedientes de manera artificial, detrayéndoles piezas documentales, etc.

habrá que acceder al expediente administrativo completo si él existe, consultar los libros de comercio de la parte<sup>164</sup> si ello es pertinente a la cuestión, visitar el lugar de los hechos si algo tiene que ver con el problema,<sup>165</sup> consultar a los técnicos o expertos<sup>166</sup> que conozcan los aspectos no jurídicos del asunto, discutir con ellos los hechos del caso tanto para determinar si uno entendió bien como para asegurarse de que ellos lo exponen adecuadamente. Así como el abogado que tiene que hacer o defender un juicio de mala praxis médica debe comprender los rudimentos del problema médico que dió lugar al pleito, así también deben conocerse los rudimentos técnicos o de hecho de cualquier problema administrativo que uno haya de encarar.

Por cierto, existen limitaciones materiales de tiempo <sup>167</sup>—se vence un plazo para recurrir, hay que contestar una demanda, hay que dictar sentencia— y costo, amén de la no siempre predisposición del interesado, o posibilidad material de hacerlo, pero el abogado debe saber al menos y hacerlo conocer en su caso, cuáles son las condiciones óptimas de información y prueba conducentes al mejor resultado posible. Luego veremos cómo se traslada este problema a funcionarios y magistrados.

No debe temerse a la prueba obtenida “sobreabundantemente,”<sup>168</sup> pues luego vendrá la capacidad de síntesis y de focalización del profesional; pero a la inversa, la prueba obtenida de menos puede implicar la pérdida del caso, cuando más adelante la contraparte eventualmente la descubra y la aporte al expediente, si ella llega a ser adversa y sustancial.

Si el profesional conoce esa prueba a tiempo, puede advertir *ab initio* a su cliente que no le asiste el derecho y perderá el caso y evitarse así el disgusto y parcial descrédito de perder un pleito por deficiente conocimiento de los hechos de su propio caso, perjudicando su único capital, que es su prestigio. Perjudicar a un cliente que perderá el pleito luego, por culpa del abogado, es la mejor forma de autoinmolarse en la profesión.

<sup>164</sup> O requerir al cliente la producción de un informe suscripto por un contador externo a la empresa, certificado en cuanto a su contenido por los auditores y sindicatura de la empresa, conforme a las reglas usualmente aplicadas en la materia y certificado en cuanto a la autenticidad de las firmas por el Consejo Profesional pertinente.

<sup>165</sup> Si se trata de algo existente físicamente en algún lugar, conocerlo, *verlo personalmente*, fotografiarlo, medirlo, etc. y obtener en suma toda la información cuantitativa y cualitativa que sea pertinente sobre dicho sustrato material.

<sup>166</sup> Y en su caso, al igual que en el punto anterior, hacer producir informes técnicos externos, debidamente respaldados y certificados a fin de sustentar su verosimilitud y ulterior fuerza de convicción.

<sup>167</sup> Ver “El tiempo en la decisión jurídica,” en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE y SANTIAGO SÁNCHEZ, JAVIER (coords.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, IJ, 2007, pp. 146-58; disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2445/10.pdf>; reproducido en CARLOS E. DELPIAZZO, coord., *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 733-44.

<sup>168</sup> Ha de tenerse presente que la prueba producida antes del pleito es siempre sensiblemente más barata que la producida judicialmente. Es un cálculo de costo-beneficio que deberá hacerse caso por caso.

Con estos primeros elementos de juicio se aproxima el momento de determinar si el caso tiene hasta allí sustento fáctico suficiente —en la realidad, no sólo en los papeles y prueba documental preexistente—, si el fin perseguido o conjeturable es congruente y proporcionado con los hechos que lo sustentan.

#### 6.4. *La prueba adicional a producir*

##### 6.4.1. *Los abogados*

Terminada la etapa anterior, el abogado comienza ya a formarse algunas hipótesis sobre posibles encuadres o soluciones del caso y ello le llevará necesariamente a evaluar si la prueba de la cual dispone es suficiente para sostener alguna o algunas de ellas, o si debe en cambio imaginar otras pruebas a producir para sustentarlas si ello es posible, o para invalidarlas si no resultan suficientes. En otras palabras, qué prueba es necesaria para sostener la argumentación. Allí debe también comenzar seriamente a considerar las posibles refutaciones a la hipótesis inicial que conciba, e imaginar cuáles pueden ser los medios de prueba que puedan sustentar esa refutación: en palabras de POPPER, no se trata solamente de buscar las refutaciones y no defender dogmáticamente una teoría, sino aun más, de ser permanentemente autocrítico y crítico de la autocrítica.<sup>169</sup> Esta etapa es previa a la iniciación del asunto: de lo contrario se incurre en el riesgo de efectuar un planteamiento de la cuestión que caiga por su base con la ulterior producción de prueba en contrario que realice la contraparte o eventualmente el tribunal. Una decisión responsable, por lo tanto, debe incluir esta etapa intermedia. La instrucción del proceso empieza pues tempranamente, con la producción privada de la prueba por el abogado, antes de iniciar el juicio o el procedimiento administrativo.

##### 6.4.2. *Los funcionarios o magistrados*

Si se trata de un funcionario público que debe dictaminar o decidir un expediente, la situación es *mutatis mutandis* la misma: el principio jurídico que rige el procedimiento administrativo es el de la oficialidad, lo que supone no solamente la impulsión de oficio, sino también la instrucción de oficio. La carga de la prueba recae así sobre la administración y si la prueba ya aportada al expediente no satisface al funcionario, le corresponde producir o hacer producir los informes, dictámenes, pericias, etc., que a su juicio resulten necesarios para llegar a la verdad material.<sup>170</sup>

En el caso de los magistrados, usualmente el trabajo probatorio de los abogados de ambas partes, más el expediente en su caso, ha permitido avanzar en la

<sup>169</sup> MILLER, *Popper Selections, op. cit.*, p. 126.

<sup>170</sup> Explicamos tales principios en el t. 2, *op. cit.*, cap. I; el desarrollo continúa en el cap. X del mismo t. 2 y en el t. 4, *op. cit.*, caps. VI y VII. Por supuesto, cabe evitar el dogmatismo en la aplicación de estos asertos, pues el interesado deberá siempre ser diligente en la defensa de su derecho.

determinación de los hechos. Pero el juzgador debe dictar medidas para mejor proveer, si los elementos probatorios obrantes en autos le brindan un insuficiente o deficiente conocimiento de los hechos. Ello es así en buenos principios<sup>171</sup> y existen en nuestro país casos en que la Corte Suprema misma ha dispuesto de oficio importantes medidas de prueba.<sup>172</sup> Hay también razones materiales que pueden en ocasiones llevar a ello: en el juicio ordinario los hechos pueden haber variado con el transcurso del tiempo,<sup>173</sup> y en el amparo la naturaleza sumarísima del procedimiento puede haber producido una omisión probatoria —a juicio del que debe decidir— que no se pueda moralmente soslayar diciendo que la cuestión corresponde a un juicio ordinario.<sup>174</sup> Es cierto que más de una vez el tribunal se preguntará si debe “dejar caer el manto de juez y asumir la toga de abogado”<sup>175</sup> y también lo es que cada instancia sucesiva es más renuente que la anterior a realizar nuevas averiguaciones o determinaciones de hecho. Pero ante la disyuntiva de fallar sin suficiente prueba, u ordenar de oficio la producción de la prueba que el juzgador estime necesaria, no pareciera que pueda existir opción alguna: lo contrario, así tenga aparente sustento en las reglas de nuestro derecho procesal formal, no las tendrá en las reglas sustanciales del debido proceso constitucional.

#### 6.4.3. *Observaciones comunes*

En base a la estrategia probatoria que resuelva en la etapa anterior, el abogado<sup>176</sup> pasará a una etapa de investigación:<sup>177</sup> entrevistas con técnicos, profesionales dependientes del propio cliente en su caso, nuevas búsquedas de documentación que se supone pueda existir, preparación anticipada de interrogatorios de testigos, puntos de pericia, etc.<sup>178</sup>

A veces los profesionales dejan esta actividad probatoria para el juicio mismo: Pero el costo de una pericia es menor si se la produce en forma previa a la etapa judicial, los puntos de pericia se preparan con más eficacia y oportuna colaboración del cliente, etc. Sobre todo, se puede así plantear de modo más eficaz el

<sup>171</sup> P. ej. en Francia COLSON, JEAN-PHILIPPE, *L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif*, París, LGDJ, 1970, que dedica toda una parte de su libro a la búsqueda de pruebas efectuada por el juez, p. 97 y ss.

<sup>172</sup> P. ej. en el caso *Saguir y Dib*, *Fallos*, 302-2: 1284 (1980).

<sup>173</sup> Así en el caso *Cine Callao* (que analizamos en *Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. VIII, p. 39), el tribunal omitió analizar si hubo o no un cambio en la alegada situación fáctica entre el momento en que la ley se dictó y el momento en que la Corte la declara constitucional.

<sup>174</sup> Caso típico, si está en juego una vida: *Fallos*, 302-2: 1284 (1980), *Saguir y Dib*.

<sup>175</sup> LORD DENNING, *The Due Process of Law*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>176</sup> Y el administrador o el magistrado, cada uno de manera decreciente (*supra*, § 13.1).

<sup>177</sup> Investigación del propio abogado, o a cargo de expertos contratados al efecto: BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 161 y ss., 211 y ss., 218-220 y 317 y ss. En ocasiones, incluso el tribunal puede determinar que se realicen determinadas diligencias probatorias por el funcionario que indique al efecto.

<sup>178</sup> Sobre todo ello nos remitimos nuevamente a BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, caps. 11 a 17. El tipo de razonamientos que proponen permite la solución de problemas que se plantean en la etapa instructoria, a través de preguntas para reducir los riesgos ulteriores.

encuadramiento jurídico del problema. Ello da bases más seguras para negociar soluciones alternativas y si éstas fracasan, para emprender el litigio.

En nuestra opinión es preferible adelantarse a concebir y producir, primero privadamente,<sup>179</sup> la prueba<sup>180</sup> adicional o contraria<sup>181</sup> que resulte necesaria. Nuestro derecho y práctica procesales distan mucho aun de la realidad estadounidense, donde la producción privada de la prueba se hace en forma contradictoria, con intervención de los letrados de ambas partes. En todo caso, sea de una u otra manera, con la mayor información y el mejor planteamiento del caso que resulta de la producción privada de la prueba, corresponderá más adelante aportar, si es necesario, prueba adicional en sede administrativa<sup>182</sup> y sólo por último en sede judicial.<sup>183</sup>

A su vez, así como es mejor producir la prueba anticipadamente en forma privada, entre otras razones porque se hace un mejor trabajo probatorio, cabe tener presente que cuanto más se tarde en producir la prueba cada vez será más difícil poder convencer de la bondad de la propia posición. En efecto, los jueces tienen en primera instancia una cierta tendencia a dar algún valor a la prueba seria producida previamente en sede privada o administrativa, incluso invocando en algunos casos un supuesto carácter de instrumentos públicos de los expedientes administrativos.<sup>184</sup> Y a su vez en las instancias superiores se produce una actitud análoga y creciente: los tribunales de alzada tienen inclinación a aceptar la versión de los hechos que han determinado los jueces inferiores.<sup>185</sup> De tal modo, toda postergación de la actividad probatoria es siempre progresivamente perjudicial para quien incurre en ella.

### 6.5. *La apreciación de la prueba*<sup>186</sup>

Conforme a los principios modernos de apreciación de la prueba, esto depende de la confiabilidad y credibilidad o verosimilitud de cada uno de los elementos de prueba aportados: pero es importante aprender a valorar la prueba desde el ángulo que lo hará la contraparte (empresa, sindicato, etc. o la administración,

<sup>179</sup> Para el tema de la producción privada de la prueba, sujeta a refutación por prueba contraria, ver en este *Tratado* el t. 4, *op. cit.*, cap. VI, § 19, 22.8, 26.2 y cap. VII, § 10, ap. 10.1, etc.

<sup>180</sup> Analizamos en el t. 4, *op. cit.*, cap. VI, algunos de los problemas que presentan diversos medios de pruebas: informes y prueba documental (§ 19 a 21, 23, 26), testimonios orales o escritos (§ 22, 24), posiciones (§ 25), pericias (§ 26), etc.

<sup>181</sup> “No sabemos: sólo podemos adivinar [...] Pero domeñamos cuidadosa y austeramente estas conjeturas o anticipaciones imaginativas y audaces, por medio de contrastaciones sistemáticas [...] nuestro método de investigación no consiste en defenderlas para demostrar qué razón teníamos; sino por el contrario, tratamos de derribarlas” (POPPER, *La lógica...*, *op. cit.*, p. 259).

<sup>182</sup> T. 4, *op. ult. cit.*, cap. VII, “Producción y valoración de la prueba;” cap. VI, “Apertura a prueba. Medios de prueba.”

<sup>183</sup> Guardando siempre la prudencia documental que sugerimos en el t. 2, *op. cit.*, caps. I y IX.

<sup>184</sup> Lo explicamos en el t. 3, cap. VII, “Los actos administrativos como instrumentos públicos.”

<sup>185</sup> BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 134; LEVI, *op. cit.*, p. 5 y sus referencias. Comparar LORD DENNING, *The Due Process of Law*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>186</sup> Ver el t. 4, *op. cit.*, cap. VII, “Producción y valoración de la prueba.”

en el caso de la gestión ante las propias reparticiones públicas) y la justicia después, si la cuestión debe llegar a juicio.

En este punto, como tal vez en otros, la experiencia pareciera resultar insustituible<sup>187</sup> y debe ajustarse a las circunstancias de tiempo y lugar, a las personas concretas que desempeñan, en el momento de que se trata, las funciones decisorias en sede administrativa o judicial.

En este último aspecto, el escrito puede verse influenciado por las características de quien ha de decidir<sup>188</sup> pero como existen sucesivas instancias y el tiempo puede producir cambios en la magistratura o la administración, resulta difícil el arte de armar una argumentación que no contradiga frontalmente la actual o potencial idiosincrasia de los órganos de decisión.<sup>189</sup>

### 6.6. *El devenir del tiempo en el caso*

Debe aprenderse a reconocer el carácter dinámico de todo problema y determinar cómo ello afecta el encuadre y posibles soluciones del mismo a través del tiempo que transcurrirá desde su iniciación hasta su posible conclusión:<sup>190</sup> “la solución de todo caso jurídico tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso.”<sup>191</sup>

En otras palabras, debemos evitar en el caso concebir al derecho como sistema en que “no hay procesos temporales, no hay causa ni efecto, no hay pasado ni futuro.”<sup>192</sup> Cabe estar en consecuencia siempre atento a los cambios en los hechos que se producen a través del tiempo, los cambios en la percepción y prueba de ellos, la información adicional que se produce, etc. y evaluar siempre cómo afecta ello el caso.<sup>193</sup>

Pero no sólo “pueden presentarse factores sobrevinientes” que modifiquen:

1º) “el supuesto de hecho inicial,” sino que también pueden cambiar,

2º) “las reglas aplicables,”<sup>194</sup>

<sup>187</sup> Lo cual no quita que existan también elementos teóricos obtenidos a partir de la experiencia y de otras disciplinas, que ayudan a valorar determinadas pruebas. A título de ejemplo, para la apreciación de la veracidad de los testigos, ver MIRA Y LÓPEZ, EMILIO, *Manual de psicología jurídica*, Buenos Aires, El Ateneo, 1980, 6ª ed., pp. 115-126.

<sup>188</sup> CARRIÓ, *Cómo estudiar...*, *op. cit.*, p. 49 y ss., § 4º, 6º, 10º, 12º) y concordantes; p. 61, § III; § IV en combinación con el ap. 11) del § II del mismo art., etc. Hay aquí mucho material para la reflexión, que los abogados formados deben realizar cotidianamente en su trabajo profesional.

<sup>189</sup> Nos remitimos a las reflexiones de CUETO RÚA, *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 159 y ss.

<sup>190</sup> Ver el t. 2, *op. cit.*, caps. IX a XIII.

<sup>191</sup> CARRIÓ, *Cómo estudiar...* *op. cit.*, p. 34, § K.

<sup>192</sup> COHEN, FÉLIX S., *El método funcional en el derecho*, *op. cit.*, p. 122, quien desde luego lo afirma con criterio general.

<sup>193</sup> ROMBAUER, *op. cit.*, pp. 328-9.

<sup>194</sup> CARRIÓ, *Cómo estudiar...*, *op. cit.*, pp. 32 y 33, § G. En otro sentido dice LEVI, *op. cit.*, p. 12, que “Las reglas cambian mientras son aplicadas,” lo que también es exacto, sobre todo en derecho administrativo.

3º) “el resultado que se considera deseable,”<sup>195</sup>

4º) la autoridad decidente,

5º) el entorno jurídico político,

6º) las ideas dominantes en la sociedad o en el gobierno,<sup>196</sup> etc.

El transcurso del tiempo obliga así a un reanálisis constante de todos los factores del caso. Los hechos y circunstancias de un caso pueden irse modificando a través del tiempo, como así también los intereses y valores en juego. Más aún, tanto el abogado como la administración van introduciendo modificaciones en la situación de hecho originaria, cada uno para mejor adecuar el caso a una correcta solución jurídica.

Es necesario por ende considerarlo dinámicamente y en función del tiempo, lo cual impone estimar no solamente en *qué* tiempo<sup>197</sup> se piensa que ocurrirán qué cosas, sino también decidir *cómo* y *quién* habrá de proveer *cuándo* el impulso para que se produzcan.

Es que importa precisar que si bien la teoría jurídica en materia de procedimiento ante la administración pública indica p. ej. la aplicación del principio de la impulsión de oficio, la práctica es en verdad la impulsión directa por la gestión personal del particular o interesado.

Al mismo tiempo y no obstante la existencia del principio de contradicción, en la gestión ante la administración pública, en tanto no se instituyan tribunales administrativos,<sup>198</sup> casi siempre se produce un desbalance que judicialmente no se debería en buenos principios aceptar. En efecto, en la práctica administrativa cada parte necesariamente arguye su caso ante el funcionario sin la presencia de la contraparte y sin posibilidad oportuna de corregirla o contradecirla.<sup>199</sup>

<sup>195</sup> CARRIÓ, *op. loc. cit.*

<sup>196</sup> Ocurre a su vez que a veces el gobierno, aún electo democráticamente, no representa el pensamiento de la sociedad, pues fue fruto del voto de una minoría. Esos casos son particularmente difíciles pues el gobierno está convencido que, por haber sido electo, entonces tiene razón. No es así.

<sup>197</sup> Tratamos este tema en el t. 4, *op. cit.*, cap. VIII, § 1, 1.1, 1.2 y 1.3. El tiempo también es de significativa importancia en los juicios de responsabilidad del Estado: Ver nuestros artículos “La responsabilidad del Estado en la práctica,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729-38. Nueva versión, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires DRA. MARÍA GRACIELA REIRIZ*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

<sup>198</sup> Iniciamos el planteo en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, cap. II. Hemos seguido explicitando la idea en “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962. Previamente publicado bajo el título: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32.

<sup>199</sup> Ver LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 85.

Del mismo modo, el decurso del tiempo puede ir demostrando que a pesar del énfasis argumental puesto inicialmente en determinados aspectos, ellos pueden no resultar posteriormente los más relevantes o actuales, obligando entonces a tener un espíritu crítico permanente<sup>200</sup> y la suficiente adaptabilidad para readecuar el planteamiento del problema. Lo cual, desde luego, se puede hacer privadamente y en vía administrativa<sup>201</sup> y aun estando en litigio, por las negociaciones y eventuales transacciones.

Debe así aprenderse a descubrir cómo se analizan los hechos según el momento histórico en que el caso se plantea, cómo se construye un razonamiento adecuado a los tiempos y sus valores sociales, cómo se efectúa un discurso hilvanado y lógico, cómo se propone una solución convincente y razonable, cómo se argumentan los pros y los contras de las diversas alternativas que cada caso puede presentar, todo ello no en un supuesto vacío atemporal y aespacial, sino al contrario permanentemente bien centrado en el tiempo y en el espacio real, sin oportunismo político y con espíritu de justicia. Todo ello, claro está, es mucho más fácil decirlo que hacerlo en un caso concreto.

## 6.7. Algunos aspectos específicos

### 6.7.1. *El objeto del acto administrativo*

Es parte integrante del análisis documental el identificar el objeto<sup>202</sup> del acto administrativo,<sup>203</sup> dándole atención prioritaria y reflexionando realista y empíricamente sobre el tipo de problema que ese objeto o contenido central del acto plantea en la práctica, en el contexto de la realidad material a que el mismo se refiere o en la cual se inserta.

### 6.7.2. *La “causa” o sustento fáctico del acto. La motivación*

Corresponde también identificar los hechos de la realidad que dan justificación, motivo o causa fáctica al acto administrativo,<sup>204</sup> diferenciándolos de la motivación del acto o explicación de tales hechos externos al acto,<sup>205</sup> cuidando no prestar una atención desmesurada a ésta, a punto tal que llegue a impedir la percepción del

<sup>200</sup>Sobre el rol crítico del docente en la asistematicidad del derecho viviente, nos remitimos a nuestra *Teoría general del derecho administrativo, op. cit.*, 1984, pp. XIV y XV del prólogo; reproducido en *Derechos humanos, op. cit.*, cap I, § 3.3, “La influencia asistemática de la doctrina.”

<sup>201</sup>*Infra*, t. 4, *op. cit.*, cap. III, § 17.

<sup>202</sup>Esto es, lo que el acto decide: t. 3, *op. cit.*, cap. VIII, ap. II, § 4 y ss.

<sup>203</sup>Según la extensión que atribuimos al concepto en el t. 3, *op. cit.*, caps. I a IV.

<sup>204</sup>T. 3, *op. cit.*, cap. IX, § 8.2; cap. VIII, § 5 ap. a), p. VIII-10; § 7, “Imposibilidad de hecho,” etc. El sustento fáctico suficiente es parte de la garantía de razonabilidad de *todos* los actos estatales, la que desarrollamos en el cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo.” Un planteo más general de la racionalidad económica, en nuestros citados arts. “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional;” “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” donde explicamos la interacción entre estos principios jurídicos.

<sup>205</sup>Ver t. 3, *op. cit.*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.”

objeto mismo o de la situación fáctica que le da o quita sustento. En otras palabras, es indispensable que en el análisis de los hechos se perciba la realidad y no solamente el texto del documento, tratándose de un acto escrito; o las palabras o circunstancias en que se lo expresa si se trata de un acto verbal, o ambos si se superponen actos verbales y escritos. Los hechos materiales, las circunstancias y conductas realmente acaecidas son fundamentales para el correcto encuadre de los hechos en el derecho.<sup>206</sup>

El análisis del acto desde el punto de vista fáctico comprende indispensablemente el estudio de los hechos, expresados o no en la motivación del acto; de la realidad externa al acto y a la cual el mismo objetivamente se refiere o relaciona —lo diga o no la motivación—, que lo enmarca y encuadra. Se trata de la adecuada percepción de la realidad en la cual el acto se inserta, o sea, de la “causa” o motivo que el acto tiene en dicha realidad, independientemente de cuáles sean sus expresiones de razones, o invocación de argumentos en la motivación.

Esto es esencial para entender y aplicar el derecho: si uno lee *Cine Callao* y no advierte que la Corte no percibió los hechos, erra el camino; si lee *Chocobar* creyendo que los fundamentos expuestos son los reales y no los que recogieron día a día todos los diarios del país,<sup>207</sup> también se equivoca; lo mismo con *Marbury v. Madison* si desconoce el contexto político, no explicado en el fallo y así sucesivamente; lo mismo vale para leyes, decretos, sentencias, reglamentos, actos administrativos de cualquier especie. Quien no entendió los hechos del caso, nada entenderá del derecho en el caso.<sup>208</sup>

### 6.7.3. *La presunción de legitimidad del acto administrativo y la prueba*

Hay un error político de gran persistencia: la tendencia a creer ciegamente a quien ejerce el poder, parecida a la creencia en sí mismo que tiene el que ejerce dicho poder. Ello es válido no solamente para lo político sino también para lo jurídico, donde se lo ha vestido de diversos ropajes.

Debe por lo tanto evitarse el error común de creer que todo lo que la autoridad dice es cierto, por el solo hecho de que lo diga, confundiendo entonces presunción de legitimidad<sup>209</sup> con verdad lisa y llana, lo que resulta no sólo lógicamente insostenible sino también un error político sustancial en materia de derecho político y administrativo,<sup>210</sup> que pagamos caro en una sociedad cada vez más permeada de autoritarismo.<sup>211</sup>

<sup>206</sup> Ver también lo que decimos en el cap. V de nuestra *Introducción al derecho*, *op. cit.*

<sup>207</sup> Lo explicamos en “Cómo leer una sentencia,” cap. V de *Introducción al derecho*, *op. cit.*

<sup>208</sup> Ver también nuestras glosas a NIETO, *Las limitaciones...*, *op. cit.*

<sup>209</sup> Ver t. 3, *op. cit.*, cap. V, sec. II, § 2 a 6.

<sup>210</sup> La ubicación política en la materia es arquitectónica. Al respecto ver en este mismo t. 1 el cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo.”

<sup>211</sup> Ver nuestro artículo “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009.

### 6.8. *La razonabilidad de todos los elementos en juego*

Debe también muy especialmente determinarse la razonabilidad tanto del acto como de las normas en que el acto se funda, o que aplica<sup>212</sup> y de los hechos que lo sustentan. Todo ello, sin incurrir en falacias formales o no formales del razonamiento,<sup>213</sup> detectando asimismo las que se hayan producido o produzcan en el decurso de las actuaciones. En tal sentido, cabe también recordar a SANTO TOMÁS cuando enseñaba que no se razona con la fe, ni se tiene fe con la razón, axioma que puede extenderse a los aspectos emotivos y racionales que cada caso pueda contener. El manejo racional de las pruebas de carácter emotivo es pues uno de los requisitos de un análisis eficaz del problema.<sup>214</sup> Por ello son más complicados los casos del momento político presente que los ya más distantes en el tiempo.

### 6.9. *Encontrar las normas aplicables al caso*

El alumno debe también entrenarse en encontrar las normas y principios jurídicos aplicables al caso, sean ellos: a) supranacionales,<sup>215</sup> que son como la “marea creciente. Penetra en los estuarios y sube por los ríos. No puede ser detenida,”<sup>216</sup> b) constitucionales,<sup>217</sup> c) legales<sup>218</sup> y por último d) reglamentarias. Este último, que es el problema cualitativamente menor, a veces se transforma en uno cuantitativamente mayúsculo<sup>219</sup> a punto tal que a veces lo cuantitativo supera el nivel de lo cualitativo.

Una de las mayores dificultades de la aplicación del ordenamiento jurídico administrativo es partir de las normas y *principios* supranacionales y consti-

<sup>212</sup> Ver *infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. VIII, § 8; cap. IX, § 8, “Distintos casos de arbitrariedad,” § 9, “Diferencias entre la arbitrariedad y el vicio tradicional de violación de la ley;” cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.”

<sup>213</sup> Ver t. 3, *op. cit.*, cap. IX, § 8.4.1, “Falacias no formales” y § 8.4.2, “Falacias formales.”

<sup>214</sup> Para las pruebas emotivas, BINDER y BERGMAN, *op. cit.*, p. 105 y ss.

<sup>215</sup> Para la discusión de este tema nos remitimos al cap. VI; nuestro art. “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno” (1990, reproducido en *LL*, 1992-B, p. 1292), antes reproducido en el cap. III de nuestro libro *Derechos Humanos, op. cit.*

<sup>216</sup> LORD DENNING, *The Discipline of Law, op. cit.*, p. 18, quien agrega que “sin duda” las cortes nacionales “deben seguir los mismos principios” que las cortes internacionales, en la aplicación de los tratados que contienen normas de derecho interno.

<sup>217</sup> *Infra*, cap. VII, § 1 a 3. Conviene recordar que el art. 75 inc. 22 de la Constitución reconoce como mínimo rango *constitucional* a los tratados de derechos humanos, lo mismo que el inc. 24 a los tratados de integración latinoamericanos y que la Corte incluye en ello la jurisprudencia supranacional. La regla inevitablemente se expandirá.

<sup>218</sup> Cap. VII, § 5 a 8.

<sup>219</sup> Cap. VII, § 9 a 17; nuestro libro *La administración paralela, op. cit.* Dada su cantidad y constante mutación, no siempre es una tarea fácil encontrar la norma reglamentaria aplicable. Es uno de los problemas todavía no resueltos de información en materia administrativa. Una luz de esperanza se asoma a través de los motores de búsqueda en Internet, cada vez más sofisticados y que requieren más sofisticación en el usuario. De todas maneras, debe tenerse presente la doble limitación a la facultad reglamentaria que emerge de la Constitución en materia de reglamentos delegados y de necesidad y urgencia: arts. 76 y 99 inc. 3º, no obstante el abuso que de ellos constantemente se realiza. Ampliar *infra*, cap. VI, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” punto III, “Los reglamentos,” pp. VI-15-40.

tucionales y luego ir subsumiendo en ellas las normas de rango legislativo y reglamentario con decreciente valor normativo. El no jurista<sup>220</sup> tiende a invertir el orden de jerarquía normativa y dar mayor importancia al más mínimo reglamento, aunque contravenga los principios generales del derecho, normas y principios legales, constitucionales y supraconstitucionales, etc. El tema es antiguo y no justifica discusión jurídica de nivel teórico serio,<sup>221</sup> pero es cotidiano en la práctica. Así como se cometen crímenes que no siempre la justicia llega a castigar, no es infrecuente que se cumpla una pequeña regla administrativa absurda, injusta, maliciosa, irracional y no los grandes principios jurídicos.

### 6.10. *Las vías alternativas de comportamiento*

A continuación, es necesario imaginar y razonar varias vías posibles de solución o comportamiento —o abstención de comportamiento—, conducta procesal judicial o extrajudicial, negociación, etc., plausibles y razonables para el caso, que no contravengan desde luego el ordenamiento jurídico ni la ética profesional y que a su vez tengan también viabilidad práctica desde todo punto de vista, en relación a los intereses en juego y a la justicia objetiva del caso. Con frecuencia un problema puede resolverse propiciando una modificación de los hechos que lo generan. Un diverso comportamiento ayuda a un diverso encuadre de algún modo transaccional. Mantenerse impertérrito en la primera conducta, cuando ha originado un problema, no es una reacción inteligente.

Al mismo tiempo, debe recordarse una vez más que constituye una falsa quimera el pensar que los casos de derecho tienen una única, necesaria, verdadera y válida solución. No hay casos iguales, solamente parecen serlo.

Así, la hipótesis de “solución” que pudo parecer “mejor” en determinado momento, puede en definitiva llegar a no serlo por infinitas razones: imperfecta apreciación de los hechos, incompleto conocimiento de ellos, dificultades o fracasos en la obtención de la prueba conducente a acreditarlos, la propia mutación de la situación fáctica, de los intereses en juego, de los valores sociales aplicables, incluso de las normas legales o supranacionales, de la jurisprudencia, etc.

Por ello, en derecho al igual que en cualquier otra ciencia, la supuesta “solución” que se cree encontrar al caso, o la vía de comportamiento o conducta procesal

<sup>220</sup> A menor nivel del agente público o privado en la escala jerárquica, mayor importancia le da a la norma reglamentaria.

<sup>221</sup> Ver *infra*, cap. VI; nuestra *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, caps. I y II; nuestras glosas a NIETO, *op. cit.* Ampliar en RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, 1962, traducción de M. I. AZARETTO de *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 76 y ss., traducción de *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1983, 2ª ed.; esto ya fue dicho por SAVIGNY en su *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1840, 5, p. 10 y ss. Más recientemente encontramos a GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, pp. 97-103; ATALIBA, GERALDO, *Constituição e República*, *op. cit.*, p. 14; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Elementos de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 229 y ss.; *Curso de Direito Administrativo*, San Pablo, Malheiros, 2002, 14ª ed., p. 91 y ss.

que se resuelve elegir y que por supuesto habrá que argüir y fundar adecuada y convincentemente, es de todos modos siempre una hipótesis o conjetura, que luego los hechos posteriores y el tiempo invalidarán o no.

Dicho en las palabras de MUNROE SMITH que recuerda CARDOZO, las reglas y principios no son soluciones finales, sino hipótesis de trabajo: cada nuevo caso es un experimento y si la regla que parece aplicable da un resultado injusto, el resultado debe ser repensado.<sup>222</sup>

Sin duda, el abogado que debe dar una respuesta a su cliente deberá al final de su proceso mental, o de su tiempo,<sup>223</sup> dar una opinión: el cliente quiere a veces “su opinión y no sus dudas;”<sup>224</sup> a más, por cierto, de las completas y analíticas razones y fundamentos de su opinión, que deberán luego resistir o amoldarse ante el *test* de la crítica.

Del mismo modo, el administrador o el juez podrán expresar en la decisión las dudas que tengan, pero al final del acto de resolver deberán hacerlo asertivamente, exponiendo antes los argumentos necesarios para sustentar fáctica y normativamente su decisión.

El abogado de la administración podrá envolver en lenguaje potestativo y discrecional las conclusiones de su dictamen, pero tampoco puede evitar consignar cuál es la alternativa que propone para la decisión.

Con todo, esta necesidad en todos los casos inevitable de resolver o aconsejar concreta y definidamente algo razonado y fundamentado, que exprese en forma adecuada y suficiente los argumentos de hecho y de derecho que lo sustentan, no altera que siempre lo resuelto o propuesto es una hipótesis más, no una verdad eterna.

Tampoco el hecho de que los debates y discusiones posteriores a veces presten especial atención al tipo de argumentación expuesto, o de fundamento jurídico empleado, debe hacer olvidar que la *ratio* de la cuestión siempre estará en los hechos y el análisis que de ellos se haga.<sup>225</sup>

En cualquier caso de derecho existen una serie de cuestiones jurídicas que deben ser dilucidadas por quien ha de resolverlo. Muchas de ellas el abogado entrenado no necesita a veces ni siquiera plantearse, por cuanto las percibe automáticamente y en un instante. El abogado no familiarizado con la materia, o el estudiante de derecho, puede en cambio encontrar tal vez alguna utilidad en analizar tales aspectos.

<sup>222</sup> CARDOZO, *op. cit.*, p. 23; MUNROE SMITH, *Jurisprudence*, Columbia University Press, 1909, p. 21. En el mismo sentido CARDOZO recuerda a ROSCOE POUND y a POLLOCK: es una apreciación común y tradicional en el derecho norteamericano. Es lo mismo que ocurre en los tribunales internacionales cuando son integrados por personas con experiencia como operadores del derecho.

<sup>223</sup> Ver nuestro trabajo “El tiempo en la decisión jurídica,” *op. cit.*

<sup>224</sup> LORD DENNING, *The Discipline of Law*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>225</sup> En tal sentido, se ha dicho que “lo que un juez hace es más importante que lo que dice que hace”: REED DICKERSON, “Some Jurisprudential Implications of Electronic Data Processing,” en la revista *Law and Contemporary Problems*, *op. cit.*, p. 53 y ss., p. 68.

Luego de haber adecuadamente analizado lo atinente a la validez del acto,<sup>226</sup> fundamentalmente a su razonabilidad frente a los hechos del caso, derechos que afecta, etc., lo más importante en el análisis jurídico es determinar las opciones posibles y luego elegir una.

Las principales opciones a considerar pueden agruparse entre las siguientes preguntas que uno debe formularse frente al caso:

a) cuáles son todas o al menos las principales vías alternativas —razonables, desde luego, no disparatadas—<sup>227</sup> de comportamiento jurídico<sup>228</sup> o material, incluso de acciones u omisiones (o sea, no debe olvidarse la posibilidad de realizar comportamientos que permitan mejorar el encuadre de los hechos que se analizan, dentro del derecho);

b) y cuáles son todos los aspectos positivos y negativos de cada una de ellas.

Dicho en otras palabras, qué fundamentos o razones en pro y en contra de cada una de ellas y conjugados de qué manera, van llevando al abogado a preferir o no, razonable y fundadamente, alguna o algunas de tales vías:

a) omisión,<sup>229</sup>

b) negociación,<sup>230</sup> gestión, *lobby*, comportamiento material, etc.,<sup>231</sup> incluyendo el intento de someter la cuestión a arbitraje cuando ello es posible y deseable;

c) recurso, reclamo o denuncia administrativa,<sup>232</sup>

d) acción judicial, teniendo cuidado de introducir el caso federal de manera suficiente y adecuada en la primera oportunidad procesal y mantenerlo en forma expresa y clara en cada una de las sucesivas instancias, como así también introducir en su caso la violación a derechos supranacionales, a fin de ocurrir en la oportunidad procesal pertinente por ante los organismos y tribunales de carácter internacional.

Una vez resuelto el tipo de comportamiento que se considera preferible y no tratándose del caso de un hecho u omisión a realizar, cabe desde luego desarrollarlo a través de la *redacción* del acto jurídico (recurso, reclamo, denuncia,

<sup>226</sup> Ver t. 3, *El acto administrativo, op. cit.*, caps. VIII, IX, X, XI, XII y XIII.

<sup>227</sup> Pues es ésta precisamente una de las aptitudes integradoras o globalizadoras del acto de creación en el cerebro humano, que lo diferencia de la computadora más sofisticada.

<sup>228</sup> Por lo que hace a los recursos en sede administrativa y al amparo por mora en sede judicial, nos remitimos al t. 4, donde explicamos largamente estos mecanismos.

<sup>229</sup> Hay situaciones, sin duda, en que la solución es no hacer nada; o no hacer nada que importe una vía jurídica de acción, recurso, etc., sino un mero comportamiento que puede ser material o hasta intelectual e incluso introspectivo. Es lo que ocurre con "el caso de la cena de fin de curso," que hace años explicáramos en nuestras clases y en las primeras eds. del tratado.

<sup>230</sup> Ver p. ej. EDWARDS y WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*, St. Paul, West Publishing Company, 1977; WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlement*, misma editorial, 1983.

<sup>231</sup> Estas alternativas no debe dejar de considerarlas el abogado que recibe el caso en consulta y de continuarlas evaluando a través del tiempo. A veces, será la propia administración que le sugerirá al administrado una vía de comportamiento material que, modificando la situación de hecho, permita encarar la resolución de la cuestión.

<sup>232</sup> Para sus diferencias ver en el t. 4 el cap. III, § 2.

acción judicial, etc.) que en su caso se considera preferible, seleccionando<sup>233</sup> y graduando<sup>234</sup> los argumentos que va a utilizar, sin excluir desde luego los hechos y argumentos adversos.<sup>235</sup> La adecuada y suficiente fundamentación, sobre todo de hecho, es desde luego tan indispensable como también lo es la necesaria fundamentación suficiente en derecho. Si se elige el camino de sugerir vías de omisión, gestión, negociación<sup>236</sup> o comportamientos que no suponen la interposición de remedios legales, entonces debe pasarse a la explicación del comportamiento material, negociación u omisión que se recomienda.

En el caso de una autoridad administrativa o judicial que debe decidir una cuestión, los pasos son esencialmente los mismos; debe también evaluar los hechos, ponderar la razonabilidad, sopesar las vías alternativas de solución, elegir alguna, escribirla, fundarla suficiente, adecuada y convincentemente para no incurrir en un acto arbitrario por falta de suficiente motivación o sustento fáctico. Incluso el tiempo puede a veces manejarlo y de hecho lo maneja.<sup>237</sup>

En lo que se refiere a la elección de una solución creativa del caso y la redacción del escrito, nos remitimos a lo expuesto en *El método en derecho*.<sup>238</sup> En todo caso la primera regla es clara: *empezar* a escribir, aunque sea el relato del caso y la descripción de sus hechos o transcripción de sus normas; poco a poco iremos construyendo y puliendo la argumentación y la resolución finales. Es la aplicación del aforismo chino de que un camino de diez mil millas se inicia con el primer paso.

### 7. Inexistencia de reglas generales para solucionar casos

Por lo expuesto, es oportuno recordar el viejo aforismo según el cual para la solución de casos “la única regla es que no hay ninguna regla,” y el axioma popperiano de que “Nunca se puede estar seguro de nada.”<sup>239</sup> Tal como explicamos en la primera parte de este cap., no existen reglas previas de las cuales “deducir” una solución, ni tampoco reglas empíricas a partir de las cuales “inducirla.”

<sup>233</sup> Deben argüirse las cuestiones centrales. Ampliar en ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329 y en la nota siguiente. Lo mismo vale desde luego para la redacción de decisiones administrativas o sentencias judiciales, en que el que debe decidir con frecuencia omite consignar la totalidad de sus fundamentos, eligiendo sólo aquellos que resultan más aptos para la explicación pública.

<sup>234</sup> Según el sabio consejo de MORELLO, debe evitarse “agotar” todos los posibles argumentos *jurídicos* del tema, so pena de dificultarle la tarea decisoria a la autoridad administrativa o judicial: no debe hacerse difícil la tarea de encontrar fundamentos *nuevos* que no sean repetición de los del peticionante, en caso de encontrarle razón. Nos remitimos nuevamente a *El método...*, *op. cit.*

<sup>235</sup> ROMBAUER, *op. cit.*, p. 329. En materia administrativa los letrados suelen a veces fallar por no colocarse mentalmente en la situación del funcionario público y no poder entonces prever, probar y argumentar conforme a los razonamientos que éste luego aplicará en la decisión.

<sup>236</sup> Ver p. ej. EDWARDS y WHITE, *Problems, Readings and Materials on the Lawyer as a Negotiator*, *op. cit.*; WILLIAMS, *Legal Negotiations and Settlements*, *op. cit.*

<sup>237</sup> Nos remitimos a *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, *op. cit.*, pp. 55-8.

<sup>238</sup> *Op. cit.*, caps. VII a XII, pp. 99-197.

<sup>239</sup> Salvo, tal vez, del demostrado error o la conjetura falsada, en su terminología.

“La persuasión de que la propia infalibilidad es un mito lleva por fáciles etapas y con algo más de satisfacción a la negativa de adscribir infalibilidad a los otros.”<sup>240</sup>

No incurramos pues en el error científico de pretender inducir para futuros casos, reglas generales a partir de anteriores casos particulares (empirismo). Por ende, hay que *diferenciar* cada caso de otro “semejante” o “análogo” que se haya hecho o visto previamente y evitar tanto caer en errores anteriores como en “soluciones” de casos previos, que no es sino una variante del mismo error metodológico.<sup>241</sup>

No hay casos “típicos;” es el método lo que debe aprenderse experimentalmente, no las supuestas “soluciones” en cada caso y en todos ellos se debe buscar una hipótesis o conjetura que sea nueva, creativa, imaginativa pero ajustada a la realidad del caso y de los hechos que le sirven de “causa;” que no sea una mera adaptación de “soluciones” anteriores en supuestos semejantes en apariencia, pero que resultarán siempre diferentes en la nueva situación fáctica y por ende jurídica.

Luego, sin duda, continúa el proceso de aproximaciones sucesivas en que al construir los razonamientos fácticos y jurídicos que constituirán la motivación o explicación de la hipótesis, se la refina, modifica, altera o sustituye, hasta que llega el momento en que la decisión “definitiva” es tomada en el sentido de volcarla al papel, en alguna de sus sucesivas versiones de trabajo, firmarla y darla a conocer.

Allí quedó cerrada una etapa de trabajo, no resuelto un problema: la ciencia lo seguirá debatiendo siempre.

<sup>240</sup> CARDOZO, *op. cit.*, p. 30.

<sup>241</sup> En sentido análogo CARRIÓ, *Cómo estudiar...*, *op. cit.*, p. 53.

## Capítulo II

### PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO<sup>1</sup>

#### 1. *El derecho administrativo en el Estado de policía*

El derecho administrativo en cuanto conjunto de normas que regula las relaciones del Estado con los particulares, puede decirse que ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado.<sup>2</sup> Pero ello no ha sido suficiente *ab origine* para la creación de una disciplina. Esta época es la de las monarquías absolutas,<sup>3</sup> dando origen a principios jurídicos idénticos en distintos países y momentos históricos: *quod regis placuit legis est, the King can do no wrong, le Roi ne peut mal faire*.<sup>4</sup> En esos momentos el derecho administrativo se agota en un único precepto: Un derecho ilimitado para administrar;<sup>5</sup> no se reconocen derechos del individuo frente al soberano;<sup>6</sup> el particular es un objeto del poder estatal, no un sujeto que se relaciona con él.

<sup>1</sup> Comparar el magnífico *Derecho Administrativo Mexicano* de NAVA NEGRETE, ALFONSO, México, D.F., FCE, 1995, pp. 49-56; BENVENUTI, FELICIANO, *Disegno dell'Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Padua, CEDAM, 1996, pp. 6-41, "Conclusiones del pasado;" p. 43 y ss., "Las bases actuales" y pp. 459-92, "Introducción al futuro."

<sup>2</sup> Hay normas de derecho administrativo ya en el derecho romano: BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, México, FCE, 1964, 3ª ed., p. 260 y ss.; BURDESE, A., *Manuale di diritto pubblico romano*, Turín, UTET, 1975, 2ª ed.; SERRIGNY, D., *Droit public et administratif romain*, 2 vols., París, Durand, 1862. Una versión distinta en FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Panorama del derecho administrativo al comienzo de su tercera centuria*, Buenos Aires, La Ley, 2002.

<sup>3</sup> Por cierto hay sistemas negatorios de los derechos individuales bajo regímenes políticos diversos. Ver GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1989, 11ª ed., pp. 56-7; MERKL, ADOLFO, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, p. 95; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, t. II, p. 118.

<sup>4</sup> Ideas, por lo demás, vinculadas a las teorías sobre el origen divino del poder monárquico. Sobre estas conexiones ver las referencias que hacemos *infra*, nota 10. También hay referencias más siniestras, como el *Führerprinzip*, o en nuestra izquierda doméstica, la "bajada de línea."

<sup>5</sup> MERKL, *op. cit.*, pp. 95-6.

<sup>6</sup> El principio era que "no existen reglamentos que sean obligatorios para la autoridad frente al súbdito": MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1949, t. I, p. 50; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Tecnos, 1968, 3ª ed., p. 32.

Esta concepción ha sido denominada *Estado de policía*.<sup>7</sup> En él, al reconocerse al soberano un poder ilimitado en cuanto a los fines que podía perseguir y los medios que podía emplear, mal podía desarrollarse un análisis metodológico de ese poder. No creemos que pueda afirmarse lisa y llanamente que *no existía* un derecho público, como p. ej. dice MAYER,<sup>8</sup> pues incluso ese principio del poder ilimitado y las normas por él emanadas constituyeron un cierto ordenamiento positivo, aunque “no eran obligatorias para el gobierno en sus relaciones con los súbditos; no constituían, para éstos, ninguna garantía,”<sup>9</sup> en todo caso, es claro que no existía una rama del conocimiento en torno a él. Paralelamente o hacia el final de aquella época nace y se desarrolla el derecho canónico, que estaría destinado a influenciar las primeras etapas de la siguiente evolución.<sup>10</sup>

## 2. Su primera evolución en el nacimiento del constitucionalismo: lentitud e imperfección de los cambios

### 2.1. La evolución inconclusa

Con el nacimiento del constitucionalismo en los EE.UU., con la eclosión de la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre, se acelera a fines del siglo XVIII un proceso de cambio en la vida política ya iniciado anteriormente con la Carta Magna y continuado en los fueros juzgos, pero que ahora afectará más aun la relación entre el Estado y los habitantes.<sup>11</sup>

Es claro que no se debe hacer una simplificación excesiva de uno u otro suceso histórico ya que no son sino puntos de inflexión en una larga historia que no empieza ni termina allí;<sup>12</sup> en realidad, cabe subdistinguir muchas etapas históricas del derecho administrativo en el pasado,<sup>13</sup> pero de todos modos el valor demostrativo del comienzo del constitucionalismo moderno no puede ser desco-

<sup>7</sup>Dice MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1985, p. 35; “Es la lucha entre el rey y el pueblo.” Es curioso que en Europa las monarquías son ahora democráticas y constitucionales, y en nuestra república tenemos monarcas de facto y a la antigua.

<sup>8</sup>MAYER, *op. cit.*, p. 56 y nota 12. Ver también, en igual sentido, FERNÁNDEZ, *op. cit.*, y nota introductoria de JULIO RODOLFO COMADIRA.

<sup>9</sup>RANELLETTI, ORESTE, *Diritto amministrativo*, t. I, p. 398; LESSONA, SILVIO, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Florencia, 1964, pp. 177-78.

<sup>10</sup>Ver STARCK, CHRISTIAN, “The Religious Origins of Public Law,” *European Review of Public Law*, vol. 10, n° 3, Londres, Esperia Publications Ltd., 1998, p. 621 y ss.; “Das Christentum und die Kirchen in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten,” 1997, 31, *Essener Gespräche*, 5 a 30; “Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l’Union Européenne et ses États membres,” en JORGE MIRANDA (editor), *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 737-68.

<sup>11</sup>Comp. GROISMAN, ENRIQUE, “Observaciones críticas sobre la relación entre derecho administrativo y Estado de Derecho,” *RADA*, 18: 31 (Buenos Aires, 1977).

<sup>12</sup>GROISMAN, *Significado y caracteres de una administración pública regulada por el derecho*, Buenos Aires, 1976, p. 2 y ss.

<sup>13</sup>GHANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1970, pp. 9-62, analiza separadamente el derecho romano, el medieval y los siglos XVIII, XIX y XX; BENVENUTI, *op. loc. cit.*, analiza en cambio, como lo venimos haciendo desde 1966, pasado, presente y futuro, sin subdistinguir etapas.

nocido.<sup>14</sup> Del mismo modo, la versión inicial de la división de poderes o sistema de frenos y contrapesos se expresa hoy en día a través del concepto de creciente transferencia de competencias o incluso preferentemente de lisa y llana fractura del poder, como modo de control:<sup>15</sup> Va de suyo que el objetivo no es propiciar la mayor “eficacia” del gobierno, sino a la inversa, frenarlo en tutela de las libertades públicas. De ahí las distintas formas de expresar la misma idea: Que el poder controle al poder, que haya un sistema de frenos y contrapesos, que exista una fractura del poder, que no exista un poder absoluto, que nadie tenga todo el poder. A ello cabe agregar que en las postrimerías del siglo XX comienza a verificarse y se fortalece inequívocamente en el siglo XXI el reconocimiento supranacional e internacional de determinadas garantías y libertades, p. ej. en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que nuestro país ratificara en el año 1983, sometiéndose a la jurisdicción supranacional; en 1994 se constitucionaliza tal reconocimiento en el art. 75 inc. 22 de la Constitución. Se sigue avanzando con los tratados interamericano e internacional contra la corrupción<sup>16</sup> y sus cláusulas de jurisdicción universal; igualmente con la creación de la Corte Penal Internacional.<sup>17</sup> Por lo que respecta al proceso que se acostumbra mostrar como nacido, impulsado o con un fuerte punto de inflexión en el constitucionalismo, ya no se podrá decir que el Estado o el soberano puede hacer lo que le plazca, que ninguna ley lo obliga, que nunca comete daños, sino por el contrario podrá postularse la conjetura de que existen una serie de derechos inalienables que debe respetar, que no puede desconocer, porque son superiores y preexistentes a

<sup>14</sup> ANTONIN SCALIA me dijo en un almuerzo en su despacho, hace una veintena de años, que le gusta provocar al auditorio diciendo que la democracia americana es la más antigua del mundo, para contestar, cuando le recuerdan por ejemplo la democracia de Atenas, “Me referiría a democracias en funcionamiento.” O sea, es la más antigua democracia en funcionamiento del mundo. Por desconocimiento, nuestros medios consideran un *blooper* de Hillary Clinton cuando dijo exactamente lo mismo, perteneciendo a un partido opuesto al que designó a SCALIA en la Corte Suprema de EE.UU.

<sup>15</sup> Algo dijimos en “Organismos de control,” *RAP* 194: 107, Buenos Aires, 1994; *infra*, cap. III.

<sup>16</sup> El más reciente es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por ley 26.097. Normas y comentarios no nos faltan, es la dura realidad la que se resiste. Ver también nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción”, *LL*, 1997-E, 1091; con modificaciones, “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101 a 119; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 2000-IV-1269; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” *ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, VIII Encuentro de Asesores Letrados, Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10; “International Organization’s Accountability in Shared Public Governance,” exposición en Yaoundé, Camerún, el 18 de julio de 2003; traducido y corregido como “La futura responsabilidad de las organizaciones internacionales en un gobierno compartido,” *LL*, 2003-E, 1195. Reproducido en LÓPEZ OLVERA y VOCOS CONESSA (coords.), *Perspectivas del derecho público en el umbral del Siglo XXI*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 293-308

<sup>17</sup> ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

él. Comienza o se acentúa una nueva etapa de la larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder.<sup>18</sup> En este momento se da el germen del moderno derecho administrativo, pues al tomarse conciencia de que existen derechos del individuo frente al Estado y que el primero es un sujeto que está frente a él, no un objeto que éste pueda simplemente mandar, surge automáticamente la necesidad de analizar el contenido de esa relación entre sujetos y de construir los principios con los cuales ella se rige.

No fue ni es fácil, sin embargo, la evolución desde el “Estado de policía” al “Estado de Derecho,” en lo que respecta al derecho administrativo. El cambio institucional no se produjo de un día para otro y en todos los aspectos, ni está todavía terminado. No solamente quedan etapas por cumplir en el lento abandono de los principios de las monarquías absolutas u otros autoritarismos, sino que existen frecuentes retrocesos en el mundo en general y en nuestro país en particular, con caudillismos o dictaduras. El reconocimiento formal y universal de los derechos del hombre frente al Estado no hace más que marcar uno de los grandes jalones de una evolución histórica que se remonta más atrás y que no termina tampoco allí y ni siquiera ha terminado ahora,<sup>19</sup> sea por cuestiones imputables al legislador, a la jurisprudencia,<sup>20</sup> la doctrina,<sup>21</sup> a ambas,<sup>22</sup> etc.

De tal modo, algunas doctrinas y principios que habían comenzado a nacer con anterioridad ganaron mayor importancia y alcance, sin llegar sin embargo a sustituir del todo a las viejas concepciones. Aún sin considerar el importante retroceso de tantos gobiernos de facto que hemos sufrido en el país,<sup>23</sup> varios ejs. pueden demostrarlo.

## 2.2. *Los principios del pasado*

### 2.2.1. *La indemandabilidad del soberano*

El soberano no podía en el antiguo Estado de policía o del *Ancien Régime* ser llevado ante los tribunales como un litigante común, aunque desde el derecho

<sup>18</sup> Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1979.

<sup>19</sup> RIVERO, JEAN, “Le système français de protection des citoyens contre l’arbitraire administratif à l’épreuve des faits,” *Mélanges Jean Dabin*, Bruselas, Bruylant, 1963, pp. 813-36, reproducido en el libro *Pages de doctrine*, t. I, París, LGDJ, 1980, pp. 563-80.

<sup>20</sup> RIVERO, “Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir,” en el libro *Pages de doctrine, op. cit.*, t. II, p. 329; “Nouveaux propos naïfs d’un huron sur le contentieux administratif,” CONSEJO DE ESTADO, *Études et Documents*, n° 31, París, 1979-1980, pp. 27-30.

<sup>21</sup> Nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. 27-30.

<sup>22</sup> RIVERO, “Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif,” *Études et Documents*, París, Consejo de Estado, 1955, pp. 27-36, reproducido en *Pages de doctrine*, t. I, *op. cit.*, p. 63 y ss.

<sup>23</sup> Algo hemos dicho en el Prólogo de nuestro libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 6ª ed., 2006 y en *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimposición, 2001. También el art. 36 de la C.N. intenta prevenir la recurrencia de gobiernos de facto; el art. 29 intenta evitar la suma del poder público que se diera bajo Rosas por leyes expresas de la Legislatura.

romano existía la ficción del *Fiscus* como forma de demandarlo. El Estado moderno no pudo ser demandado durante mucho tiempo, exigiéndose en nuestro país hasta 1900 contar con una previa venia especial del Congreso,<sup>24</sup> y luego un reclamo administrativo previo, que todavía subsiste parcialmente como necesidad de agotar previamente la vía administrativa antes de acudir a la judicial, resultando así un injustificado privilegio de la administración frente al particular. Aún superado parcialmente ese aspecto del problema,<sup>25</sup> todavía cuesta entre nosotros demandar al Estado.<sup>26</sup>

### 2.2.2. *La irresponsabilidad del soberano*

El Rey “no podía dañar,” esto es, no cometía daños desde el punto de vista jurídico y por lo tanto era irresponsable por los daños materiales que causara; también el Estado constitucional fue durante mucho tiempo irresponsable por los perjuicios que ocasionara y recién en 1933 la Corte Suprema aceptó su responsabilidad extracontractual; pero ella todavía hoy dista bastante de ser satisfactoria,<sup>27</sup> máxime cuando limitaciones económico financieras lo hacen recurrir a soluciones del pasado, como explicamos en el cap. IV. Por eso para demandar al Estado por una indemnización por los daños cometidos, requiere volver a la máxima del año 1610, que para demandar hace falta bolsillo de banquero, paciencia de ermitaño, tener razón, saberla exponer, encontrar quien se la escuche, y se la quiera dar, y deudor que pueda pagar.<sup>28</sup> Ahora el Estado es teóricamente responsable, pero son pocos los que logran hacer efectiva esa responsabilidad si no tienen esa miriada de recursos a su disposición. Lo hemos explicado en otro lugar.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> Nuestro art. “La reclamación administrativa previa,” *ED*, 6: 1066, año 1963 y en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964, 1ª ed., p. 205 y ss.; Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., p. 477 y ss. Ver también CANOSA, ARMANDO N., *Procedimiento administrativo: Recursos y reclamos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, cap. octavo, pp.507-86

<sup>25</sup> La posterior involución legislativa hizo necesario tratarla: Ver *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2007, 9ª ed., cap. XII, “El reclamo administrativo previo.”

<sup>26</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, caps. XIII a XV.

<sup>27</sup> Ampliar *infra*, t. 2, cap. XX; REIRIZ, M. G., *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, EUDEBA, 1969; ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973.

<sup>28</sup> El Estado, a su vez, es insolvente y paga en bonos que después “*defaultea*” serialmente. El *Fiscus semper solvens est* nunca lo podemos aplicar porque entre nosotros es una ficción totalmente falsa. Es casi al revés, el fisco argentino nunca es solvente. Por ello es que la jurisprudencia comienza a analizar alternativas al desactualizado y falaz principio *solve et repete*, como lo explica PULVIRENTI, ORLANDO, “Juicio ordinario: ¿Posterior o simultáneo a la ejecución fiscal?” *LL, Supl. Adm.*, 20-III-09, pp. 7-10, comentando el caso *Paz* de la CCAyT, Sala I de la CABA, diciembre de 2008.

<sup>29</sup> Ver “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15-X-2008, pp. 3-12; reproducida en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22-X-2008, pp. 3-12. Nunca supimos quién autorizó esta ed. mutilada, en que para colmo se pone nuestro apellido en la tapa, sin autorización alguna.

### 2.2.3. *Los actos del príncipe*

Correlativamente con lo antes recordado, el acto del príncipe era como un acto de Dios, por encima del orden jurídico; su versión en el Estado constitucional fue la teoría de los “actos de imperio,” primero, y de los “actos de gobierno” o “institucionales,”<sup>30</sup> después. Todavía hoy existen autores que sostienen una o ambas teorías, a pesar de su desubicación histórica y jurídica, tratando casi siempre de cambiarles de nombre para ver si así pueden continuar sosteniéndolas. Vivimos en el pasado.

### 2.2.4. *La doble personalidad del Estado*

En la época de las monarquías absolutas, en que el rey era indemandable, irresponsable, etc., se ideó la teoría del “Fisco,” que venía a constituir una especie de manifestación “privada” del soberano, colocada en un plano de igualdad con los particulares; de este modo se atemperaba en parte el rigor de la concepción soberana del rey.<sup>31</sup> Suprimido el Estado de policía, abandonada la monarquía absoluta como forma de gobierno, no cabía sino llegar a la conclusión de que toda la personalidad del Estado era la misma y no precisamente igual que la del rey, sino que la del “Fisco.” Sin embargo, casi todos los autores hablaron también de una “doble personalidad” *del Estado*, como poder soberano y como sujeto de derecho; recién en los últimos años los autores argentinos han abandonado la distinción, pero todavía resta algún sostenedor de la concepción antigua.

### 2.2.5. *La “jurisdicción administrativa”*

En la vieja época monárquica existía la llamada “justicia retenida.” El soberano decidía por sí las contiendas entre partes; luego se pasa a la “justicia delegada,” en la que el rey “delega” la decisión a un consejo que sigue dependiendo de él, sin tener verdadera independencia como un tribunal de justicia.

En el Estado moderno existen tribunales, como también existieron en algunas monarquías, pero la legislación o los autores tratan a veces de otorgar a la administración activa, contra toda lógica, alguna parte del ejercicio de la jurisdicción, produciéndose así la contradicción de la llamada “jurisdicción administrativa.”

Es obvio que al abandonarse el absolutismo y pasarse a un sistema de división de poderes, es inconcebible que la administración activa jerza atribuciones que le corresponden al otro poder, a menos que se instituya dentro de su ámbito tribunales administrativos verdaderamente imparciales e independientes, que deberán estar sujetos a control judicial pleno. La doctrina argentina está bastante

<sup>30</sup> O no justiciables, constitucionales, etc., que no podrían ser impugnados judicialmente, así como antes los actos del príncipe: *Infra*, “Los actos de gobierno,” t. 2, cap. VIII.

<sup>31</sup> El origen es el *fiscus* romano: SOTO KLOSS, EDUARDO, “Sobre el origen de la *teoría del fisco*, como vinculación privatista del príncipe,” *RDP*, 12: 63, Santiago de Chile, 1971.

dividida al respecto, si no en el aspecto teórico,<sup>32</sup> por lo menos en el práctico.<sup>33</sup> La Corte Suprema de Justicia ha tratado el tema en el caso *Ángel Estrada*, aunque su interpretación no es uniforme. A nuestro criterio, ha consagrado que los entes reguladores no pueden resolver contiendas entre privados por carecer de la indispensable independencia e imparcialidad, tal como ocurre entre nosotros,<sup>34</sup> pero no en el resto del mundo.<sup>35</sup>

A su vez, la cantidad de jueces es tan exigua en materia administrativa<sup>36</sup> y tan escasos sus recursos, como para cuestionarse si en verdad existe Poder Judicial materialmente suficiente al cual acudir en procura de justicia oportuna contra la administración pública. El poder político presta oídos sordos a estos reclamos y además suele intentar confrontar a la justicia con la opinión pública mediante ataques sistemáticos, además de presiones de todo tipo, por ejemplo a través de sus representantes en el Consejo de la Magistratura que a nivel nacional domina políticamente y utiliza como un atril para atacar a la justicia.

#### 2.2.6. *Poder de policía*

En el Estado de policía se hablaba de un “*poder de policía*,” que era un poder estatal jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar órdenes para realizar lo que el soberano creyera conveniente. Se advertirá que existe total coincidencia semántica entre el concepto de Estado de policía y el poder de policía.

Al pasarse al Estado de Derecho la noción fue recortada, excluyendo el empleo ilimitado de la coacción, pero de todos modos se mantiene como instrumento jurí-

<sup>32</sup> Como dice GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed., t. I, § 7, p. 603: “las decisiones de los órganos administrativos al resolver los conflictos deben estar condicionadas, siempre, a una revisión judicial suficiente.” “El sistema presidencialista argentino y el control de la actividad administrativa,” *Res Publica Argentina*, 2007-1.

<sup>33</sup> Ver *infra*, cap. IX, “Las funciones del poder;” IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL, *La jurisdicción*, Buenos Aires, 1972, p. 135 y ss.

<sup>34</sup> Ver nuestro art. “Ángel Estrada,” *JA*, 2005-III, fasc. n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311 y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>.

<sup>35</sup> Ver nuestros trabajos “Experiencias comparadas en la justicia administrativa,” en el libro de la ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS DE TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Memoria del Tercer Congreso Internacional de Justicia Administrativa. Modernización y actualización de la justicia administrativa*, Ixtapan de la Sal, Estado de México, Abril 2005, pp. 39-56; “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962. Previamente publicado bajo el título: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32.

<sup>36</sup> Ver también *infra*, t. 2, caps. XIII y XIV; nuestro art. “«Corralito», Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217. La cuestión ha originado un entredicho público entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con recriminaciones recíprocas.

dico no fundado conceptualmente y que además de su manifiesta desactualización conceptual y terminológica, frecuentemente desemboca en abusos.<sup>37</sup>

Algunos autores prefieren mantener el concepto, diciendo que ellos lo pueden limitar,<sup>38</sup> lo que no han logrado demostrar pues en las épocas en que la política se caracteriza por la desmesura y el apriete, o la violencia, este tipo de pensamiento y de conceptualización suele ser un elemento de apoyo y funcional al ejercicio abusivo del poder, junto a normas derogadas como la ley de abastecimiento que se vuelve a introducir en el conjunto de armas estatales contra los derechos individuales. No parece una buena idea.

### 2.2.7. Otras hipótesis en las etapas históricas

Lo hasta aquí expuesto en cuanto a los rasgos jurídico-políticos del poder absoluto en el Estado de policía, debe también completarse con la función —positiva o negativa— del Estado en el proceso económico y social. La llamada idea liberal burguesa del Estado lo idealiza como un Estado árbitro, imparcial, prescindente e independiente, pero en realidad no siempre lo fue y esto se manifestó en intervenciones autoritarias en favor de determinados intereses o clases sociales.

La concepción del Estado y de la administración como agentes del “bien común” o el “interés público,” dada como abstracción permanente y generalizada (todo Estado sirve siempre al bien común) es una idea que no puede aceptarse<sup>39</sup> axiomática o dogmáticamente, como tampoco puede serlo la contraria de que el Estado sirve siempre a los intereses de la clase dominante: Habrá que analizar qué intervenciones realiza o deja de realizar, qué modalidades adopta, a qué intereses sirve, para poder evaluar en cada caso el tipo de intervención o abstención.

En otras palabras, es siempre necesario someter las hipótesis o teorías a la prueba de los hechos.<sup>40</sup> La experiencia demuestra que en este aspecto tampoco se produce una transformación fundamental entre el viejo Estado absolutista y

<sup>37</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. V, “El «poder de policía»,” cap. VI, “Servicios públicos,” § 5, “Felicidad colectiva, interés público, *omnis et singulatis, Everything and Nothing*,” § 5.1, “La inefable felicidad colectiva,” § 5.2, “Interés público e interés individual” y ss. También nuestro art. “Policía y poder de policía,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41; *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. VI, “El lenguaje como método” y la necesidad de una metodología del conocimiento a fin de no hacer una obra logomáquica, es decir una obra dedicada a la lucha de palabras.

<sup>38</sup> Es el caso al que nos referimos con más detalles *infra*, cap. IV, p. 7, nota 15. Los autores comentan una ley regulatoria del tránsito que deliberadamente omite mencionar el “poder de policía,” pero ellos no se privan de hacerlo al comentarla, sin siquiera criticar la ley si es lo que piensan.

<sup>39</sup> Para su desarrollo ver *infra*, t. 2, cap. VI, § 5.1 a 5.4. Son concepciones tan peligrosas como la de emergencia, policía o poder de policía, actos no justiciables, necesidad u urgencia, etc. Algunos pocos supuestos se autojustifican en los hechos, pero la mayoría no. Muchos gobiernos nuestros, por otra parte, repiten el juego clásico de hacer mucho discurso por la distribución de la riqueza, cuando en realidad están negociando su concentración para perpetuarse en el poder.

<sup>40</sup> Ya lo explicamos en el cap. I, “El método en derecho.” POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 254-5.

el Estado que sucede al constitucionalismo liberal: Es sólo más adelante en el tiempo que comenzarán a operarse los primeros cambios en la concepción económica y social del Estado.

En un primer momento ello no fue así; incluso ha llegado a sostenerse que “la declaración de derechos de la revolución francesa consideró al Estado un aparato creado para garantizar y tutelar los derechos del hombre y *en primer lugar los derechos civiles*,”<sup>41</sup> esto es, los derechos de propiedad. Con todo, no debe olvidarse el valor histórico que significa haber abandonado al menos a nivel de principio fundante de un sistema político el absolutismo en el ejercicio del poder y reconocer la existencia de, cuanto menos, derechos humanos, civiles y políticos de los habitantes frente al poder.

Posteriormente, en los estados desarrollados, se observa una mutación doble frente a la administración de antaño. En el siglo XIX ésta “respondía a un régimen autoritario en el orden político, liberal en el orden económico,” mientras que en la primera mitad del siglo pasado, estos dos postulados se habían “en cierto modo, invertido.” El liberalismo se había “introducido en el orden político y la autoridad en el orden económico.”<sup>42</sup>

En las postrimerías del siglo XX pareció advertirse otra evolución, resultado de un cambio en las políticas mundiales fruto entre otras cosas de la globalización de la economía,<sup>43</sup> de las comunicaciones, de las ideas. La búsqueda de esa época es el liberalismo tanto en lo político como en lo económico, luego de haber advertido los efectos a veces indeseados e imprevistos de muchas intervenciones económicas realizadas en el pasado.

Como excepción, el cataclismo financiero de los años 2008/9 lleva en el mundo desarrollado a un nuevo intervencionismo financiero, p.ej. fijar un tope en las remuneraciones de los altos ejecutivos de las finanzas cuando sus empresas requieren la ayuda financiera del Estado.

Muy posiblemente no se produzca una realización total de ese doble liberalismo, pues hará falta la presencia reguladora y controladora del Estado en los viejos servicios públicos ahora privatizados, y en el mundo de las finanzas. Ello se habrá de ejercer principalmente a través de las autoridades o entes regulatorios independientes.<sup>44</sup> Es en cambio un dislate en el siglo XXI ejercerlo sobre el resto de la economía. En cualquier caso, ha de mantenerse el indispensable

<sup>41</sup> STUCKA, PÈTR I., *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, Turín, 1967, p. 264. Con todo, la *Asociación por los Derechos Civiles* de la Argentina, de la que tenemos el privilegio de ser Socio Honorario, ha elegido esa denominación en un sentido de libertades individuales y ha encarado, hace muchos años, una lucha sistemática y efectiva para la puesta en práctica de tales derechos, con tal alcance.

<sup>42</sup> Así lo expresaba RIVERO desde las primeras ediciones de su *Droit administratif*, París, Dalloz, 1970, 4ª ed., p. 23. La formulación es análoga en otras eds., p. ej., Dalloz, 1987, 12ª ed., p. 29, etc.

<sup>43</sup> Para un análisis crítico ver CAPLAN, ARIEL, “La firma de tratados bilaterales de protección a los trabajadores, usuarios, consumidores y medio ambiente como instrumento para compensar la globalización asimétrica,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2005-1, 19-51.

<sup>44</sup> *Infra*, cap. XV, “Los entes reguladores.”

postulado de la libertad política, recordando que ello es tarea de la sociedad, en general, y de cada individuo en particular, sea él doctrinario u operador jurídico. Cuando un empresario prefiere no iniciar una acción judicial sino soportar la arbitrariedad y tratar de negociar algo mejor en el futuro, seguramente ayuda al balance de la empresa, pero no al balance de la sociedad.

Por ello es fundamental el rol que las ONGs y los abogados individualmente cumplen en nuestra sociedad, para controlar el poder político ante la justicia, en los casos en que el poder económico se alía con él, como ha quedado suficientemente demostrado en la experiencia reciente de nuestro país.

Lo mismo cabe decir de las redes de organismos intergubernamentales existentes en el orden internacional, como ocurre en este año con el GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, que está tomándonos examen en cuanto al denunciado posible cumplimiento, por nuestra parte, de las normas internacionales contra el lavado de dinero. También rendimos cuentas constantemente ante organismos o redes internacionales por nuestra condición de deudores y defaultadores seriales, incapaces de honrar nuestras obligaciones.

### 3. *El intervencionismo en la economía y su retracción*<sup>45</sup>

No habiendo solucionado todavía el derecho administrativo los problemas recibidos del pasado, ocurre aun más que le toca atravesar en el presente, en países como el nuestro, una crisis profunda de tipo sistémico, permanente.<sup>46</sup> Como lo señala la doctrina, esta crisis permanente *argentina* no tiene su origen en la sociedad o en la economía, y mucho menos en el exterior, sino en el propio Estado nacional, a diferencia de la crisis financiera *internacional* de 2008/9, que tiene su origen en la falta de control eficiente de los Estados desarrollados sobre el mundo de las finanzas. El Estado cuya función administrativa se trata de regular, se encuentra junto con la sociedad en un constante devenir y se advierten claramente tanto los cambios que él mismo sufre, como los cambios que a través

<sup>45</sup> Ampliar *infra*, cap. IV.

<sup>46</sup> CRIVELLI, JULIO CÉSAR y VEGA, SUSANA ELENA, *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Abaco, 2001; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La postergación institucional,” *LL, Supl. Adm.*, Octubre del 2006, pp. 1-15; “La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional,” *LL*, 2006-A, 872; MAIRAL, “El impacto de la crisis económica en el derecho,” *Doctrina Pública*, XXVI-2, pp. 239-245; nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina*, RPA, 2006-2: 59-102; POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 83-8; MILJKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002; AHE, DAFNE (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002; ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003; SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia –IV–*, Buenos Aires, FDA, 2005; ZAYAT, VALERIA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia –IV–*, Buenos Aires, FDA, 2007; DALLA VÍA, ALBERTO R., “Emergencia económica y derecho de propiedad en Argentina,” *RAP*, 333:11, Buenos Aires, 2006; DIANA, NICOLÁS, y BONINA, NICOLÁS, “Los superpoderes al Jefe de Gabinete,” *LL, Supl. Actualidad*, 27-VII-06, p. 1.

de él se ha intentado introducir en las estructuras económicas y sociales.<sup>47</sup> Así, en los cincuenta años que concluyen en la década del 80:

a) Se ensayó con formas embrionarias de planificación,<sup>48</sup> sin llegar a su desarrollo jurídico<sup>49</sup> ni legislativo<sup>50</sup> o empírico.

b) Se incorporaron al sector público algunos factores de la producción<sup>51</sup> que luego en gran parte se privatizaron,<sup>52</sup> para luego reestatizar algunos en el siglo XXI, con una lógica supuestamente distinta, como es el caso de Aerolíneas Argentinas, AySA, la estatización de las AFJP, etc. El funcionamiento de estos nuevos segmentos del Estado obligará ciertamente, en el mediano plazo, a iniciar nuevamente el mismo camino.

c) Se intervino en la distribución de la riqueza, pero ninguna de las políticas ensayadas entonces o ahora han logrado una disminución sustentable de la pobreza y la exclusión social. Más aún, más de una vez las medidas adoptadas desde el gobierno, por designio, impericia o desidia, no hacen sino agravar la desigualdad social.

d) Se promovió la industria nacional con precios locales al consumidor mayores que los externos, pero al advertir sus efectos negativos para la modernización industrial y los consumidores se intentó posteriormente la apertura de la economía, eliminación de las barreras aduaneras, etc.

En la crisis de los años 2008-9 reaparecen esos fantasmas del pasado, en diversos países y existe una gran confusión en cuanto al grado de proteccionismo que algunos Estados quieren, otra vez más, introducir en el libre comercio internacional.

<sup>47</sup>Ver nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, cap. I; "El Estado de Derecho en estado de emergencia," *LL*, 2001-F, 1050, reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64.

<sup>48</sup>Nuestros libros *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, EJV, 1981; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires y México, Ed. Macchi y Alianza para el Progreso, 1973; *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, OEA, 1967. No hemos vuelto a escribir sobre el tema porque ha devenido, francamente, obsoleto. Ha regresado a la escena nacional e internacional el intervencionismo del Estado, pero no la planificación. Pero con ambos instrumentos pasa en definitiva lo mismo. No es el concepto en sí que es bueno o malo, lo que es bueno o malo es la eficiencia, honestidad y transparencia con que se instrumenta. En los países con fama de corrupción sistémica, con hegemonía excesiva del poder central, es difícil que la intervención económica pueda dar buenos resultados.

<sup>49</sup>Nuestro libro *Introducción al derecho de la planificación*, *op. cit.*; nuestro artículo "Aspectos jurídicos del plan," en la *Revista de Ciencias Jurídicas*, 12: 63 (San José, Costa Rica, 1969).

<sup>50</sup>Nuestro artículo "La planificación y el Poder Legislativo," en el libro de Homenaje a SAYAGUÉS LASO, *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, t. III, Madrid, 1969, cap. 67, p. 245 y ss.

<sup>51</sup>Nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966; nuestro art. "El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina," *LL*, 141: 1030.

<sup>52</sup>ACHIM VON LOESCH, *Privatisierung öffentlicher Unternehmen. Ein überblick über die Argumente*, Baden-Baden, Nomos, 1983; HORACIO BONEO, *Privatización: del dicho al hecho*, Buenos Aires, El Cronista Comercial, 1985.

e) Se adoptó en cuanto meta no solamente la idea de la propiedad en función social,<sup>53</sup> sino también del derecho mismo en esa función.<sup>54</sup>

f) Hacia el final de tal período se cuestiona la eficiencia y eficacia de los medios empleados y los resultados obtenidos y afloran o se enfatizan como temas de nuevo cambio la desestatización, desregulación, desburocratización,<sup>55</sup> desnacionalización, privatización,<sup>56</sup> etc. Comienza en el mundo primero, y en la Argentina después, la política de las privatizaciones de la década del noventa.

La búsqueda del punto de equilibrio es así constante, pero es el desequilibrio lo que predomina. Con distintas modalidades, mayor o menor éxito, se evidenció en 1930-1980 un abandono del concepto económicamente liberal del Estado, del rol abstencionista de la administración, simultáneamente con un intento de revalorizar la libertad frente al poder, al menos en los países desarrollados.<sup>57</sup> A partir de 1980 se produce un retorno al pasado, que se inicia en la década del 90, con apertura de la economía, privatización y desregulación, reducción o eliminación de barreras aduaneras, etc.

En el nuevo régimen resulta insuficiente la tutela del individuo frente al poder político, pues aparecen los derechos de los usuarios y consumidores, que deben también ser tutelados frente al poder económico. Ya no se trata solamente del poder administrativo, sino también del poder económico concentrado en monopolios y privilegios otorgados por el Estado en el proceso de privatización,<sup>58</sup> o en la concentración del poder económico,<sup>59</sup> denominada aquí capitalismo de amigos,

<sup>53</sup> Ver nuestro artículo "Expropriation in Argentina," en ANDREAS F. LOWENFELD (dir.), *Expropriation in the Americas*, Nueva York, Cambridge University Press, 1971, pp. 11-48.

<sup>54</sup> Ver THEA, FEDERICO, "Subsistir no requiere permiso habilitante," LL, Supl. Adm. (Septiembre 2008).

<sup>55</sup> En materia de desburocratización, descentralización, democratización, etc., una de las más acerbadas críticas no jurídicas en LEGENDRE, PIERRE, *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*, Barcelona, Anagrama, 1979, p. 240 y ss. No es pues un tema pacífico, aunque a nivel de teoría dominante se ha impuesto el principio de la libre competencia, libre circulación de bienes y personas, privatización, desmonopolización, etc. La implosión financiera mundial de los años 2008 y 2009, claro está, obliga a un tratamiento distinto en todos los países del mundo desarrollado. Nosotros, más atrasados, no sufrimos ese mismo problema en forma directa, pero sí indirecta.

<sup>56</sup> ACHIM VON LOESCH, *op. loc. cit.*

<sup>57</sup> Nuestra experiencia se encuentra matizada de constantes estados de emergencia y gobiernos autoritarios y hegemónicos que mucho han conculcado las libertades públicas. La revalorización de la libertad no es pues un acompañante local necesario del intervencionismo económico del Estado, más bien a la inversa. Por eso habíamos adelantado hace ya tiempo que no estábamos meramente ante situaciones de emergencia, sino que el propio Estado de Derecho había entrado en emergencia, para dar paso entonces a figuras autoritarias y la pérdida del *rule of law*. Lo dijimos en "*El Estado de Derecho en estado de emergencia*", LL, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64.

<sup>58</sup> Ver nuestro comentario al fallo *Telintar*, CNFed. CA, Sala IV, año 1994, LL, 1995-A, 220: "La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios," LL, 1995-A, 217, reproducido en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. III.

<sup>59</sup> FORSTER, RICARDO, un intelectual afín al gobierno, en la entrevista concedida a JORGE FONTEVECHIA, *Perfil*, 1º-III-2009, pp. 36-41, esp. p. 39, 2ª columna, critica sin embargo al gobierno por "priorizar la negociación con las corporaciones, por ver la economía desde lo que implican las corporaciones."

similar a lo que hoy se denomina oligarquía rusa. Se advierte poco antes el fortalecimiento de las autoridades reguladoras independientes,<sup>60</sup> aunque a veces el control se ejerce en cambio desde la administración central,<sup>61</sup> sobre toda la economía. El resultado ha distado de ser satisfactorio, pues no se corrigió la pobreza y en cambio se deterioró la economía. Intervencionismo no significa, en nuestro país, intervencionismo exitoso, a menos que el clientelismo apunte a mantener y agrandar la base de la pirámide social, a la que considera voto cautivo.<sup>62</sup>

### 3.1. Acción y regulación.

Desde la crisis de 1930 se advierte una importante mutación en la estructura y actividad del Estado en su actuación en el campo económico: Desde afuera del proceso económico, *regulándolo* a través de normas que son de derecho administrativo y desde *adentro* a través de la acción de múltiples formas de *empresa pública* que de una u otra forma influyeron decisivamente en el proceso, asumiendo la producción de bienes y servicios. En el primer aspecto se trató, según los casos, del llamado simplemente “intervencionismo” del Estado en materia económica o más específicamente de la planificación. En la segunda hipótesis se trató no solamente de los entes autárquicos tradicionales, sino también de las Juntas Reguladoras,<sup>63</sup> corporaciones de desarrollo, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades anónimas con control accionario del Estado, etc.<sup>64</sup> Esta intervención activa que desde luego no fue exclusiva de otros países sino también del nuestro,<sup>65</sup> nacida a veces de situaciones de emergencia económica que el Estado no quiso dejar libradas al mercado,<sup>66</sup> tuvo un

<sup>60</sup> Nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*; nuestro artículo “El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina,” *op. cit.*

<sup>61</sup> O incluso desde fuera de ella, en el caso de consortes presidenciales que siguen ejerciendo el mismo poder que tenían antes del traspaso presidencial protocolar o formal a la consorte.

<sup>62</sup> GARCÍA, ROBERTO, “Moyano, Clarín y el FMI,” *Perfil*, 21-III-09, p. 58: “mide como nadie en los sectores empobrecidos del Conurbano. Como cada vez hay más pobres, esas perspectivas aumentan.”

<sup>63</sup> Entre ellas la Junta Nacional de Granos, creada por el gobierno militar de 1933 y disuelta en 1991. Ver CAMANDONE, JULIETA, “Desde la disolución de la Junta de Granos, la producción creció 165%,” *El cronista*, 2-III-09, p. 19. Ahora se habla de recrearla, aunque desde 1995 por simple decreto se creó la ONCCA, Oficina nacional de control comercial agropecuario, desde donde se cometieron gran parte de las tropelías contemporáneas que crearon una de las condiciones desencadenantes de los actuales descensos de producción agropecuaria, repotenciados por la sequía. Para un excelente análisis normativo del régimen actual, aunque en un incompleto encuadre doctrinario, ver DOMINGO, HUGO LUIS; RÚSSOVICH, CRISTIAN y MOSCARIELLO, AGUSTÍN ROBERTO, “Oficina nacional de control comercial agropecuario. Vicios congénitos,” *LL*, 12-III-09, esp. § 4, pp. 2/3.

<sup>64</sup> *Infra*, cap. XV y t. 4, cap. XI; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, 2007, Tomo I, cap. VII.

<sup>65</sup> WITKER, JORGE, *La empresa pública en México y en España. Un estudio comparativo en derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1982; VERNON, RAYMOND y AHARONI, YAIR, compiladores, *State-Owned Enterprise in the Western Economies*, Londres, Croom Helm, 1981.

<sup>66</sup> VIDAL PERDOMO, JAIME, *Nacionalizaciones y emergencia económica*, Bogotá, UEC, 1984. El fenómeno en el 2008/9 con los salvatajes de bancos y empresas privadas realizadas por el gobierno de EE.UU., aunque con la intención de recobrar el capital.

considerable crecimiento, provocando importantes problemas de control.<sup>67</sup> La acción del Estado, multiplicada así a través de su intervención en el campo de la economía, presentó al derecho administrativo una realidad socio-económica muy diversa. Ya no era suficientemente representativo de la realidad estudiar la “organización administrativa” del Estado; había que estudiar la organización social, económica y administrativa del Estado. El sector público de la economía creció, por una parte y el sector privado se encontró sometido a crecientes regulaciones, por la otra; el derecho administrativo no podía ser el mismo.

### 3.2. *Crecimiento, redistribución, preservación*

De todas maneras debe quedar dicho que la intervención estatal, clásicamente orientada a apoyar a la industria y al comercio privados y a la propiedad privada, a fin de propender a su crecimiento, buscaba hasta la década del 80 del siglo XX también orientar la contribución hacia los problemas de la pobreza, la miseria, la marginalidad, la desigual distribución de la riqueza; todas manifestaciones de falta de libertad del individuo excluido. La intervención del Estado no se limitaba a la acción social directa, tal como sistemas de seguridad social, subvenciones y subsidios,<sup>68</sup> jubilaciones y pensiones, sistema de medicina social, seguro de desempleo, etc. Ahora iba también a la acción social por la vía económica: regulación de precios y salarios, insumos, servicios, etc. A ello se agregaba el manejo de variables macroeconómicas como la regulación monetaria y de las tasas de interés por el Banco Central, políticas de exportación e importación que determinaban fuertemente el sentido y el alcance de dichas actividades, reembolsos y derechos de exportación, tipos de cambio especiales, etc. La complejidad del manejo empírico de tantas variables, entre otras razones, llevó a su fracaso. No obstante ello, en el siglo XXI la Argentina y algunos pocos países más de nuestro continente retornaron a las recetas supuestamente abandonadas, repitiendo el fracaso tanto económico como social.

### 3.3. *Crisis, desregulación, privatización, desmonopolización*

A fines de la década del 80 y comienzos de la del 90 en el siglo XX se produce entre nosotros una fuerte iniciativa en materia de privatización y desregulación, creándose marcos regulatorios para algunas de las actividades privatizadas y entes de control sobre ellas.<sup>69</sup> La Constitución de 1994 enfatiza el rol de tales

<sup>67</sup> *Infra*, cap. XIV, “Clasificación de los entes públicos” y nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, caps. III y IV; nuestro artículo “El control de las empresas públicas en América Latina,” *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 1981, pp. 305-40 y *Revista de Direito Público*, 66: 5 (San Pablo, 1983).

<sup>68</sup> Aunque, claro está, todo dista de ser color de rosa. Ver ELIASCHEV, NICOLÁS, “Peajes y subsidios: Quién se queda con qué, cuándo, cómo,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2005-1, 11-18

<sup>69</sup> *Infra*, cap. XV, “Los entes reguladores” de este vol. 1 y cap. VI, “Servicios públicos” del t. 2. Ver nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, *op. loc. cit.*; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 217 y ss.

entes en su art. 42, pero es mucho lo que falta para el control eficaz de los servicios privatizados y la protección del usuario y del consumidor.<sup>70</sup> Todo esto debe verse en el contexto de la crisis de endeudamiento y déficit estructural en las postrimerías del siglo y consecuente imposibilidad de atender de igual manera a los objetivos sociales preexistentes.<sup>71</sup>

### 3.4. *Retorno y caos*

Los años 2002-09, con un breve interregno de doble superávit entre 2003 y 2007, fruto de precios internacionales extraordinarios para las materias primas exportadas por el país, marcan un desordenado y contradictorio retorno al intervencionismo y al populismo de décadas atrás, con mantenimiento y ampliación del viejo *default*,<sup>72</sup> devaluación, recesión, aumento del desempleo, la pobreza, caos económico y financiero,<sup>73</sup> disminución de los ingresos públicos, caída de la producción, reducción de las exportaciones, sumado al creciente retorno al intervencionismo estatal.<sup>74</sup> Tal es la gravedad de la situación que ha comenzado a pensarse en eventuales alternativas de integración supranacional en las Américas que, tomando inspiración de la Unión Europea, centralice algunos de los grandes mecanismos de política monetaria y cambiaria.<sup>75</sup> Aunque ello no ocurra, se advierte cada vez más tendencias a la existencia de importantes limitaciones provenientes de un eventual nuevo orden jurídico mundial.<sup>76</sup> Hubo en el 2003-2007 una burbuja económica por los precios mundiales muy altos de las materias primas que exportábamos, pero no se aprovecharon lo suficiente y en el 2008/9 la situación preexistente a la burbuja se repite. Es la constante de la historia argentina: Burbujas de crecimiento, episodios de euforia y clima

<sup>70</sup> Es previa a la Constitución de 1994 la existencia de la ley de defensa del consumidor 24.240.

<sup>71</sup> A ello nos referimos en los caps. IV, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio," IX, "Las funciones del poder" y XV, "Los entes reguladores."

<sup>72</sup> El default masivo del 2001 se logró renegociar con un canje de la deuda en el año 2005, pero hubo muchos bonistas del exterior que no aceptaron los términos del canje y se mantienen como *holdouts* que obtienen medidas judiciales en el exterior a su favor. A ello hay que agregar que sigue en *default* la deuda con el Club de París, y que el propio canje del 2005 esté también en *default* técnico, al no pagarse la actualización pactada, por falseamiento oficial de los índices.

<sup>73</sup> Ver, entre tantos otros, ROSALES, RICARDO, "La marcha económica se mantiene en caída," *El día*, 1º de marzo de 2009, sección *Séptimo Día*, p. 2; en la sección *Economía*, p. 2, se lee: "Hay alarma por la brusca caída de las exportaciones;" COLONNA, LUCAS, "Analizan reasignar los créditos internacionales," *La Nación*, 1º-III-09, p. 11. Las noticias de esta índole se multiplican, en un clima de disminución de la producción, de los ingresos fiscales, de las exportaciones, de las deudas de todo tipo, etc.

<sup>74</sup> No solamente por la regulación directa de la producción, la estatización de empresas antes privatizadas, sino también por la incorporación de directores estatales a las empresas privadas. Según LUCIO DI MATEO, "La ANSeS nombrará el primer director estatal en una compañía privada," *El cronista*, 20-III-09, p. 9, "tiene planes para las privatizadas: más participación estatal en los directorios." Se habría dicho, en esta versión, que se quiere "que no pase lo mismo que en Aerolíneas o Aguas Argentinas. Antes que eso, es preferible que tomemos el control de las empresas." Como se advierte, el rumbo es errático pero siempre dentro de la misma tendencia dirigista o intervencionista de la economía, como en el pasado ya lejano.

<sup>75</sup> Ver nuestro art. "Primero: crear el Banco Central Interamericano," *LL*, 2002-D, 1453,

<sup>76</sup> Nuestro art. "Hacia un nuevo orden jurídico mundial," *RPA*, 2009, en prensa.

de fiesta gubernamental, abandono de toda prudencia fiscal, y nueva recaída. La caída de la actividad económica en el 2009 es ya indicativa de recesión sin todavía haber recibido además el impacto de la crisis financiera internacional, que todos anuncian para el segundo semestre, luego del adelantamiento de las elecciones.

#### 4. *El derecho administrativo en el presente y en el futuro*<sup>77</sup>

##### 4.1. *El estado político actual de la evolución histórica*

Lo expuesto en el § 2 es para advertir que si realmente nos ubicamos en la era constitucional y abandonamos el sistema de la monarquía absoluta, no podemos mantener las hipótesis jurídico-políticas que se construyeron para esta última y que sólo con ella tienen sentido y fundamento empírico.<sup>78</sup> Ninguna justificación, ni jurídica ni política y menos aun ética, puede haber para pretender aplicar al Estado moderno los criterios con los cuales funcionaron los gobiernos absolutistas del pasado y algunos contemporáneos.

Con todo, son numerosas las doctrinas que no pocos autores siguen manteniendo hoy,<sup>79</sup> quizás sin proponérselo expresamente pero en todo caso como un legado espurio del pasado,<sup>80</sup> incluso del pasado reciente.<sup>81</sup> Es ésta una suerte de condena nacional y a veces internacional del derecho administrativo, seguir atado a concepciones del pasado sin la suficiente autocrítica como para situarse en el presente con un mínimo de racionalidad que enfrente al futuro siempre cambiante.

<sup>77</sup> Ampliar *infra*, cap. IV, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio.”

<sup>78</sup> BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho administrativo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p.96, señala que es necesario repensar el porqué del poder, el contenido del interés público. Ver THEA, FEDERICO, “Los trasplantes de derecho al servicio del poder,” *LL, Supl. Adm.*, diciembre de 2008, p. 26. Sobre los abusos a que puede dar el uso desviado de la noción de interés público nos remitimos al mayor desarrollo que hacemos en el t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2006, cap. VI, “Servicios públicos,” § 5, “Felicidad colectiva, interés público, *omnis et singulatis, Everything and Nothing*,” § 5.1, “La inefable felicidad colectiva;” § 5.2, Interés público e interés individual” y ss.

<sup>79</sup> Algunos con un tesón y ahinco digno de mejor causa, como por ejemplo cuando comentan una larguísima normativa local que felizmente no utiliza alguno de esos perimidos principios y en cambio centra el tema en los derechos individuales, y se empeñan no obstante en seguir utilizando los términos que la ley no utiliza, y en denostar a los que propusieron su eliminación, justo sin advertir que la ley precisamente siguió el criterio de aquellos que denostan y no el que ellos siguen todavía propiciando. Lo explicamos en la nota 15 del cap. IV

<sup>80</sup> Ver THEA, FEDERICO G., “Los trasplantes legales al servicio del Poder,” *LL. Sup. Adm.*, 2008 (diciembre), p. 26; VIÑA, GONZALO E.D. y CASAS, PABLO G., “Con garantistas así...,” *RPA*, 2006-3, 51.

<sup>81</sup> Destacamos algunos libros: la estremecedora crónica diaria de NEILSON, JAMES, *En tiempo de oscuridad. 1976-1983*, Buenos Aires, Emecé, 2001; el testimonio apasionante de GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000, esp. pp. 139-233, que llega hasta 1998; el horror del relato de GRAHAM-YOOL, ANDREW, *Memoria del miedo*, Buenos Aires, Fundación Editorial de Belgrano, 1999; la refrescante visión de LANATA, JORGE, *Argentinos*, Buenos Aires, Ediciones B, 2002.

El momento no es auspicioso, con restos de manifestaciones clientelistas que consolidan la base de la pirámide social, su sostén electoral.<sup>82</sup>

Por lo que hace al estado actual del problema, en nuestro país sólo algunas de las teorías antiguas de la monarquía absoluta están apenas semi abandonadas: la indemandabilidad del Estado<sup>83</sup> y la irresponsabilidad del soberano, pero la

<sup>82</sup> Una curiosa manifestación clientelista se da en el apoyo directo con materiales, al desarrollo de los asentamientos urbanos, en el seno de ciudades opositoras como en la CABA la denominada Villa 31; o la creación en un sólo día de un nuevo masivo asentamiento en las afueras de Río Gallegos, según relata CLARISA ERCOLANO, *Perfil*, 1º-III-2009, p. 8. Es un gesto de solidaridad con quienes no tienen vivienda pero también es profundizar un crecimiento urbano caótico y casi medieval, que luego no hay otra solución que tratar de mejorarlo con provisión de servicios urbanos a pesar de su carácter irregular desde el punto de vista de la normativa urbanística. Un filósofo afin al gobierno, que integra *Carta Abierta*, sostiene que “muchos de los motivos populistas hoy aparecen como imprescindibles para [...] crear las condiciones de un mejoramiento de la vida para los más postergados.” Ver FORSTER, RICARDO, en la entrevista concedida a JORGE FONTEVECCHIA, *Perfil*, 1º-III-2009, pp. 36-41, esp. p. 40, 5ª col., con carácter general, y agrega que “probablemente” sea como dice LACLAU, que “los populismos son necesarios para América Latina.” La tendencia a la urbanización de la Villa 31, que ya tiene energía eléctrica provista y pagada por el gobierno de la CABA, prosigue con la adjudicación de la construcción de una red troncal secundaria de agua potable por el gobierno de la CABA, como explica el suelto “Avanza una obra para dar agua a la villa 31 bis,” *La Nación*, 13-III-08, p. 18; también desde la “Unidad de Gestión e Intervención Social de la CABA se da a los ocupantes de la Villa puestos para trabajos de limpieza en el propio asentamiento urbano:” *Clarín*, 17-III-09, p. 32; otras versiones dicen que son como los demás planes sociales, que no hay contraprestación laboral. Los reclamos, con cortes de ruta incluidos, se extienden al pedido de redes cloacales, atención médica, etc.: *Crítica de la Argentina*, 17-III-09, p. 23, que a veces hacen no los habitantes de la Villa sino formaciones piqueteras en actitud de combate, enmascarados y con grandes palos de claro efecto disuasivo, a los que la policía protege para evitar enfrentamientos. El avance urbanístico sin haber cambiado las normas urbanísticas existentes no hace sino consolidar esta nueva forma de ciudad pseudo medieval en cuanto al diseño urbano inexistente, similar al de otros asentamientos análogos en el resto del mundo. No conocemos estudios interdisciplinarios argentinos, sí externos, sobre este nuevo fenómeno en lo que atañe a los múltiples aspectos jurídicos que presenta. Se dice que algunas personas ocupan terrenos vacíos, debajo de las autopistas p.e.j., y se quedan allí durmiendo y tomando mate durante quince días y luego venden la posesión en sumas equivalentes a dos mil dólares; otros alquilan por algo menos de cien dólares mensuales, a propietarios de decenas de inmuebles irregulares, en el mismo lugar, construidos como inversión para alquilar. Hay punteros políticos, galpones de materiales, locales, negocios, etc., todos ellos elementos urbanísticos que no estaban en las antiguas villas de chapa y cartón, no de materiales como éstas. O sea, aunque pueda parecer una reflexión cínica o al contrario progresista, lo cierto es que el avance económico que han tenido estos asentamientos, unido a su valor comercial y las transacciones a que dan lugar, con más las inversiones que el Estado hace para mejorar las condiciones de los habitantes, todo parece indicar un camino de no retorno en cuanto a la incorporación a la Ciudad a pesar del no cumplimiento de las normas urbanística, ni pedidos de habilitación, ni de construcción, ni nada de lo que es parte normal del derecho administrativo. Pero con el tiempo llegará, pues ya actualmente un funcionario municipal, acompañado de un policía federal, autoriza con su firma el ingreso de materiales para refacciones, lo cual constituye un implícito intento de saneamiento municipal de las construcciones, o al menos una inexistencia de voluntad o poder de erradicación, dada la complejidad de la situación social. Es difícil saber si se asemeja al llamado *Plan Ahí-Ahí*, en el Lugar, del Ministerio de Desarrollo Social, B.O. 2-III-09, *Supl. Actos de gobierno*, pp. 1-2.

<sup>83</sup> Y su pariente cercano, la inejecutabilidad de las sentencias judiciales. Tampoco estamos cumpliendo las sentencias que se dictan en el exterior a los laudos arbitrales adversos, según ADRIÁN VENTURA, “Condenan al país a depositar una garantía de US\$ 75 millones,” *La Nación, Economía & Negocios*, 7-III-09, p. 1, tendríamos 33 casos pendientes y 16 concluidos. La tendencia al incremento de la jurisdicción extranjera parece notoria. Ver *infra*, nota 150.

demora de los juicios y la insolvencia del Estado transforma ese doble principio en irreal.<sup>84</sup> Lo primero se ha logrado con dos leyes<sup>85</sup> y aún así, no en forma cabal, porque todavía una de ellas dispone que la sentencia contra el Estado, si resulta condenatoria, tendrá mero carácter declarativo.<sup>86</sup> La jurisprudencia y otras leyes posteriores buscan también, inconstitucionalmente, limitar o dificultar el acceso a la justicia, exigiendo la habilitación de la instancia judicial a través del reclamo administrativo previo a la instancia judicial, lo cual lleva a la consiguiente necesaria e ineludible falta de revisión judicial oportuna y suficiente, que es parte mínima de un Estado de Derecho contemporáneo.<sup>87</sup>

La ley 24.624 aclara en su art. 19, en todo caso, que son inembargables los fondos y valores públicos,<sup>88</sup> lo cual por supuesto no es aplicable en el exterior, donde los jueces extranjeros nos embargan los bienes de propiedad estatal por nuestra permanente condición de deudores que o *defaulteadores* sistemáticos que no cumplimos con nuestras obligaciones. El país cada vez se centra más sobre sí mismo, en una suerte de autismo internacional que no puede depararle buenos resultados.<sup>89</sup>

En lo que respecta a las demás teorías, todas tienen uno o más sostenedores actuales y en mayor o menor medida se intenta siempre aplicarlas. Una de las empresas que este tratado acomete es insistir una vez más en el intento de erradicarlas.<sup>90</sup> Pero sea cual fuere el estado de la doctrina, la *praxis* no hace sino empeorar; cada vez tenemos más apartamientos del sistema constitucional<sup>91</sup> por

<sup>84</sup> Lo explicamos en “La responsabilidad del Estado...,” *op. cit.*, *supra*, p. II-5, nota 24.

<sup>85</sup> Leyes 3.952, del año 1900 y 11.634, de 1932. A lo que cabe agregar normas de emergencia que “suspenden” juicios, acortan plazos de prescripción y caducidad, etc. Ver “Emergencia residual en la deuda pública interna. (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991),” *LL*, 1995-C, 839, reproducido en *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap.V. En el año 2000 es la ley 25.344, en el 2001 son las leyes 25.413 (modificada por ley 25.570) y 25.414 (derogada por ley 25.556) y otras que siguen. En el 2002 son las leyes 25.561 y 25.587. Ver también nuestro artículo “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *op. cit.*

<sup>86</sup> Ley 3.952, art. 7°. Ese principio comenzó a ser morigerado por la CSJN, *Fallos*, 265: 291, *Pietranera*, 1966, llevando posteriormente a BONINA, NICOLÁS, a sostener “El ocaso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado,” *RPA* 2006-1, 91-109. Ver notas 27 y 43, *supra*.

<sup>87</sup> Por si todo fuera poco la justicia se encuentra colapsada: AHE, DAFNE SOLEDAD, “El desamparo del amparo,” *LL*, 2002-C, 1226; “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo,” en MILIJKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, I, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 41-51, reproducido en *RAP*, 288: 191. Ese colapso se mantiene y extiende principalmente a lo social, como explica GHERSI, CARLOS A., “Un Poder Judicial colapsado y la ausencia de políticas sociales,” *LL*, 17-III-09, pp. 1-2, pero repercute también negativamente en las causas de contenido económico en el exterior.

<sup>88</sup> En el siglo XXI la responsabilidad interna del Estado se halla en retroceso: *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XX, §2.2, “La responsabilidad internacional aumentada,” § 2.3, “La responsabilidad interna disminuida.” Ello, sin contar las falencias empíricas del sistema: “La responsabilidad del Estado en la práctica,” *op. loc. cit.* en nota 27.

<sup>89</sup> Decía IHERING que “El aislamiento es el crimen capital de las naciones, porque la ley suprema de la historia es la comunidad,” como lo recuerda VELA, FERNANDO, *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano de R. von Ihering*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 30

<sup>90</sup> Hemos intentado reseñarlo: *Teoría general del derecho administrativo*, *op. cit.*, p. VII a XVI.

<sup>91</sup> Ver las referencias que damos *supra*, nota 43.

los poderes ejecutivo y legislativo, especialmente, aunque cabe destacar que los tiempos más recientes se han producido unos inconfundibles y fundamentales avances en el Poder Judicial, como las audiencias públicas de la Corte Suprema, los amparos colectivos, etc. Depositamos toda nuestra esperanza en que esta posibilidad de control judicial restaurador del Estado de Derecho, pueda finalmente prosperar y transformarse en realidad constante, no en mero accidente, pues es aquéllo y no esto lo que la Constitución ha querido.

#### 4.2. *Nuevo impulso del derecho administrativo*

Pero, soluciónense o no esos problemas, sea el derecho administrativo realmente propio de un Estado de Derecho, o un conjunto de normas *atadas al marco de un Estado de policía*, el mundo no se detiene.

Para dar algunos ejemplos aislados, aparecen preocupaciones renovadas como la preservación del ambiente, que consagra el art. 41 de la Constitución nacional,<sup>92</sup> o el desafío de la sociedad comunicada por una supercarretera informática, o la introducción del *wi-fi* a nivel de toda una provincia, como ocurre en San Luis pero no parece que el país entero pueda hacerlo, por su insolvencia.

Incluso la CABA tiene atrasos en proyectos de extensión de los transportes subterráneos, por insuficiencia de financiamiento, que el gobierno de la Ciudad imputa a la culpa del gobierno nacional.

Por ello, aunque con extremo optimismo pensáramos que pronto el derecho administrativo se liberará de todas sus viejas concepciones políticas,<sup>93</sup> toca de todos modos considerar sus otros problemas actuales y futuros, que no so son sino la persistencia entre del hasiento los que se encuentran pendientes muchos problemas sociales.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> Ver MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Derecho ambiental*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, “Derecho, medio ambiente y desarrollo,” *REDA*, 24: 5, Madrid, 1980; PIGRETTI, EDUARDO A., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Depalma, 1993; VALLS, MARIO F., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, 2ª ed.; ROSSI, ALEJANDRO, “La defensa supranacional del derecho a un ambiente sano,” en GORDILLO, GORDO, LOIANNO, ROSSI, *Derechos Humanos*, 3ª ed., *op. cit.*, cap. V; CARRILLO PIETRO, IGNACIO y NOCEDAL, RAÚL (edits.), *Legal Protection of the Environment in Developing Countries*, México D.F., UNAM, 1976.

<sup>93</sup> Un parlamentario amigo, de un partido político que no es el que yo suelo votar, me dijo una vez, con una sonrisa picaresca, que la lista de reformas participativas que estaba proponiendo desde la oposición por supuesto no habría de sostenerlas si estuviera en el gobierno. Pero ahora hasta los que prometen formalmente reformas y mejoras institucionales si se los vota, después incumplen su promesa. Hace falta una respuesta más eficaz de la sociedad, de cuya aparición no somos realmente demasiado optimistas, como lo demuestran constantemente los guarismos electorales.

<sup>94</sup> Para dar sólo dos ejemplos, vivienda y salud: Ver DANIELE, MABEL, “El caso Ramallo o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la Sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales,” en FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Direito Administrativo Brasil – Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 543-87, publicado también en *Res Publica Argentina, RPA* 2007-1: 31; “La emergencia en Salud. Jurisprudencia de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en ZAYAT, VALERIA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, V, Buenos Aires, FDA, 2006, pp. 129-46.

Aunque la *disciplina jurídico-administrativa* no hubiere cambiado demasiado, la sociedad y la administración sí lo han hecho y lo seguirán haciendo en forma muy trascendente; toca, pues, referirse al futuro del derecho administrativo.<sup>95</sup>

#### 4.2.1. *El creciente derecho supranacional*

Se han intensificado los esfuerzos de integración. Las viejas dudas de tipo constitucional fueron resueltas en el art. 75 inc. 24 de la Constitución,<sup>96</sup> favoreciendo la creación de organismos normativos y jurisdiccionales de carácter supranacional. En la medida en que la integración latinoamericana o subregional pueda ir convirtiéndose de aspiración en realidad, se producirá igualmente una modificación del derecho administrativo. Por ahora han aumentado sensiblemente las normas administrativas cuya fuente son estos acuerdos regionales.<sup>97</sup> Se trata de un lento proceso que va modificando los ordenamientos jurídico-administrativos nacionales, pero cuyo fortalecimiento a mediano plazo parece inevitable en el orden internacional, como ya lo prevé el mencionado art. 75 inc. 24.

Además de lo expuesto, cabe señalar el constante aumento de las redes intergubernamentales a que pertenecemos, sin perjuicio de que somos parte de muchos organismos internacionales, como la ONU, la OEA, la OIT, etc. También estamos sometidos a la Organización Mundial del Comercio, ante la que en algún momento Brasil consideró la posibilidad de demandarnos por nuestras trabas al libre comercio internacional. Que Brasil no nos demande es un acto de solidaridad regional, pero no necesariamente harán lo mismo otros países, a menos que consideren irrelevante nuestra posición en el mundo actual, dado el determinado aislacionismo internacional que por momentos alientan nuestros gobernantes.

Estamos también esperando la decisión del Tribunal Internacional de La Haya en nuestro diferendo con el Uruguay, el que seguramente saldrá adverso a nuestra posición oficial por el tema de Botnia. Aparentemente la posición oficial estaría por cambiar, pero si no logramos la apertura del puente internacional el arreglo voluntario del litigio suena improbable. En el actual caos de cortes de ruta indiscriminados por todo aquel que quiera protestar, no parece posible que ese cambio se pueda dar

<sup>95</sup> RIVERO, *op. cit.*, 10<sup>a</sup> ed., p. 26. Ver también MARTÍN MATEO, "Futurología y administración pública," REDA, p. 517 y ss. e *infra*, cap. IV, § 8.3. Nuestro art. "La modernización de la administración pública," En AÍDA. *Ópera prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, opus no. 1, México, 2007, pp. 153-71; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2007, p.96, refiere al nuevo paradigma del Derecho Administrativo señalando que es necesario repensar y reformular el porqué del poder, es decir el contenido del interés público. El interés estatal, su poder y sus prerrogativas deben apoyarse en el respeto de los derechos de las personas y no en conceptos evanescentes o de corte autoritario.

<sup>96</sup> GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, *op. cit.*, pp. 599-602.

<sup>97</sup> Nuestro art. "Algunos problemas jurídicos de la actuación internacional de las empresas públicas argentinas," RADA, 11: 42, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976.

Por fin, están pendientes de resolución al menos 33 demandas contra el país ante los tribunales arbitrales del CIADI, sin perjuicio de otras que tramitan en otros foros internacionales.

#### 4.2.2. *El cambio social y la administración pública*<sup>98</sup>

Los problemas sociales que existen<sup>99</sup> tienen también directa relación con el modo en que funciona la administración pública, que puede mejorarse por reformas en el derecho administrativo. Ya no basta el imperio de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya no satisface la voz de mando, sea quien fuere el que manda. Ahora se intenta conseguir una sociedad cada vez más participativa, y la sociedad se queja cuando un gobierno intenta decidir y actuar sin consensuar con nadie, sin consultar, sin acordar ni ceder posiciones.

Los esquemas clásicos de la democracia representativa no se rechazan, sino que se postulan como insuficientes: *Hay que crear nuevas y adicionales formas de participación del pueblo en el poder*, de modo tal que su influencia en él no se limite a la elección de candidatos electorales, y hay que tenerlas constantemente en ejercicio, con pleno conocimiento que los derechos de participación que no se exigen ni ejercen prontamente se atrofian. No se vaya a esperar que la iniciativa de la participación provenga de quien ejerce el poder: Él está mucho más cómodo decidiendo en soledad, aunque así resulte menos eficaz; menos eficaz, pero más satisfactorio: “Mientras Ustedes debaten, nosotros gobernamos.”<sup>100</sup> Aparecen en reacción, en el mundo, múltiples canales de participación política, no todos los cuales se han aceptado ni introducido entre nosotros. Algo se ha previsto en los arts. 39 y 40 de la Constitución en materia de mecanismos de democracia semidirecta; pero la legislación sobre iniciativa popular, ley 24.747 y consulta popular, ley 25.432, es pobre. O sea, avanza en algunos casos la doctrina—salvo los refractarios de siempre—o la jurisprudencia, pero la realidad administrativa y legislativa parece ir a contramano de todo. En todo caso, también se avanza en todo el mundo en materia de organizaciones no gubernamentales. Hemos planteado desde hace tiempo este conjunto de temas,<sup>101</sup> e insistido en ellos a

<sup>98</sup> REAL, ALBERTO RAMÓN, “Algunas perspectivas humanistas y democráticas del derecho administrativo contemporáneo,” *Revista de Derecho Público*, n° 2, Buenos Aires, 1983; PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Estado social y Administración pública*, Madrid, Civitas, 1983; *infra*, cap. IV.

<sup>99</sup> Además de los problemas de vivienda y educación mencionados, cabe recordar el nuevo aumento de la pobreza, la indigencia, el desempleo, los niveles decrecientes de salud pública gratuita, la inseguridad de la vida y de los bienes, la inseguridad jurídica ante la constante intromisión del Estado en las relaciones entre particulares, la insuficiencia y mal estado carcelario, la contaminación ambiental no sólo local sino también internacional, el por momentos disparatado intervencionismo estatal en la economía. Para qué seguir.

<sup>100</sup> Es una variante cuasi parlamentaria, es “¿Para que queremos el gobierno si no tenemos el poder?” Lo cita JORGE LIOTTI, “La entrega anticipada del poder,” *Perfil*, 21-III-09, p. 8.

<sup>101</sup> “Cauces de participación ciudadana,” en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, Madrid, t. I, 1970, pp. 1057-85; y en el libro *La planificación en los entes locales*, t. I, Barcelona, *Estudios generales*, 1971, pp. 37-63.

través de artículos<sup>102</sup> y libros,<sup>103</sup> pero su aceptación es lenta y dificultosa, con frecuentes contramarchas.<sup>104</sup> Como manifestaciones del mismo criterio rector, van apareciendo otros principios semejantes:

#### 4.2.2.1. *El consenso y la adhesión*

Ya no satisface la decisión “unilateral ejecutoria” de la administración, semejante a la relación jerárquica castrense. Ahora se tiende a un liderazgo fundado en el consenso de los liderados, en el cual la ejecución de las decisiones exige cada vez más la adhesión del sujeto al que ella será aplicada, y del funcionario que será su órgano ejecutor.<sup>105</sup> Pero es ésta una lección de la experiencia comparada que es hace mucho tiempo conocida y sin embargo los gobiernos locales frecuentemente desafían, como desafiarían a la ley de la gravedad. Los gobiernos que se apartan de estos principios elementales de la teoría política y jurídica contemporánea y trabajan desde la hegemonía, caen inexorablemente en el descrédito y terminan por perder el poder a través de las elecciones,<sup>106</sup> o incluso deben abandonar el poder por iniciativa propia al advertir la profundidad de su fracaso, lo que complica mucho ya que no tenemos gobierno parlamentario.<sup>107</sup> A veces terminan en el aislamiento, no pudiendo visitar algunas ciudades del interior sin un despliegue de seguridad de hasta 800 efectivos.<sup>108</sup> Hasta uno de los intelectuales próximos al gobierno desde *Carta Abierta* reconoce que “El gobierno no imaginó un escenario de tal envergadura a un plazo tan corto de

<sup>102</sup>Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina,” *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Bruselas, 1981, vol. XLVII-1981, 2: 126; *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, op. cit., cap. I; “La participación administrativa,” en el libro *Congreso iberoamericano sobre sociedad, democracia y administración*, Madrid, INAP, 1985, p. 199 y ss.

<sup>103</sup>Nuestros libros *Planificación, participación y libertad...*, op. cit.; *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, op. cit.; *La administración paralela*, op. cit.

<sup>104</sup>El relato de una de estas luchas puede verse en nuestro art. “An Ombudsman for Argentina: Yes, but...” *International Review of Administrative Sciences*, Bruselas, vol. L-1984, 3: 230; *Revista de Direito Público*, 75: 75, San Pablo, 1985; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 105: 16; ver también “Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos,” *LL*, 2002-A, 954, donde recordamos que la participación ciudadana, aún en épocas de emergencia, puede ser un sucedáneo de prestaciones sociales en mengua, al brindar al menos la satisfacción de ser partícipes del propio destino; FERRER, FRANCISCO J., “Referéndum y provisión pública de bienes,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2008-1, 63-101. Ver también *infra*, cap. III, § 24, “La libertad en el Estado de Bienestar,” p. 39, nota 150.

<sup>105</sup>RIVERO, JEAN, “À propos des métamorphoses de l’administration d’aujourd’hui: démocratie et administration,” *Mélanges offerts à René Savatier*, París, Dalloz, 1965, p. 821 y ss., p. 830.

<sup>106</sup>La Cámara Nacional Electoral ha dispuesto se pida a la OEA su supervisión en 2009.

<sup>107</sup>“La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” op. cit. en nota 44, *supra*.

<sup>108</sup>Recuadro “Las caras de la crisis política,” que acompaña el art. de AYERDI, ROSARIO, “El kirchnerismo ya se fracturó en 53 municipios bonaerenses,” *Perfil*, 1-III-2009, p. 2. Otra versión de un productor pequeño es que en realidad se trató de un escuadrón de gendarmería, que cortó rutas ára evitar que se pudieran acercar elementos opositores a manifestar su disenso. Ya cada vez cuesta más obtener información confiable prácticamente de cualquier tema que tenga que ver con el gobierno.

haber legitimado el triunfo de Cristina.”<sup>109</sup> Ignora que la democracia no es *tan sólo* acceder al poder por la vía electoral, sino *también* ejercerlo con mecanismos democráticos y tampoco pretender relegitimarse meramente por las elecciones parlamentarias intermedias en el período presidencial.

#### 4.2.2.2. *La motivación o explicación*

En el pasado fue sólo exigencia jurídica que el acto administrativo contuviera una “motivación” o explicitación de sus fundamentos; hoy es hoy *también* una exigencia política, un deber jurídico y político, social y cultural, de *explicar* al particular por qué se le impone una norma y hay que *convencerlo*; pues si no se le explica satisfactoriamente, faltará su consenso, que es base esencial del concepto democrático actual y futuro del ejercicio del poder<sup>110</sup> y de la eficacia en el cumplimiento de la decisión. Ya la democracia es no sólo un modo de alcanzar el poder, sino también un modo de *ejercicio* de él.<sup>111</sup> Pero claro, se trata de dar verdaderas explicaciones y no meras declaraciones de tipo general, o alocuciones dogmáticas, que nada tienen que ver con la solución del caso particular, como en derecho corresponde. Hemos visto sostener tesis contrapuestas amparándose ambas en la alegada necesidad de mejorar la distribución del ingreso. Eso es el equivalente de decir que el fundamento es el interés público o el bien común: No explica absolutamente nada.<sup>112</sup>

#### 4.2.2.3. *La participación administrativa*

Pero aun más, se va advirtiendo que la administración no puede ni debe administrar sola: El pueblo administrativo *debe participar en la decisión administrativa misma*. “El control social permanente, su organización y difusión a nuevos ámbitos podrán asegurar una mayor democratización y una más efectiva satisfacción

<sup>109</sup> FORSTER, RICARDO, en la entrevista concedida a JORGE FONTEVECCHIA, *Perfil*, 1º-III-2009, pp. 36-41, esp. p. 38. La cita está ligeramente fuera de contexto, porque acto seguido FORSTER retoma su propia línea argumental, distinta por cierto a la del entrevistador. Pero sirve en cualquier caso para mostrar el diferendo ideológico en cuánto a qué es y qué significa la democracia.

<sup>110</sup> Como dice RIVERO, *op. cit.*, p. 827 y ss., ya la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder. Se trata de superar así, a través de la explicación y la participación, “la manifiesta contradicción entre un poder forjado por ciudadanos y una Administración que trata a los ciudadanos como simples sujetos.” Nuestra prédica tuvo momentos de éxito, pero más casos de fracaso.

<sup>111</sup> RIVERO, *op. cit.*, p. 827 y ss. Afirma BENVENUTI que la participación es una libertad del post-modernismo: *Il nuovo cittadino. Tra garanzia e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, p. 60 y ss. Ver ELIA, LEOPOLDO, “La nuova cittadinanza,” en UNIVERSIDAD DE VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. II, Módena, Mucchi Editore, 1996, p. 723 y ss.; GHETTI, GIULIO, “Alcune considerazioni su «il nuovo cittadino»,” igual obra, p. 835 y ss.; ETTORE, ROTELLI, “Il nuovo cittadino di Feliciano Benvenuti,” igual obra, t. IV, p. 1527 y ss.; CHITI, MARIO P., “Atti di consenso,” igual obra, t. II, p. 493 y ss.

<sup>112</sup> Volvemos sobre el tema *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. V, “El «poder de policía»,” cap. VI, “Servicios públicos,” § 5, “Felicidad colectiva, interés público, *omnis et singulatis*, *Everything and Nothing*,” § 5.1, “La inefable felicidad colectiva,” § 5.2, Interés público e interés individual” y ss.

de las aspiraciones sociales. Si la administración pública es un instrumento para tales objetivos, debe constituir una de las primeras áreas de acción donde la participación se institucionalice.”<sup>113</sup>

Aparece así la multiplicación de las técnicas consultivas, tanto a los sectores interesados como al público en general. El primer y más destacado caso es el de las audiencias públicas<sup>114</sup> previas a la emisión de una nueva norma reglamentaria o a la adopción de un proyecto importante y la gestión participativa<sup>115</sup> de los diversos servicios públicos.<sup>116</sup> El decreto 1172/03 y los diversos reglamentos que aprueba constituyen una prueba de ello, aunque se demora la sanción de la ley de acceso a la información pública. Un comentario de un amigo español que vió estas normas al final de nuestro t. 4 nos escribió un *e-mail* preguntando risueñamente: “¿Dime, algo de esto se cumple?” En rigor, con intervención judicial sí,<sup>117</sup> ya que no por iniciativa administrativa de cumplir sus propias normas.<sup>118</sup> No creamos que podemos engañar al mundo entero, es una fantasía peligrosa pues hace a nuestra ya de por sí debilitada credibilidad externa, lo que luego tiene incidencia en el trato que recibimos de los tribunales arbitrales internacionales y los jueces extranjeros que entienden en causas donde nuestro país es parte.

El art. 42 de la Constitución exige en su párr. tercero “la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias inte-

<sup>113</sup>MARTÍNEZ NOGUEIRA, ROBERTO, “Participación social y reforma administrativa en la Argentina: bases para una estrategia,” en *Desarrollo Económico*, 13: 347, 367, Buenos Aires, 1973.

<sup>114</sup>Ver *infra*, t. 2, cap. XI y sus referencias; GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, op. cit.*, art. 42, § 3.5, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” t. I, 4ª ed., pp. 592-3; D’ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V, § 94, “La intervención activa de la sociedad como modalidad del ejercicio de la función administrativa,” p. 154; ALETTI, DANIELA y TOIA, LEONARDO MARCO, “Audiencias públicas: Sólo para entendidos,” *LL, SJDA*, 17-V-2007, p. 1 y ss.

<sup>115</sup>Ver SCHEIBLER, GUILLERMO, “El presupuesto participativo y la emergencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 269-81; “Presupuesto Participativo: una redefinición de la relación administración — sociedad civil,” *LL*, 2004-C, 1058; “Buenos Aires, ciudad de Comunas,” *LL*, 2006-F, 1035; “Autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño,” en DANIELE, MABEL (dir.), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2008, p. 237 y ss.; “Apuntes sobre autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño,” *LLCABA*, 2008, 1-1: 38. ALANIS, SEBASTIÁN D., “El acceso a la información pública como elemento transformador de la emergencia,” en AHE (coord.), *op. cit.*, pp. 69-82.

<sup>116</sup>Nuestro art. “La participación administrativa,” *op. loc. cit.*; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5.

<sup>117</sup>Los decretos se han mantenido en vigencia y en los casos de incumplimiento administrativo el Poder Judicial lo ha materializado a través del amparo por mora, en el caso *Morales*, CNFED. CA, SALA V, *LL*, 2-IX-08, comentado por MARTÍNEZ GARBINO, CAROLINA, “Acceso a la información pública bajo el prisma judicial,” *LL, Supl. Adm.*, 20-III-09. pp. 11-13.

<sup>118</sup>Que, además, previsiblemente van cambiando: Ver GARCÍA SANZ, AGUSTÍN, “Información pública pero no tanto. El nuevo procedimiento para denunciar incumplimientos del Reglamento de Acceso a la Información Pública,” *Res Publica Argentina*, 2008-2.

resadas, en los organismos de control.” Todavía está por verse, pues peor aún, estos mismos entes están amenazados en su independencia por una creciente intervención de la administración central. Exactamente el camino opuesto del requerido por la Constitución.

### 5. Los órganos de control del proceso

#### 5.1. La insuficiencia cualicuantitativa de los controles

Es obvia no sólo en nuestro país sino también en muchos otros la insuficiencia del control judicial<sup>119</sup> y la virtual ausencia de control eficaz sea político o administrativo,<sup>120</sup> como así también, consiguientemente, la necesidad de fortalecerlos y ampliarlos<sup>121</sup> al poder económico, máxime ante la constante presión del poder político para tratar de eludir tales controles.

#### 5.2. Nuevos órganos y modalidades de control

En 1994 hubo en el país un importante avance constitucional con la creación del Consejo de la Magistratura (art. 114), el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (art. 115), el Defensor del Pueblo (art. 86), la Auditoría General de la Nación (art. 85), el restablecimiento de la independencia del Ministerio Público (art. 120), la previsión constitucional de medios de participación semidirecta como la iniciativa y la consulta popular (arts. 39 y 40), la ampliación del amparo incluyendo la tutela de los “derechos de incidencia colectiva en general” y el *habeas data* (art. 43), la participación de los usuarios en la dirección de los órganos de control de los servicios monopólicos (art. 42), con más la publicidad,<sup>122</sup> antes inexistente, de las sesiones del Senado para brindar acuerdos en la designación de los magistrados de la Corte Suprema, art. 99 inc. cuarto. Sin embargo, mucho de ello fué desvirtuado en los últimos años por el Congreso de la Nación, al impulso de un gobierno hipercentralista que a su vez contaba durante años con

<sup>119</sup> PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN, “Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso,” *RAP*: 55: 65, Madrid, 1968; “Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo,” *RAP*, 59: 41, Madrid, 1969; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Administración pública y libertad*, México, 1971, p. 67 y ss. De todas maneras, hay notorios progresos como la admisión del amparo colectivo en el caso *Halabi*, de la CSJN en 2009, y otros que relatamos en este acápite.

<sup>120</sup> REAL, “Los diversos sistemas de control político y administrativo del Estado,” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXII, 1/4: 324, Montevideo, 1972; DANIEL SANTORO, “Renunció Garrido: La corrupción tiene impunidad casi absoluta,” *Clarín*, 13-III-09, p. 12; GABRIEL SUED, “El fiscal anticorrupción dijo que lo limitaron y renunció,” *La Nación*, 13-III-09, pp. 1 y 6; PAZ RODRÍGUEZ NIELL, “El acusador más duro de la era kirchnerista,” igual diario, p. 6; sin firma, “Una salida que debilita aún más a los órganos de control. El recorte de las investigaciones se siente también en la ANG y en la OA,” igual diario, p. 6.

<sup>121</sup> BACHOFF, OTTO, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, Tübingen, 1963, p. 41 y ss.; AIKIN, CHARLES, “The United States of North America Supreme Court: New Directions in the 20<sup>th</sup> Century,” en el libro de homenaje a SAYAGUÉS LASO, t. III, Madrid, 1971, p. 139 y ss., etc.

<sup>122</sup> Ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, op. cit., t. I, 4<sup>a</sup> ed., comentario al art. 42, § 3.5, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” pp. 592-3.

un número más que suficiente de votos fieles y verticalistas dentro del Congreso, donde todo se vota sin debate, con virtual obediencia debida al Poder Ejecutivo.

Profunda es a su vez la múltiple reforma que introdujeron la Convención Interamericana contra la Corrupción, en 1997 y la Convención Internacional contra el Soborno Transnacional, ley 25.319, como también la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, ley 26.097; más diversos fallos de nuestra Corte Suprema y pronunciamientos internacionales, que explicamos en el cap. VI.

a) Hay que decuplicar el número de jueces contencioso-administrativos de primera instancia federal, cuyo número actual es una verdadera denegación de justicia;<sup>123</sup> también hace falta dotarlos de los medios adecuados. Lo mismo en la CABA, no obstante que se se planea ampliarlo, aunque la oposición lo considera un intento de manipulación de la justicia, olvidando que allí existe un Consejo de la Magistratura independiente. No existe cantidad suficiente de jueces para que el abogado cumpla su función en el mantenimiento del Estado de Derecho.<sup>124</sup>

b) Debe mantenerse el esfuerzo judicial en hacer *cumplir* la Constitución para los derechos de incidencia colectiva<sup>125</sup> y las acciones de clase en general, y ejercitar la ley de defensa del usuario y consumidor.<sup>126</sup> La CSJN ha hecho otro avance en el 2009 con *Halabi* en el amparo colectivo, utilizable por todos los niveles de la justicia.<sup>127</sup> Ese fallo es fundamental por múltiples razones, una de las cuales es que el amparo colectivo ha sido iniciado y seguido en las tres instancias por el impulso personal y democrático de un abogado de la matrícula,<sup>128</sup> ERNESTO HALABI, lo que muestra la importancia de la profesión de abogado en el

<sup>123</sup>Un ejemplo actual en AHE, DAFNE SOLEDAD, “El desamparo del amparo,” *op. cit.*; “La realidad del fuero...,” *op. cit.* El presidente de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la justicia nacional ha declarado, en la entrevista publicada en *Ámbito Financiero*, 25-III-09, p. 19, que el problema es generalizado: Como afirma RICARDO REDONDO, “En los últimos 30 años la litigiosidad ha aumentado un 300% y la capacidad del Poder Judicial un 10%; donde tiene que haber 100 juzgados hay 10.”

<sup>124</sup>Como lo enseña GENARO R. CARRIÓ en “Funciones de las facultades de derecho de la República Argentina,” originariamente escrita bajo el régimen militar para una exposición en la UB, luego publicada en el n° 1 de *Discrepancias*, 1983, y ahora en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-3, 7-14.

<sup>125</sup>Ello ha tenido un vigoroso desarrollo jurisprudencial: *infra*, t. 2, caps. II a IV.

<sup>126</sup>Que también puede reforzarse por la vía del derecho privado, como lo analiza POLO, EDUARDO, *La protección del consumidor en el derecho privado*, Madrid, Civitas, 1980. Ver también ARENA, GREGORIO, “L’ «utente-sovrano»,” en *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, *op. cit.*, t. I, p. 147 y ss.

<sup>127</sup>CSJN, *Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/amparo*, febrero de 2009, *LL*, 4-III-09, p. 3 y notas de SABSAY, DANIEL ALBERTO, “El derecho a la intimidad y la “acción de clase,”” *LL*, 19-III-09, pp. 4-6; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?” Como este autor lo señala, queda todavía mucho camino por recorrer, interrogantes paralelos a resolver progresivamente, pero lo cierto es que ahora nos encontramos en la senda correcta. Ver los antecedentes que enuncia SABSAY y las remisiones que efectuamos *infra*, nota 122, pues ya hace tiempo que habíamos advertido el problema.

<sup>128</sup>Es obvio que su apellido pasa con este fallo a la historia, así como MONNER SANS lo hiciera antes de ahora; con ello expreso mi admiración por su éxito ciudadano en el cumplimiento de una de las obligaciones del abogado que enseñara GENARO R. CARRIÓ.

funcionamiento democrático del Estado de Derecho, por una parte.

Por la otra demuestra la posibilidad de aumento de participación ciudadana efectiva a través del medio procesal del amparo colectivo ahora definitivamente admitido al menos en los casos carentes de significación económica. Es una cuestión que viene de lejos y que hace rato está en el tapete.<sup>129</sup> Ahora se encamina hacia su solución definitiva.

La cuestión de fondo resuelta de igual modo en las tres instancias judiciales es la inconstitucionalidad de la ley 25.873 dictada casi a ocultas en la madrugada del 17 de diciembre de 2003, por un Congreso en aquel entonces tampoco era independiente, que obligaba a las empresas proveedoras a guardar todas las conversaciones telefónicas y todos los *mails* privados por un plazo de diez años.

Al amparo de esa ley y de prácticas no precisamente democráticas, al momento del fallo se estimaba que había entre quince y veinte mil teléfonos intervenidos, en un sistema paranoico y persecutorio, de grave intromisión en la privacidad de las personas.

Ya los *mails* los utilizamos como los teléfonos celulares<sup>130</sup> o de tierra, sólo para cosas anodinas, pues las importantes es preciso hablarlas personalmente y en lugares que no resulten accesibles a las escucha a distancia de camionetas debidamente equipadas, que sólo están en el momento y lugar preciso donde se reúnen las personas cuyas conversaciones el Estado desea escuchar.<sup>131</sup> La Corte le ha puesto punto final en el plano jurídico.

c) Cabe resolver en mayor grado la suspensión judicial de los actos administrativos, medidas cautelares innovativas, autónomas, precautelares innovativas,<sup>132</sup> etc., en defensa de los individuos enfrentados al poder estatal o al poder de titulares de monopolios o exclusividades y privilegios. Mucho se ha hecho en la materia en los primeros meses del 2002, en las causas originadas por la debacle financiera nacional<sup>133</sup> y seguramente se hará más aún a partir del 2009 por la debacle financiera internacional y el aceleramiento del deterioro de las condiciones democráticas locales. *Halabi* es sólo un primer paso, aunque fundamental, que debe celebrar.

d) Corresponde crear en el orden local y en las diversas reparticiones dotadas de suficiente importancia específica, tanto nacionales como locales o interju-

<sup>129</sup> Nuestros arts. "Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual." *RAP*, Buenos Aires, 1997, 227; "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *LL*, 1997-F, 1318. Reproducido, con modificaciones, bajo el título "Los grandes fallos de la actualidad," en la 2ª ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998.

<sup>130</sup> Que los que están cerca del poder cambian e intercambian o desechan, como en las series policiales lo hacen los actores de *The Shield*. Ahora resta desarmar el sistema merced al fallo *Halabi*, que citamos *supra*, 5.2. b).

<sup>131</sup> LANATA, JORGE, "Al servicio del pingüino," *Crítica de la Argentina*, 1º-III- 2009, pp. 4/5.

<sup>132</sup> BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., "Las llamadas «precautelares» contra la administración pública: un aporte pretoriano al debido resguardo de la tutela judicial efectiva," *LL, SJDA*, junio de 2003.

<sup>133</sup> Ver nuestro artículo "«Corralito», Justicia Federal..." *op. cit.*

risdccionales e incluso privadas, la institución del *Ombudsman* o Defensoría del Pueblo,<sup>134</sup> ya existente en el orden nacional desde 1994 y en el orden local, aisladamente, un poco antes. La experiencia comparada, en países desarrollados o no, es tan abundante que cabe desear su continuada expansión.<sup>135</sup>

Luego de un comienzo incierto en nuestro país,<sup>136</sup> su consagración a nivel nacional en el art. 86 de la Constitución reformada en 1994 permite abrigar esperanzas sobre su futuro desarrollo a nivel sectorial, provincial y municipal, siempre que la sociedad asuma el cumplimiento de sus deberes cívicos y la doctrina el suyo, para que el Poder Legislativo pueda acompañar debidamente el cambio si la ciudadanía logra quebrar la hegemonía electoral que produce un parlamento adicto al Poder Ejecutivo.

La historia reciente demuestra que las acciones judiciales intentadas por ciudadanos y ONGs llegan más frecuentemente a buen puerto en la actualidad que en el pasado, junto a las del Defensor del Pueblo de la Nación y las Defensorías locales. En otras palabras, debe tratarse de un esfuerzo concertado de los sectores públicos más propensos al cambio, como el actual Poder Judicial y el Defensor del Pueblo, con los individuos, las ONGs y la prensa, los individuos, en particular los abogados. Ninguno de ellos, aisladamente, puede producir todo el efecto necesario. Entre todos está demostrado que pueden hacer una diferencia sustancial en el funcionamiento real del Estado de derecho.

e) Es necesario que en todos los órganos colegiados de la administración haya representación, aunque sea minoritaria, pero con voz y voto, de los usuarios del servicio y asociaciones intermedias, tales como colegios profesionales, asociaciones de productores, etc. Ya recordamos que el art. 42 de la Constitución lo exige en los entes de control de servicios públicos, para la protección de los usuarios y consumidores.

El problema central que enfrenta la participación, evidentemente, es la resistencia de los que debieran facilitarla, o sea los que ejercen el poder público a nivel legislativo o ejecutivo. Le temen, la consideran un elemento de desintegración social cuando en realidad es exactamente al revés.

f) Debe cumplirse siempre y bien con el sistema de audiencias públicas abiertas, dialoguistas, dinámicas, propicias al debate y no a los discursos unilatera-

<sup>134</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, "Los órganos del Estado," § 14.1, "El Defensor del Pueblo" y cap. XV, "Los entes reguladores," §14.2, "El Defensor del Pueblo nacional."

<sup>135</sup> WADE, H. W. R. y SCHWARZ, BERNARD, *Legal Control of Government*, Oxford, 1962, pp. 64-73; DEBBASCH, CHARLES, *Science administrative*, París, 1972, pp. 641-51; ROBERT, MARTIN, "The Ombudsman in Zambia," en *The Journal of Modern African Studies*, 15-2: 239 (1997); YASH P. GHAI, "The Permanent Commission of Enquiry," cap. V del libro de MARTIN (compilador), *Law and Personal Freedom in Tanzania*; WILLIAMS, DAVID W., *Maladministration. Remedies for Injustice*, Londres Oyez Publishing Limited, 1976; WHEARE, K.C., *Mal-administration and its remedies*, Londres, Stevens & Son, 1973, etc.

<sup>136</sup> Nuestro art. "An Ombudsman for Argentina: Yes but..." *op. loc. cit.*

les, en forma previa a la emisión de toda norma general por la administración y a la aprobación de todo proyecto administrativo que importe la modificación del ambiente o las condiciones básicas de prestación de un servicio público, p. ej. tarifas de los distintos servicios que han visto sus montos arbitrariamente congelados durante años para en su lugar crearles un sistema de subsidios no transparentes que finalmente se debe comenzar a desmontar.

La materia audiencias públicas es obligatoria en el postgrado en derecho administrativo de la UBA, pero los cursantes tienen cada vez más dificultades en encontrar autoridades públicas dispuestas a efectuar una audiencia pública en que puedan participar, gratuitamente para el Estado, destinada a su propia formación y el mejoramiento de la administración y la sociedad.

Es uno de los roles fundamentales que tienen los abogados que cumplir en la democracia<sup>137</sup> pero se les hace particularmente difícil cumplirlo, tanto que se han acumulado, felizmente sin protestas, tres cursadas—2006, 2007, 2008— que no podían encontrar autoridad alguna que les permitiera hacer una audiencia pública. Ahora lo podrán hacer, pero para eso deberán ir a Bahía Blanca, cuyo intendente aceptó la propuesta para el año 2009.

Las audiencias públicas, con todo, están exigidas por los marcos regulatorios del gas y la electricidad, pero se trata ya de una aplicación específica del principio general de la audiencia previa que consagra la Constitución.<sup>138</sup> Pero siempre existen supuestos en que la autoridad desea manipular la audiencia pública, lo cual lleva a su inevitable nulidad, a pedido del Defensor del Pueblo de la Nación o de los interesados o afectados por el tema.

Es ceguera política del poder no escuchar previamente qué tienen que decir los sectores que van a ser afectados por las decisiones que se propone tomar, porque se priva de conocer de antemano cuál será su recepción en la opinión pública. A veces la noticia de que va a salir algún proyecto genera reacciones negativas en la sociedad, de tan desconfiada que se vuelve ante la constante falta de participación y discusión previa.

g) Hay que promover nuevos y mejores mecanismos arbitrales;<sup>139</sup> crear tribunales administrativos<sup>140</sup> a los cuales se pueda acudir *voluntariamente y sin pérdida*

<sup>137</sup> Ver CARRIÓ, GENARO, "Funciones de las facultades de derecho en la República Argentina," *op. loc. cit.*

<sup>138</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.* cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública;" HUTCHINSON, TOMÁS, "Algunas consideraciones sobre las audiencias públicas (una forma de participación del ciudadano)," en ENRE, *Jornadas jurídicas sobre servicio público de electricidad*, Buenos Aires, 1995, p. 325 y ss.; DERISI DE MAC MAHON, SYLVIA, "El régimen de audiencias públicas," en AA.VV., *Jornadas jurídicas...*, *op. cit.*, p. 309 y ss.; ALETTI y TOIA, "Audiencias públicas: Sólo para entendidos," *op. loc. cit.*

<sup>139</sup> *Infra*, t. 2, caps. XVII y XVIII. Son conocidas las falencias de los tribunales del CIADI, que no tienen composición homogénea, lo que a criterio de tales tribunales no es razón para incumplir sus laudos, como lo estaríamos haciendo, agravando nuestra situación internacional: VENTURA, ADRIÁN, "Condenan al país a depositar una garantía de US\$ 75 millones," *La Nación, Economía & Negocios*, 7-III-09, p. 1.

<sup>140</sup> Nos remitimos al cap. XI de *Derechos Humanos, op. cit.*

o desmejora de su derecho a acudir en cualquier momento a la vía judicial, sin agotar la vía del tribunal administrativo si no lo desea: Ambos, sin sustituir ni suplir a la justicia, pueden ser instituciones a partir de las cuales fortalecer un nuevo sistema con un estándar mínimo, coherente y razonable, de control de legitimidad y oportunidad.

Lo ideal sería transformar la administración activa en administración jurisdiccional, con revisión judicial plena,<sup>141</sup> como ha hecho la Ciudad de Buenos Aires con sus controladores de tránsito.<sup>142</sup> La experiencia comparada, principalmente de Canadá, es muy alentadora sobre las ventajas institucionales de esta alternativa.<sup>143</sup>

El progreso en esta materia lo debiera dar el legislador, aunque no ha sido en absoluto proclive a reformas como la acción *qui tam* contra la corrupción y otras.<sup>144</sup> La doctrina y el control social deben ayudar a ese cambio, pues sin ellos el poder político difícilmente se controle a sí mismo, como la experiencia lo demuestra una y otra vez.

Ante esa larga serie de falencias, el Poder Judicial en los últimos tiempos ha estado a la altura de su responsabilidad y ha tomado importantes iniciativas de cambio, como la Corte Suprema en los nuevos casos *Halabi*,<sup>145</sup> *Ángel Estrada*,<sup>146</sup> *Mendoza*,<sup>147</sup> etc., sin perjuicio de muchos otros, además del esfuerzo de algunos tribunales provinciales y de la CABA, sin duda importantes.

Es bien cierto que a veces subsisten tribunales retrógrados, que actúan contrademocráticamente —como a veces se ha dicho— para querer defender al poder público en la preservación del *status quo*. En nuestro país, sin embargo, ello ha constituido siempre una minoría, generalmente reservada para la provincia más populosa y por ende más sometida a las presiones del poder político, y más predispuesta a hacer lo que a éste le sirve.

<sup>141</sup> Nuestros art. “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” *LL*, 2005-A, pp. 818-823, y las mayores referencias que efectuamos más abajo en la nota 143.

<sup>142</sup> *Infra*, cap. IV, p. 7, nota 15.

<sup>143</sup> “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962; Previamente publicado bajo el título: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32; también en prensa como: “Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas,” *European Public Law Review*, Londres, Esperia, 2009.

<sup>144</sup> Pues siempre se alinea con el Poder Ejecutivo: *infra*, cap. III, § 4.1., “Equilibrio teórico de los poderes,” y § 4.2, “Desequilibrio real” y lo destaca JORGE SÁENZ desde su *Prólogo*. Ver “Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos Públicos”, RAP, 18: 8, Buenos Aires, 1994.

<sup>145</sup> *LL*, 4-III-09, p. 3 y nota de GARCÍA PULLÉS, *cit. supra*, nota 120; ver también nota 122.

<sup>146</sup> Ver nuestro art. “Ángel Estrada,” *JA*, 2005-III, fasc. n.º 9, y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>.

<sup>147</sup> CSJN, *Fallos*: 329:2316, *Mendoza*, 2006; *infra*, cap. VIII, § 6, notas 27 y 28, p. VIII-9; cap. XV, p. 3 y nota 14.

h) En lo económico, toca ponerse a tono con la realidad del mundo,<sup>148</sup> que estamos enfrentando frontalmente una vez más, a contramano de la historia.<sup>149</sup> En 2009 el mundo desarrollado se comporta keynesianamente ante el caos financiero, pero el nuestro pretende ser un modelo de conducta keynesiana, a pesar que carece de dos condiciones fundamentales, capacidad de endeudamiento o reservas de libre disponibilidad.

g) Mientras algunos cambios importantes se producen de cara al futuro, también hay que revertir los retrocesos que se han producido, de los cuales uno es el blanqueo de capitales<sup>150</sup> y fomento del juego<sup>151</sup> con riesgo de lavado de dinero;<sup>152</sup>

<sup>148</sup> Este año recibiremos una visita de inspección del GAFI; también recibiremos una inspección del FMI, si queremos renegociar nuestra deuda con el Club de París, pues aquélla es necesaria para que los inversores europeos tengan crédito blando de sus países. Esas son las redes intergubernamentales en acción. También podemos llegar a tener problemas en el G-20, pues “Varios funcionarios dicen en privado que la participación de países tales como Argentina, que durante gran parte de su historia ha desafiado las normas internacionales de gobierno, no mejora la credibilidad ni la capacidad de funcionamiento de la asociación,” BEATTIE, ALAN, “Cumbre del G-20: son modestas las esperanzas de un progreso en concreto,” *Financial Times*, reproducido en *El cronista*, 5-III-09, p. 13.

<sup>149</sup> DIANA, NICOLÁS, “La teoría de la burbuja,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2009-1, en prensa; “Apuntes sobre la idea del conflicto permanente,” *RPA*, 2008-1, 55-62; DROSSOS, YIANNIS Z., “Una conferencia en Harvard y una cena en Buenos Aires o: La realidad de la imaginación en la doctrina legal y la cultura nacional de Grecia del siglo diecinueve,” *RPA*, 2008-1, pp. 7-30. Nuestra experiencia local es que los gobernantes *se creen* las ficciones, y por eso las burbujas terminan siempre mal. Así lo predijo el economista keynesiano HYMAN MINSKY en su libro *Stabilizing an Unstable Economy*, al referirse a la inestabilidad inherente del sistema, tal como lo relata FONTEVECCHIA, “Por qué sube el dólar si EE.UU. está en crisis,” *Perfil*, 7-III-09, pp. 68 y 18.

<sup>150</sup> Ver MAZZINGHI, MARCOS, “El “blanqueo” de capitales ante principios constitucionales,” *LL*, 3-III-09, pp. 1-3; SARAVIA FRÍAS, BERNARDO y MAZZINGHI, MARCOS, “El blanqueo de capitales y los efectos sobre la ley penal cambiaría,” *LL*, 18-III-09, pp. 1-4; PINTO, HUGO J., “Ley de blanqueo. Para ponerse en regla: regularización impositiva y previsional. Suspensión de la acción penal,” *LL, Supl. Penal y procesal penal*, 17-III-09, pp. 1-8. La Federación de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, por su parte, ha manifestado que “un blanqueo de activos en los términos establecidos por la Ley de Blanqueo es en un principio una operación sospechosa” agregando la columnista que lo relata que la sospecha es “de lavado de dinero, por lo que los profesionales certificantes tendrán que investigarlas en todos los casos.” DOLORES OLVEIRA, “El interés para anotarse en el blanqueo pasó para después de las elecciones,” *El Cronista*, 17-III-09, p. 5. Así las cosas, el gobierno está pagando el costo político sin haber todavía obtenido el resultado financiero esperado. No debe confundirse el blanqueo con la moratoria que establece la misma ley, “donde el ingreso viene siendo masivo desde el primer día de marzo.” Allí hay beneficio impositivo para el contribuyente moroso, sin riesgo de incurrir en sanciones penales o cambiarias. El grado de exposición de quienes se sometan al blanqueo, en el actual contexto normativo internacional, es alto. Lo explicamos en este libro y también en nuestro art. “Hacia un nuevo orden jurídico mundial,” en prensa y en <http://boletinadministrativo.blogspot.com/>. No se verá allí ninguna novedad, sino una recopilación de todos los avances que se realizan en la aplicación del régimen internacional y la jurisdicción extranjera y universal en posibles delitos que pueden llegar a ser considerados, con el tiempo, de lesa humanidad, por ende imprescriptibles. Ya ha ocurrido en el pasado con los delitos de la última dictadura militar, puede volver a ocurrir en el futuro con los cuatro delitos que el orden jurídico mundial actualmente interrelaciona: Lavado de dinero, corrupción, narcotráfico, terrorismo.

<sup>151</sup> Al cual, no obstante sus extraordinarias ganancias, no se le aplican los criterios de las ganancias extraordinarias que se pretende aplicar al campo en una de las peores sequías de su historia.

<sup>152</sup> MARTEAU, JUAN FÉLIX y REGGIANI, CARLOS, “Lavado de dinero y juegos de azar,” *LL*, 6-III-09, pp.1-2

el constante ataque a la prensa, que los tribunales han comenzado a encarar.<sup>153</sup> Otros son el las presiones sobre los jueces,<sup>154</sup> los “llamados de atención,” “retos” o quejas presidenciales contra el Poder Judicial, hasta a la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, como si no entendiera que se trata de un poder al cual está sometido, no que le está subordinado; la falta de independencia de los entes reguladores, que llevó a la Corte Suprema a negarles, por ello, el ejercicio de funciones jurisdiccionales; la dominación política del Consejo de la Magistratura;<sup>155</sup> los superpoderes otorgados por ley al Jefe de Gabinete;<sup>156</sup> la falta de coparticipación federal de los impuestos; los impuestos creados sin ley, como los incluidos en los aumentos de las tarifas eléctricas; las constantes vías de hecho de la administración;<sup>157</sup> la materialización unilateral y extrajudicial de embargos

<sup>153</sup> CNFCA, SALA IV, *Perfil*, LL, 29-II-09, pp. 6-7; CSJN, *Editorial Río Negro S.A. c. Provincia del Neuquén*, LL, 14-11-2008, p. 7; GRAHAM YOLL, ANDREW, “La censura en el banquillo,” *Perfil*, 21-II-09, pp. 12-15, con declaraciones de MAGDALENA RUIZ GUINAZÚ, NELSON CASTRO, PEPE ELIASCHEVY y ALFREDO LEUCO. Uno de los primeros en investigarlo fue la ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, presidida por ALEJANDO CARRIÓ, en OPEN SOCIETY INSTITUTE, *Una Censura Sutil. Abuso de publicidad oficial y otras restricciones a la libertad de expresión en Argentina*, Buenos Aires, 2005, en colaboración con la ADC; *Buying the News: A Report on Financial and Indirect Censorship in Argentina*, Nueva York, 2005. La Sociedad Interamericana de Prensa no alcanza a ver una reversión en la tendencia, habiendo alertado en marzo del 2009 sobre la “asignación de publicidad oficial, la cooptación indirecta de medios privados a través de empresas afines al poder o la manipulación informativa de noticias e imágenes que se observa en los medios públicos,” “hechos de intimidación y agresión dirigidos contra periodistas y medios de comunicación,” “ataques alimentados o tolerados por las autoridades, entre los que se destaca el bloqueo de las plantas de impresión y distribución de los principales diarios y revistas,” una “escalada de hostigamiento a la prensa,” etc.: *Clarín*, 17-III-09, p. 10; *La Nación*, 17-III-09, p. 8; *El Cronista*, 17-III-09, p. 19. Más aún, hasta miembros de la farándula son objeto de presiones si señalan la inseguridad existente, según la tapa de *Crítica de la Argentina*, 17-III-09 y pp. 2/3. Siguiendo una antigua regla, a mayor alcance mediático, mayor censura, y a la inversa. Un simpatizante del movimiento oficial, aunque desde la izquierda, comparte este razonamiento, con humor pero sinceridad: “Mientras Ustedes debaten, nosotros gobernamos.” Es lo mismo, *mutatis mutandis*, que lo que nos decía con énfasis y sinceridad un jurista gubernamental, “El presidente no traiciona, gobierna.” Son conceptos no democráticos del poder. Uno más tan sólo de los problemas de los ataques a la prensa, aunque subsista prensa independiente, es que hasta ella empieza a contagiarse de la irracionalidad, y así se puede escuchar a un periodista lamentarse que ahora el funcionamiento del Congreso “será errático, algo malo desde un punto de vista institucional,” con lo cual supone que sólo un Congreso monolítico es bueno, lo cual es una aberración para la vida democrática: Ver FERNANDO PEÑA, NELSON CASTRO y JORGE LANATA, “El Gobierno está débil y tapa un escándalo con otro,” *Crítica de la Argentina*, 17-III-09, pp. 10/1. No son tiempos de claridad mental.

<sup>154</sup> Así lo denuncia la Asociación de Magistrados, según *Ámbito Financiero*, 17-III-09, p. 13, “Gesto de la Corte para distanciarse del Gobierno.”

<sup>155</sup> Cuya ley actual pone a merced del poder político, invadiendo la independencia judicial.

<sup>156</sup> DIANA, NICOLÁS, y BONINA, NICOLÁS, “Los superpoderes al Jefe de Gabinete,” LL, *Suplemento Actualidad*, 27-VII-06, p. 1. Son moneda corriente las decisiones administrativas cuyo art. 1° expresa “Modifícase la distribución del Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio 2008, de acuerdo al detalle obrante en las Planillas Anexas al presente artículo, que forman parte del mismo” pero no se publican y además son retroactivas: DA 769/08, B.O. del 10-II-09, p. 3; 768/08, B.O. 11-II-09, p. 3. Eso y no tener presupuesto es lo mismo.

<sup>157</sup> Cuyo ejemplo más destacado, pero no único, se relata en CABOT, DIEGO y OLIVERA, FRANCISCO, *El buen salvaje*. [...] *La política del garrote*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008. La omisión en el título corresponde al nombre y apellido del funcionario implicado. Se anuncian diez libros más en el 2009 sobre este modelo de poder, en *La Nación*, 22-III-09, p. 1: LANATA, AGUINIS, MAJUL, etc.

de cuentas particulares por funcionarios de la administración tributaria, incluso de extraña jurisdicción;<sup>158</sup> las estatizaciones directas o indirectas sin justificación racional<sup>159</sup> que se advierta.

Este último es uno de los puntos salientes, junto con la creciente intervención estatal en la economía utilizando además mecanismos de subsidios propios del Estado de Bienestar. Ha sido una cuestión en la que en el pasado sostuvimos posiciones cercanas a las que hoy se emplean, que entonces eran moneda corriente pero que dejaron de serlo, a punto tal que de hecho no hemos renovado la publicación de libros escritos y aparecidos antaño sobre *Empresas del Estado, Derecho administrativo de la economía, Planificación*.<sup>160</sup>

Cuando escribíamos estas ideas no hacíamos sino recoger las publicaciones por entonces en boga en el mundo, alguna de las cuales no dejaban de causarnos cierta inquietud, como la famosa aseveración de las Naciones Unidas en su libro *La planificación del desarrollo*, de 1950, que en los países subdesarrollados era mejor realizar emprendimientos de baja tecnología y gran cantidad de mano de obra no calificada, pensando que con ello se aumentaba el pleno empleo, lo cual podía haber sido cierto, como también lo fué que así condenaban a los países al subdesarrollo eterno.

Luego el pensamiento dominante cambió y la nueva idea fue que había que promover el desarrollo tecnológico a nivel nacional, como ya ocurría a nivel de los países desarrollados, y la repotenciación de la educación individual, sobre todo poniéndola a tono de las modernas tecnologías de todo tipo. Es una cuestión de teoría económica en la cual no tenemos desde luego formación adecuada, pero sí seguimos siempre con atención en las publicaciones especializadas. No es en los economistas sino en los políticos ideologizados en el pasado donde se encontrarán sostenedores de estas ideas perimidas.

En todo caso, si bien este nuevo intervencionismo del Estado en la economía y este nuevo modesto crecimiento del sector público de la economía son preocu-

<sup>158</sup> Llega a tal punto el exceso oficial y la tolerancia de los privados, que la oficina fiscal de la Provincia de Buenos Aires se da el lujo de comunicar a bancos nacionales que se encuentran fuera de su jurisdicción, el embargo de las cuentas de quienes considera le adeudan sumas de dinero. Lo peor del caso es que los bancos ejecutan el embargo.

<sup>159</sup> Y además con notoria contradicción. El dinero se dilapida con Aerolíneas Argentinas, expropiada con parte del voto de la oposición, y luego ante la falta de fondos se confiscan las jubilaciones y pensiones de las AFJP, también con el voto de parte de la oposición. Luego se habla de estatizar el comercio de granos, para que los productores deban vender sus cosechas antes de tiempo, y si bien no se lo concreta, se dice que eso es "sólo por ahora." La responsabilidad es compartida del gobierno y parte de la sociedad, pues nunca falta alguno que apoye la idea.

<sup>160</sup> *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, agotado y no reeditado; *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966, también agotado y no reeditado; *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, O.E.A., 1967; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, Agencia para el Desarrollo (A.I.D.) y Macchi, 1973; *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, EJV, 1981. Recuerdo que en un seminario llevé copias de este último libro a mis colegas y luego de hablar yo, una de ellas me dijo: "¿Entonces me has regalado un libro que no sirve?" Hube de confesar que sí.

pantes porque no parecen brindarnos ningún adelanto económico o social,<sup>161</sup> y van acompañados de signos políticos que en otros países que practicaron aquellas medidas económicas llevó también a la falta de libertad política, con una concentración notoria del poder central. Sin libertad política y con la hiperconcentración del poder central se produce una hegemonía que ningún bien hace a la sociedad, ni contribuye al desarrollo cultural ni social de los excluidos sino que perpetúa su exclusión clientelar. El intento occidental de hace medio siglo fue juntar el intervencionismo o la planificación con el Estado de Derecho, evitando la concentración del poder político, pero fracasó entonces y se vuelve a ver ahora en la creciente hegemonía del poder central;<sup>162</sup> el ejercicio cada vez más notorio del poder político en forma conjunta y con clientelismo por lo que la opinión pública llama el matrimonio presidencial;<sup>163</sup> el capitalismo de amigos,<sup>164</sup> etc.

<sup>161</sup> Cabe distinguir dicho proceso local del que se produce en el mundo desarrollado, de compra de paquetes parciales de entidades al borde de la quiebra, camino ya recorrido por nosotros en el pasado, más intensamente aún. Ojalá les vaya bien a ellos, a nosotros nos fracasó.

<sup>162</sup> Un amigo peronista que luego habría de tener funciones en el Gobierno del 2003, me dijo entonces, antes de ser convocado, que se equivocaba cierto constitucionalista afin en hablar de los límites del poder, porque “primero hay que construir el poder.” Lo retuve en mi memoria como parte de su afecto a su alineamiento político. Pero luego lo encontré en declaraciones de uno de los intelectuales del poder en *Carta Abierta*, el doctor en filosofía RICARDO FORSTER, profesor de Historia de las Ideas, que dice extraordinariamente que hegemonía “no es ninguna mala palabra en política. La hegemonía es parte del proceso a través del cual un modo de pensar y de actuar de la política intenta capturar mayores facultades para realizar sus proyectos.” Ver la entrevista que le da a JORGE FONTEVECHIA, en dos líneas de discurso contrapuestas: *Perfil*, 1º-III-2009, pp.36-41, esp. p- 38, 4ª col. En la 5ª col., luego de hablar de lo que llama admirativamente “la excepcionalidad kirchnerista,” contradictoriamente sostiene que “Sí creo que tiene que haber los instrumentos adecuados, jurídicos, reales, como para que un gobierno sea fiscalizado,” ante una punzante pregunta, en la 4ª col. Otra contradicción es cuando critica al “pequeño dueño de cien hectáreas” por alinearse con otros más poderosos, en la p. 38, 1ª col., y luego ante una pregunta sobre enriquecimiento de alguien más caro a sus sentimientos, diga en la 5ª col.: “No está mal que alguien quiera vivir como se vive en California.” Aparentemente se refiere a Beverly Hills y no a los barrios pobres de Los Ángeles. Pero agrega que “Personalmente, preferiría que no sea exponente de una riqueza abusiva.” ¿Por qué criticar entonces al “pequeño dueño de cien hectáreas,” sólo por discrepancia ideológica? Otra gema es cuando explica por qué “El Gobierno acumula contradicciones que tienen que revisar sin ninguna duda,” p. 39, 2ª col. Da otro ej. en la p. 41, 2ª col.

<sup>163</sup> Ver p. ej. VALENTE, MARCELA, “Two drivers at the wheel? Is Cristina ruling the country, is Néstor, or are both?” *Buenos Aires Herald*, 23-II-09, p. 2. El tema está en realidad en todos los periódicos independientes y aún en algunos oficialistas, de tan notorio que es; hasta la Iglesia lo utiliza, según *Crítica de la Argentina*, 25-III-09, nota de tapa.

<sup>164</sup> Ver MAJUL, LUIS, “Una clase magistral de política y negocios,” *El cronista*, 24-II-09, p. 14, donde compara el sistema de construcción de poder económico local a la oligarquía rusa contemporánea, luego de la caída de la Unión Soviética. Podría así aspirar a transformarse, según el autor, “en un integrante del poder permanente, un nuevo dueño de la Argentina.” En definitiva, lo cierto es que la actual oligarquía no está como hace un siglo en el campo, sino en los empresarios amigos del poder central. Aquella oligarquía al menos hizo crecer al país, aunque no mejorara los niveles de desempleo y pobreza; ésta no hace una ni otra cosa, salvo enriquecerse personalmente. Esta nueva oligarquía tiene además el problema, según MAJUL, de intentar construir un modelo de dominación económica y política, ante el posible fracaso del intento de hacerlo por los canales electorales, en el proyecto que en su momento explicáramos en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102.

Esta es la verdadera crisis profunda del país, una crisis de los valores<sup>165</sup> y de los principios del Estado de Derecho.<sup>166</sup> Sin ellos, no hay recuperación económica ni social posible.<sup>167</sup>

### 5.3. *El pseudo sistema y los intersticios*

El desafío de la época que se avecina no es solamente crear los mecanismos que faltan o mejorar los existentes, y retrotraer todos los retrocesos que se han producido, sino integrar un eventual sistema interrelacionado y armónico; eliminar contradicciones, superposiciones innecesarias, conflictos y celos superfluos, controversias interpretativas y los intersticios del control, las “tierras de nadie” por donde puedan filtrarse y lo hacen efectivamente los comportamientos arbitrarios o abusivos del poder.

Claro que cuando se ha pasado a las vías de hecho ya nada civilizado parece posible, a menos que se produzca un recambio legislativo de suficiente envergadura en el corriente año 2009. Sin embargo, las noticias son que se intenta profundizar el camino iniciado, aumentando el intervencionismo económico que tan proclive es a la corrupción.<sup>168</sup> Por tales intersticios es por donde se creó en su momento la siempre presente deuda externa que el país ha acumulado sin control desde hace décadas, a veces a tasas fuera de mercado, para gastos improductivos: Ningún órgano de control pudo verlo a tiempo para prevenirlo.<sup>169</sup> Las consecuencias fueron ineluctables<sup>170</sup> y se incrementan no sólo con los *holdouts*,

<sup>165</sup> Ver CASTAÑEDA, ALEJANDRO, “Un país en miniatura,” *El día*, 1°-III-09, Sección *El Día Domingo*, contratapa, p. 28.

<sup>166</sup> Dice BERGMAN, SERGIO, “No confundamos orden con represión,” *La Nación*, 4-III-09, pp. 1 y 10, que “seguimos siendo un país unitario y feudal, no una república federal.”

<sup>167</sup> En el año 2009 hemos descendido un peldaño más, al ser categorizados como economía de frontera, junto a Ecuador, Jamaica, Nicaragua, Nigeria, Paquistán, Vietnam, etc. La gota que rebalsó el vaso fue la eliminación de las AFJP, votadas también por parte de la oposición, en un acto que ha sido creativamente calificado de *megakleptomanía*: SOLTYS, MICHAEL, “Going against the grain,” *Buenos Aires Herald*, 1°-III-09, p. 3. El problema no es solamente gubernamental, es de la sociedad entera. Están comenzando a abundar en internet arts. de opinión calamitosamente críticos de nuestro país, como *The Unites States of Argentina* y tantos otros más, que a lo sumo logran ofendernos pero no hacernos cambiar de rumbo. Las meras noticias sobre intervención en el mercado de granos han sido consideradas “aterrorizadoras” y “nefastas” por SOLTYS, *op. loc. cit.* y terminan afectando la bolsa local como lo hicieron las noticias de la confiscación de las AFJP. A su vez dice HUERGO, HÉCTOR, “Sin Junta Nacional de Granos, la producción argentina se triplicó,” *Clarín*, 3-III-09, p. 4: Es entonces previsible que con ésta la producción siga cayendo, como ha caído la producción de carnes y el *stock* ganadero, si el proyecto avanza.

<sup>168</sup> Como globo de ensayo se deslizaron comentarios de una posible estatización del comercio de granos, para luego pasarse a una eventual nueva creación de la Junta Nacional de Granos: *El día*, 1°-III-2009, p. 6, “El Gobierno estudia crear un ente para regular el mercado de granos.” El proyecto tiene resistencia en el campo pero el gobierno lo empujaría junto a la nueva ley de radiodifusión, bajo el críptico comentario: “se la va a jugar: si sale, sale, si no ya está,” según *Perfil*, 1-III-09, p. 5.

<sup>169</sup> Ver nuestro art. “El contrato de crédito externo,” *Revista de Administración Pública*, 97: 423, Madrid, 1982; reproducido en AA. VV., *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. II, cap. XXIII; *Revista de Direito Público*, 70: 5, San Pablo, 1984; resumido en el cap. IV de nuestro libro *Después de...*, *op. cit.* Ver también *infra*, cap. XI, § 4.4.3.

<sup>170</sup> Ver nuestro art. “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050.

los titulares internos y externos de deuda pública que se actualiza falsamente con el INDEC, la futura ejecución externa de las condenas que sufrimos en los tribunales arbitrales del CIADI a raíz de la conducta estatal a partir del 2001/02, en que el gobierno creyó que el *necessitas non habet legem* servía para el comercio internacional.

No solamente seguimos no pagando sino que continuamos incrementando la deuda, aún cuando tenemos cerrado el crédito externo; pero es el Congreso de la Nación el que, inexplicamente, estatiza Aerolíneas Argentinas,<sup>171</sup> ignorando que después se deberá negociar con el país de donde provienen los capitales expropiados y que sus aviones difícilmente puedan viajar al mundo desarrollado, so peligro de ser embargados por los acreedores que tenemos en todas partes.

Ya ocurre que no podemos participar en exposiciones internacionales con obras de arte que formen parte del patrimonio estatal, por ese motivo.<sup>172</sup> No parece inteligente para el país que el Congreso incremente por nacionalizaciones un patrimonio estatal que es a su vez susceptible de embargo externo<sup>173</sup> mientras nos mantengamos en permanente *default*, como la historia nos lo demostró en la década del sesenta en el siglo XX. Es cierto que naciones como Francia o España incurrieron en constantes *defaults* en las monarquías absolutas entre el 1500 y el 1800, pero no parece una condición saludable para sugerirle adoptar sistemáticamente a ningún país contemporáneo, pues se paga más caro, en términos de desarrollo económico y social, que lo que se “ahorra” por no honrar las deudas.

<sup>171</sup> Nuevamente, con el voto de parte de la oposición. Esto hace que la cuestión sea mucho mas grave, desde luego, porque disminuyen las chances de cambio. La razón determinante fue no enajenar el voto de los diferentes gremios aeronáuticos. La falsamente aducida, la necesidad de mantener el tráfico aéreo interno, como si no hubiera otras compañías en perfectas condiciones de hacerlo.

<sup>172</sup> Ver GARCÍA, FERNANDO, “El arte argentino no puede viajar: temen embargos de bonistas europeos,” *Clarín*, 26 de febrero de 2009, p. 30.

<sup>173</sup> Tenemos embargos externos en juicios iniciados fuera del país por tenedores de bonos que no se acogieron al canje del año 2003, llamados *holdouts*, y por los fondos confiscados a las AFJP, a los que habrá que agregar los embargos que vendrán por juicios perdidos en el CIADI, según ADRIÁN VENTURA, “Condenan al país a depositar una garantía de US\$ 75 millones,” *La Nación, Economía & Negocios*, 7-III-09, p. 1. La posición argentina es que el art. 54 (3) del Convenio CIADI dispone que “El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.” Si bien la posición oficial del país es que corresponde intentar su ejecución en los tribunales argentinos, como cualquier otro nacional, en *Sempre* no sólo se nos impuso la obligación de constituir un depósito de garantía como condición para tramitar un recurso de nulidad, “debido a los antecedentes que el país tiene de no cumplir las condenas que recibe,” sino que además el tribunal se adelantó “a resolver que la empresa que gana puede exigir el pago de la condena ante cualquier tribunal extranjero,” dando así otra interpretación al mismo art. 54 (3). Según esta fuente, el fallo indica que “La postura de la Argentina pone de manifiesto que, de hecho, no cumplirá con su obligación de acatar un laudo en favor de *Sempre*,” que es la parte actora. VENTURA, por su parte, sostiene que el fallo *Sempre* “trasluce una fuerte desconfianza hacia el país.” Entre los antecedentes menciona el caso *CMS*, en que el país, a pesar de haber perdido el recurso de anulación del fallo, no cumplió voluntariamente el laudo arbitral; también el caso *Enron*, y el caso *Vivendi*, en que le pidieron también una garantía que hasta el presente no habría sido cumplida. La desconfianza no es sólo externa, es también interna, como puntualiza HERNÁN DE GONI, *Ámbito Financiero*, 17-III-09, p. 2, “La profecía autocumplida, el peor pronóstico.” “Cuando improvisar es la regla, la desconfianza se vuelve ley. De esa profecía es muy difícil volver.”

Y esto no es responsabilidad de un sólo gobierno, porque han sido varios los que jugaron con la idea, crearon las condiciones para los masivos *defaults* o los declararon con júbilo y ante el masivo aplauso legislativo. No es pues sólo culpa de los gobiernos, es culpa de la sociedad, que ha llegado a transformar el ahorro en vicio y el no pago de las deudas en virtud, que hasta los tribunales consagraron en más de una ocasión, como ocurrió con el voto líder del nefasto caso *Bustos*.<sup>174</sup> Felizmente, la Corte parece estar morigerando de a poco ese criterio.

En esa tendencia, un informe del Ministerio de Defensa dice el año 2009 del Decreto "S" 628/08, por el cual se traspasaron al Estado, el año anterior, las acciones de una empresa privada de dicha área.<sup>175</sup> Finalmente un anuncio presidencial publicita la cuestión, y se informa que el costo inicial va acompañado, paradójicamente, de un recorte presupuestario del 20% de la cartera.<sup>176</sup> Es que para hacer políticas pseudokeynesianas hacen falta reservas de libre disponibilidad o capacidad de endeudamiento, ninguna de las cuales tenemos ahora.

El problema se agrava con la confiscación de las jubilaciones y pensiones (AFJP) que algún día deberán ser indemnizadas; con el no pago adecuado de la actualización de la deuda canjeada en el año 2005; del *default* mantenido con el Club de París y los *holdouts*, que por supuesto generan intereses y algún día nos serán cobrados tanto el capital como los intereses.

Igual ocurre, con agravantes, con el intento de blanqueo impositivo condicionado solamente a una declaración "jurada"<sup>177</sup> de que los fondos declarados no son de origen ilegal, lo que obligó en 2009 a enviar una misión oficial de rango ministerial a París a dar explicaciones al GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, órgano intergubernamental de la OCDE que controla gran parte del lavado de dinero en el mundo. Debe recordarse que los Estados modernos actúan a través de redes internacionales, formales e informales. Esta es una red formal de los Estados europeos, que representa el mundo desarrollado. Es similar,

<sup>174</sup> Lo hemos comentado amargamente en "¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?" *LL*, 2005-A, 905-921. Reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.

<sup>175</sup> Ver CUATTROMO, OSCAR, "Un proyecto de recuperación aeronáutica sin secretos," *Crítica de la Argentina*, 21-II-09, p. 8 y sus referencias. Pocos días después se habla de un proyecto de ley para comprar las acciones, según informa MARENGO, BETTINA, en *Perfil*, 1º-III-09, p. 9; AGUILERA, EDGARDO, "Nueva pelea por la estatización aeronáutica," *Ámbito Financiero*, 18-III-09, p. 5.

<sup>176</sup> AGUILERA, EDGARDO, "Podan presupuesto a Fuerzas Armadas," *Ámbito Financiero*, 23-III-09, p. 19; "Cristina firma estatización aeronáutica," *Ámbito Financiero*, 17-III-09, p. 6.

<sup>177</sup> Como si el mundo ignorara el poco valor que damos a la palabra, a tal punto que el gobierno es el primero en incumplirla: SUSANA VIAU, "Marzo viene con tormenta," *Crítica de la Argentina*, 22 de febrero de 2009, p. 7. Los ejemplos sobreamplifican. En palabras de GEORGE FRIEDMAN, "confianza es la palabra que produce mayor desarrollo económico," según referencia de *Youtube*, <http://fon.gs/sks4as/> que proporciona FONTEVECCHIA, JORGE, "Por qué sube el dólar si EE.UU. está en crisis," *Perfil*, 7-III-09, pp. 68 y 18. Cita asimismo dos libros recientes según los cuales EE.UU. saldrá fortalecido de la crisis internacional: MINSKY, HYMAN P., *Stabilizing an Unstable Economy*, y del mismo GEORGE FREEDMAN, *The Next 100 Years. A Forecast for the 21st Century*. La posición antinorteamericana de algunos gobernantes y ciudadanos ideologizados no es pues una buena apuesta, ni actual ni futura.

para el lector de un país emergente o de economía de frontera como el nuestro desde el año 2009, al Club de París y organizaciones o redes similares.

Su actuación no excluye la intervención de la justicia federal de los países que tienen leyes al respecto, como los EE.UU. El fenómeno de la tendencia hacia el crecimiento del derecho administrativo y penal internacional, y lo que se dá hoy en día en llamar globalización del derecho.<sup>178</sup>

Si bien las noticias oficiales locales dieron el tema por concluído, lo cierto es que el GAFI enviará al país una misión en el 2009 para evaluar si efectivamente es cierto que el fin es solamente recaudatorio, si se cumple la “condición de que los propietarios de esos fondos demuestren a las autoridades financieras y fiscales de dónde salieron,” en palabras del presidente del GAFI.<sup>179</sup>

En otras palabras, estamos bajo observación y en la mira del mundo desarrollado, donde nuestra calificación ha sido rebajada a la de economía de frontera, el típico *Far West* de los clásicos *westerns*. Si como aviso no alcanza...

Otro efecto es que aquel mismo tema fue incluido en el informe 2009 de la CIA sobre las economías mundiales, lo que hizo que el embajador argentino en Washington protestara y el titular del organismo le llamara telefónicamente para excusarse, según nuestros diarios.<sup>180</sup> Pero aún la versión local aclara que la opinión los EE.UU. se terminará de perfilar según cuál sea nuestra intervención en las cumbres presidenciales de los próximos meses.<sup>181</sup> Al momento de recordarlo, desde luego, la cuestión ya no es materia de órganos de control administrativo, sino de historiadores o de jueces penales; pero la aceleración de las comunicaciones hace que las autoridades locales ahora puedan sentir el aliento

<sup>178</sup> Ver el cap. V, § 5, y sus referencias bibliográficas; nuestros arts. “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, Buenos Aires, Rap, 2009; “Hacia la unidad del orden jurídico mundial,” en prensa; borrador preliminar en <http://boletinadministrativo.blogspot.com/>. No se trata ya de cuestiones que quedan dentro del ámbito interno de los Estados que aspiren a formar parte del concierto de naciones civilizadas. Por más que hayamos creído escapar al monitoreo del FMI al cancelarle el total de la deuda hace unos años, ello funciona sólo en el corto plazo, pues ahora no podemos renegociar la deuda con el Club de París sin contar con el monitoreo del FMI, que recomenzará sus visitas en el 2009, a requerimiento del propio gobierno. Y también debemos rendir examen al GAFI, como explicamos antes, sin perjuicio que será también objeto de análisis externo nuestro comportamiento en la inminente reunión del G-20 en Londres, en el mes de abril y en la siguiente cumbre de presidentes. Ver también lo que explicamos *supra*, notas 140 y 142. Nuestra incomprensión colectiva acerca de cómo funciona el mundo moderno internacional y el creciente orden jurídico mundial es francamente alarmante.

<sup>179</sup> CORRADINI, LUISA, “No basta tener una buena ley, hay que aplicarla correctamente,” *La Nación*, 1° de marzo de 2009, p. 10.

<sup>180</sup> BARON, ANA, “EE.UU. revisará un documento crítico sobre la Argentina,” *Clarín*, 1° de marzo de 2009, p. 3 y nota de tapa. En la p. 4 una nota sin firma dice: “La CIA pidió disculpas al Gobierno por sus dichos acerca de la economía,” donde se recogen los dichos de nuestro embajador en Washington. Nosotros como sociedad pareciera que no sabemos inglés, pero también nos comportamos como si los demás no supieran castellano. Mientras tanto, un escritor perfectamente bilingüe gana el Premio Pulitzer con una novela en que mezcla los dos idiomas en lo que denomina *code-switching*, no *spanglish*: Igual diario, pp. 44/5.

<sup>181</sup> CANTON, MARCELO, “Dos gestos desusados,” *Clarín*, 1-III-09, p. 3, recuadro.

del mundo en la nuca. No siempre se hallará delito en los eventuales errores o incluso desatinos de las autoridades públicas; lo mejor es prevenirlos y evitar su repetición. En todo caso, bueno es tener presente que una contratación o un gasto ineficiente es ahora ilegal, a partir del art. III inc. 5° de la CICC.<sup>182</sup> La corrupción y delitos conexos es susceptible de ser juzgada en una jurisdicción extranjera, p. ej., la de EE.UU.<sup>183</sup> y como se comete desde el Estado finalmente terminará siendo considerada delito de lesa humanidad, por ende imprescriptible. No solamente los bienes estatales no pueden viajar al exterior so pena de ser embargados para satisfacer parte de nuestro *default* externo, sino que pronto tampoco los ex funcionarios podrán viajar al exterior, donde se les pedirá cuenta de sus posibles delitos en la función pública nacional o fuera de ella en los casos de corrupción y otros.<sup>184</sup>

<sup>182</sup> Ver nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, n° especial de derecho administrativo del 20-XII-01. Por su gráfica crudeza, nos remitimos al uso del principio de “eficiencia” en un particular caso de derecho privado: C. Civil y Com. San Isidro, Sala I, octubre 31 de 1996, *C., J. M. c. G. M., G. y otros, LLBA*, 1997-226.

<sup>183</sup> Ello, sin perjuicio que en el país va creciendo pretorianamente la extensión de la calificación de lesa humanidad a delitos que antes no se calificaba de ese modo, como el estaqueamiento y la tortura a los propios soldados subordinados, como lo ha declarado el juzgado federal de Comodoro Rivadavia a cargo de EVA PARCIO DE SELEMMNE, *in re Juan Carlos Gómez*. Ver DELFINO, EMILIA, “El ex soldado que se animó a denunciar torturas en Malvinas,” *Perfil*, 1°-III-2009, p.12; otra causa tramita ante la justicia de Río Grande, en base a las denuncias contenidas en VASSEL, PABLO ANDRÉS, *Corrientes en Malvinas*. Dada la expresa vinculación que los tratados internacionales hacen entre la corrupción, el lavado de dinero, el terrorismo y el narcotráfico, todo hace pensar que con el correr del tiempo todos ellos serán también declarados de lesa humanidad, por ende imprescriptibles, sea que se presenten conjunta o separadamente.

<sup>184</sup> En el caso de quienes tienen orden de arresto por la Corte Penal Internacional, como el presidente Al Bashir de Sudán, afirma el Fiscal Luis Moreno Ocampo: “En cuanto al Bashir vuela por cielos internacionales, cualquier gobierno podría desviar su avión y él ser arrestado.” *Clarín*, 5-III-09, p. 21. Pero no son sólo los más graves crímenes los que pueden dar lugar a esas medidas extremas. Italia, Francia, Alemania, y otros países tramitan procesos y emiten condenas que quedan firmes contra funcionarios de la última dictadura. Con una orden de arresto internacional, tampoco pueden viajar aunque el país no honre el pedido de extradición.

### *Capítulo III*

## BASES POLÍTICAS, SUPRACONSTITUCIONALES Y SOCIALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

### I. Bases políticas<sup>1</sup>

#### *1. Libertad y autoridad en el derecho administrativo*

El derecho administrativo es por excelencia la parte del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad. “Estado e individuo, orden y libertad: la tensión encerrada en estas ideas sintéticas es insoluble;”<sup>2</sup> pero aunque admitamos la posibilidad de un equilibrio entre ambos, es evidente que la obtención de tal equilibrio ha de ser una difícil y delicada tarea. Hay mucha gente inclinada a construir, no un equilibrio, sino un sistema al servicio del poder. Hay, también, muchas personas sirviendo al poder de turno desde el campo de la “doctrina.” Cuando llegan gobiernos autoritarios ello es en parte el resultado de las falencias doctrinarias: los autores tenemos nuestra cuota de responsabilidad.

La historia registra primero el despotismo estatal sobre los individuos; luego y como reacción, la exacerbación de los derechos del individuo frente a la sociedad; por fin y como anhelo, el equilibrio razonado de los dos elementos esenciales del mundo contemporáneo libre: individuo y sociedad, individuo y Estado. Pero ese equilibrio que se anhela es inasible: lo que para unos representa la cómoda solución de la tensión es para otros una sumisión o un atropello; esa incertidumbre tiende a resolverse en un autoritarismo constantemente revivido. Es necesario, así, buscar el equilibrio del propio criterio en base al cual se analizarán las tensiones y contraposiciones del individuo y el Estado. Ese equilibrio primario es equilibrio espiritual y político, es sensibilidad jurídica y también humana; es

<sup>1</sup> Comp. NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho Administrativo Mexicano*, México, D.F., F.C.E., 1995, pp. 11-7.

<sup>2</sup> HAAS, DIETHER, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, Karlsruhe, 1955, p. 7.

preocupación constante por llenar no sólo formal sino también sustancialmente los requerimientos de la justicia.

## 2. Teorías estatistas del derecho administrativo

En este aspecto puede encontrarse a menudo variados reflejos de una cierta insensibilidad política y humana hacia la justicia. Cuando el que analiza la controversia concreta entre un individuo y el Estado se deja llevar por la comodidad de la solución negativa para el primero; cuando en la duda condena, resolviendo en contra del particular; cuando en la dificultad del problema jurídico se abstiene de ahondarlo y lo resuelve favorablemente al poder público; cuando crea, prohija y desarrolla supuestas “teorías” que sin fundamento ni análisis dan éstos y aquéllos poderes al Estado o sus licenciatarios monopólicos; cuando niega los argumentos que reconocen un ámbito de libertad; cuando se inclina hacia el sol de los poderosos, entonces está destruyendo desde adentro una de las más bellas y esenciales tareas del derecho administrativo: La protección de la libertad humana.<sup>3</sup>

Más lamentable aun es que esas actitudes no suelen ser desembozadas: nadie dice abiertamente que el Estado lo es todo y el individuo nada. Incluso es posible que se exprese con vehemencia acerca de los “abusos” de los poderes públicos y del “respeto” a las garantías individuales... ¿Pero de qué valen esas declamaciones, si cuando se trata de dar una solución a un problema concreto —a una pequeña cuestión que no decide la vida o la muerte de un individuo, pero que entraña un verdadero conflicto entre autoridad e individuo—, se olvidan las declaraciones y se resuelve fácilmente que *ese* individuo en *ese* caso no tiene razón? ¿De qué valen aquellos “principios,” si luego en cada materia y cuestión de detalle se los olvida, se los contradice, se los destruye? Este es uno de los principales problemas políticos que afectan al derecho administrativo, a tal punto que ese desbalance a favor del poder y en contra del ciudadano parece tipificante del derecho administrativo viviente.<sup>4</sup>

## 3. Orientación a seguir

El equilibrio político, la sensibilidad jurídica, no se satisfacen con nuevas palabras sobre la libertad; deben ser el *leit motiv* de todo lo que se piensa y resuelve sobre derecho administrativo; deben ser la preocupación constante del jurista, no sólo en los grandes problemas institucionales, sino también en los pequeños y a veces tediosos problemas diarios.

<sup>3</sup> Como dice BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, México, 1964, p. 117: “Esta rama del Derecho tiene como misión salvaguardar los derechos de los individuos y grupos frente a invasiones indebidas por parte de los órganos administrativos;” “la delimitación de esta área de control es, por tanto, una de las funciones más esenciales del Derecho Administrativo.”

<sup>4</sup> Al cuestionar igual desbalance en el derecho penal, se dice de su “administrativización”: ZAFFARONI, EUGENIO R., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 35, IV, p. 511.

¡Cuántos temas, llamativos o áridos, esconden solapadamente ese profundo desequilibrio! Probablemente pasarán siglos antes de que se los aísle y corrija; o tal vez ello no sucederá nunca; pero debe quedarnos al menos el principio rector, la preocupación constante, por insuflar ese equilibrio y esa justicia en toda cuestión que involucre una relación individuo-Estado; por revisar con criterio profundamente crítico, con la metódica duda cartesiana, los fundamentos y soluciones de cada institución o diminuta cuestión a la que nos toque abocarnos, con la atención alerta para descubrir y cauterizar esos desvíos y resabios que constituyen el trasfondo y la raigambre de la enfermedad social y política argentina.

Y encontraremos así que muchas veces es posible dar soluciones más jurídicas y más técnicas, incluso desde el punto de vista positivo, para controversias que un errado enfoque político había distorsionado y oscurecido.

#### 4. *La división de los poderes y el derecho administrativo*

También es importante advertir acerca de la fundamental importancia política que tiene la interpretación que se asigne a la primigenia teoría de la división de los poderes, frenos y contrapesos, etc. Ella fue concebida como “garantía de la libertad,” para que “el poder contenga al poder” a través del mutuo control e interacción de los viejos tres grandes órganos del Estado: Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial.

Hoy en día se busca la *fractura* del poder, para que nadie lo pueda volver a reunir en una única mano; por ello se agregan más órganos constitucionales independientes.<sup>5</sup> Eso cuesta mucho en países caudillistas como el nuestro, como lo prueba constantemente la historia.<sup>6</sup> Sin embargo, es muy frecuente que la teoría se distorsione y que la práctica no ofrezca sino una versión devaluada de la división de poderes, en el mejor de los casos, un poder hegemónico, en el peor; por ello es necesario preguntarse cuál es realmente el equilibrio previsto en la Constitución, qué es lo que ocurre en la realidad y cuáles son las tendencias que debemos seguir o evitar. A ello nos referimos a continuación.

##### 4.1. *Equilibrio teórico de los poderes*

Pues bien, el sistema de la división de poderes previsto en nuestras Constituciones está en principio contemplando un determinado equilibrio. En ese equilibrio —que no es necesariamente igualdad— la jerarquía relativa de los poderes

<sup>5</sup> El Defensor del Pueblo de la Nación, el Ministerio Público Fiscal, la Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento, los entes reguladores de servicios públicos privatizados. Por las razones que explicamos en el cap. I no vemos la conveniencia ni necesidad de emplear la terminología de “órganos extrapoderes,” que algunos autores utilizan y que luego dan lugar a seudoconfusiones como las que explica PULVIRENTI, ORLANDO D., “Aria a la designación de jueces,” en *LL, Suplemento Administrativo*, 9 de febrero de 2009, pp. 15-20.

<sup>6</sup> Ver SNOW, PETER y MANZETTI, LUIGI, *Political Forces in Argentina*, Westport, Connecticut, Praeger, 1995, 3ª ed., cap. II y ss.

puede ubicarse a nuestro juicio y siempre con referencia a lo dispuesto en la Constitución, de la siguiente manera: el Poder Ejecutivo está supeditado al Poder Legislativo y el Poder Legislativo al Poder Judicial.

Ello es así por diferentes razones: en primer lugar, la supremacía constitucional del Legislativo sobre el Ejecutivo se evidencia por lo menos a través de una triple preeminencia del Poder Legislativo:

*a)* Dispone qué es lo que el Poder Ejecutivo puede o no gastar, en la ley de presupuesto; *b)* dispone qué es lo que debe hacer o no, en el marco de toda la legislación que le puede dictar para regir la vida administrativa; *c)* si no está satisfecho con su gestión lo puede remover mediante el juicio político; *d)* aunque el Poder Ejecutivo puede vetar una ley del Congreso, éste puede de todas maneras insistir en su sanción con una mayoría determinada y en tal caso la facultad de veto del Poder Ejecutivo cesa. La última decisión en esta relación Parlamento–Ejecutivo la tiene siempre, en el marco de la Constitución, el Poder Legislativo.

A su vez la subordinación del Poder Legislativo al Poder Judicial deriva de que el segundo tiene la atribución de declarar antijurídicas, por inconstitucionales, las leyes del Congreso, mientras que éste no tiene atribución alguna para rever las decisiones de aquél. Tanto es ello así que existe un aforismo de acuerdo al cual “La Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es”: estando en manos del Poder Judicial en el orden interno la interpretación final, indiscutible, del sentido y alcance de las normas constitucionales, es obvio que es el Poder Judicial el que tiene, en el sistema constitucional, primacía sobre el Poder Legislativo.

No altera esta conclusión la circunstancia de que sea el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado el que designe a los jueces de la Corte Suprema, porque en épocas normales —que son las que la Constitución contempla— la estabilidad de los magistrados hace que la designación de uno u otro juez en los cargos vacantes tenga efectos sólo a largo plazo, modificando quizás las interpretaciones vigentes del orden jurídico luego de algunos años, cuando quienes los nombraron no están ya seguramente en sus cargos. Por lo que hace a los efectos inmediatos de la designación de magistrados en la vida política, ésta es usualmente mínima, por la composición colegiada de los tribunales superiores. Los efectos a largo plazo pueden alterar el curso de la jurisprudencia pero no la relación efectiva Poder Judicial-Poder Legislativo-Poder Ejecutivo. La designación del resto de los jueces por intermedio del Consejo de la Magistratura es un importante progreso en la materia, desde luego, cuando no tiene preeminencia el poder político como, lamentablemente, ocurre en la realidad actual.

#### 4.2. *Desequilibrio real*

Aquel equilibrio previsto en la Constitución no es entonces el que funciona en la práctica ni tal vez haya funcionado nunca realmente así. Por una serie de

circunstancias sociales y políticas, el Poder Ejecutivo no está sometido al Poder Legislativo sino que éste depende de aquél:

a) Dado que los nombramientos de funcionarios públicos los hace el Poder Ejecutivo y que una parte lamentablemente importante del éxito político de los parlamentarios la hace su habilidad para obtener retribuciones y puestos para sus afiliados y sostenedores, resulta que cada parlamentario está por lo general solicitando del Ejecutivo el nombramiento de algún amigo o correligionario, en la administración pública, con lo cual el legislador se coloca en posición de peticionante más o menos sumiso al Ejecutivo de quien solicita el favor graciable del caso.

b) Puesto que el Presidente de la República suele ser, formal o informalmente y salvo pocas excepciones, la cabeza visible del partido gobernante, los diputados y senadores no pueden tampoco tomar una actitud muy firme de control, con el temor de perjudicar su carrera política.

c) El Ejecutivo, que cuenta con medios de publicidad que no están en igual grado al alcance de los legisladores, logra usualmente crearse una imagen más popular en la opinión pública que la de los legisladores individualmente o del Parlamento en conjunto. Esta imagen popular presiona a su vez en favor del Ejecutivo y sus obras reales o presuntas y en contra del Congreso, destacando siempre más los errores y deficiencias del segundo que los del primero. La justicia ha resuelto con todo acierto que la publicidad oficial al menos se divida razonable y no arbitrariamente entre los distintos medios, tratando de impedir una forma de censura administrativa a la prensa independiente. Pero ello no alcanza a modificar el fondo de la cuestión, que es el arma publicitaria en manos del gobierno.

Además, la posición del Poder Judicial se halla por lo general bastante deteriorada, en primer lugar, a nuestro entender, por su propia culpa: Los jueces suelen entender, con desacierto, que tienen una cierta responsabilidad política en la conducción del gobierno y bajo esa impresión juzgan muy benévola los actos de éste, entendiendo así cooperar con él. De este modo no sólo dejan de ejercer su función, que no es gobernar sino juzgar de la aplicación del derecho a los casos concretos, sino que también pierden poco a poco criterio rector en lo que debiera ser su atribución específica. El Ejecutivo, lejos de agradecerle esa supuesta colaboración, pasa entonces a suponer que no está sino haciendo lo que debe y se llega así a que en los pocos casos en que el Poder Judicial se decide finalmente a sentar su criterio jurídico, esto es poco menos que motivo de escándalo público y el Ejecutivo será el primero en protestar por una supuesta “invasión” de sus “atribuciones,” que desde luego no es tal. Por si esto fuera poco, el Poder Judicial también limita su propio control de constitucionalidad de las

leyes, inventando principios tales como los de que no puede juzgar “en general” dicha inconstitucionalidad, sino sólo en los casos concretos y con efectos restringidos a esos casos; de que sólo declarará la inconstitucionalidad cuando ésta sea “clara y manifiesta,” como si no fuera su deber declararla cuando existe, sea o no manifiesta, etc. Como resultado de todo esto, el equilibrio originariamente contenido en la Constitución para los tres poderes se halla profundamente alterado, incluso dentro de un gobierno *de jure*<sup>7</sup> y se pasa de una jerarquía: Poder Judicial–Poder Legislativo–Poder Ejecutivo, que sería la correcta, a una exacta inversión; el orden de prelación relativa será ahora Poder Ejecutivo–Poder Legislativo–Poder Judicial.

#### 4.3. *Criterio rector a adoptarse*

Es necesario, pues, tener presente que la crisis del Congreso argentino con sus consecuencias ya vistas, da por resultado un falseamiento del principio de la división de los poderes, que lo lleva a un extremo peligroso para el mantenimiento de las libertades, que tiene por función proteger. Por ello, cuando se trata de adoptar alguna actitud ante dicha crisis, esa actitud no podrá ser la de acentuarla, despojando al órgano legislativo de las atribuciones que no ha ejercido correctamente y dándoselas al Poder Ejecutivo; si lo hiciéramos, estaríamos disminuyendo aun más la división de poderes y con ella la libertad. Sin división de poderes y libertad no sólo no habrá Estado de Derecho, sino que tampoco habrá Estado de Bienestar o Estado Social de Derecho alguno. Por ello, si queremos llegar al Estado de Bienestar<sup>8</sup> debemos hacerlo a través del Estado de Derecho y si encontramos que en éste funciona mal uno de los poderes que lo condiciona, lo que debemos hacer es corregir sus defectos para que funcione bien y no acentuarlo aun más. Si no lo hiciéramos así, llevaríamos el desequilibrio a su punto máximo. Es nuestro deber, entonces, tratar de mejorar el equilibrio institucional y solucionar la crisis del Congreso o de la justicia fortaleciéndolos y a la inversa, parcelando el poder administrativo en entes reguladores independientes.<sup>9</sup> Debemos independizar más y más funciones para asegurar la continuidad democrática y quitarle traumatismo al cambio de la figura presidencial.

### 5. *Del sistema de frenos y contrapesos a la fractura del poder como control*

#### 5.1. *La transferencia y fractura del poder como control*

Si tomamos como punto de partida la teoría de MONTESQUIEU, el control del poder se logra por su división entre distintos órganos, no para aumentar la eficacia

<sup>7</sup> Y con mayor razón, por supuesto, si se trata de un gobierno de facto, o de un gobierno que nació democráticamente pero luego se comporta autoritariamente.

<sup>8</sup> U otra denominación cualquiera con la cual se quiera expresa la acción del Estado para mitigar los problemas sociales: No se trata de una cuestión terminológica. Ver *infra*, sección III.

<sup>9</sup> Nos remitimos al cap. XV de este t.

del Estado, sino para limitarla poniendo límites a su accionar: “que el poder detenga al poder.” En el mundo actual, es el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra nueva Constitución ahora profundiza creando diversos órganos nuevos de control, redistribuyendo poder entre órganos existentes y creando mecanismos nuevos que también importan formas de control en uno u otro tipo de órgano. A su vez, la clave de la democracia norteamericana —la más vieja del mundo en funcionamiento continuo— es, según el profesor PETER SCHUCK de la Universidad de Yale, la fractura del poder: que nadie pueda controlarlo todo. De allí la necesidad de traspasar el poder regulador en sede administrativa a entidades o autoridades regulatorias independientes, con procedimientos públicos de selección de sus directorios que garanticen idoneidad y con estabilidad,<sup>10</sup> imparcialidad, participación de los usuarios<sup>11</sup> y de las Provincias, procedimientos de audiencia pública,<sup>12</sup> etc. Como siempre, la vivencia efectiva de una norma y de un sistema institucional depende de la sociedad y su opinión pública y no será de extrañar que así como instituciones iguales han funcionado diferente en uno y otro país, ocurra lo mismo con el sistema de transferencia y fractura del poder. Por de pronto, el Congreso de la Nación se encuentra en una mora extraordinaria para aplicar la caducidad de la legislación delegada con anterioridad a la reforma de 1994, cuyo plazo constitucional incumplió durante ya quince años, pretendiendo a la inversa prorrogar lo improrrogable, que es la caducidad de pleno derecho que la Constitución en su momento dispuso y hasta el presente no se ha aplicado, por culpa en primer del Congreso y en segundo lugar de la justicia al no declarar la inconstitucionalidad de tales leyes.

### 5.2. *Viejos órganos, nuevos procedimientos*

En los órganos tradicionales del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial aparecen nuevos mecanismos de control que perfilan de distinto modo a cada órgano.

### 5.3. *Control del poder económico*

La Constitución es clara en instituir la tutela de los derechos de usuarios y consumidores frente a monopolios naturales o legales (art. 42), como así también de los vecinos respecto al medio ambiente (art. 41) y demás derechos de incidencia

<sup>10</sup> Cuyo mandato no coincida, a su vez, con la renovación presidencial. Debe evitarse que sea un botín de la victoria electoral y que sus directivos no sean entonces sino modestos servidores de la administración central. Es ésta una deuda que tenemos en sucesivos gobiernos.

<sup>11</sup> Ver CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5; “Hacia una nueva relación entre los usuarios y los organismos multilaterales,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2003.

<sup>12</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública,” GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed., art. 42, § 3.5, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” t. I, pp. 592-3; ALETTI, DANIELA y TOIA, LEONARDO MARCO, “Audiencias públicas: Sólo para entendidos”, *LL, S/JDA*, 17-V-2007, p. 1.

colectiva (art. 43): es un mecanismo de control no ya solamente del poder político sino también del poder económico. Al poder político de la administración concedente se le quita poder de control y el poder de dictar a los individuos normas por delegación legislativa, normativa que se transfiere a los órganos independientes de control del poder económico (art. 42) y a la sociedad a través de mejores mecanismos judiciales, como indicaremos a continuación.

## 6. Las transferencias de poder y control

### 6.1. Estatales

#### 6.1.1. Autoridades independientes

Se ha producido también una importante transferencia de poderes hacia nuevas autoridades independientes, de rango constitucional: el Defensor del Pueblo de la Nación,<sup>13</sup> la Auditoría General de la Nación,<sup>14</sup> el Consejo de la Magistratura,<sup>15</sup> el Jurado de Enjuiciamiento,<sup>16</sup> el Ministerio Público<sup>17</sup> y los entes reguladores de servicios privatizados<sup>18</sup> u otras actividades económicas.<sup>19</sup> Pero el poder político ataca sin cesar, de múltiples maneras, la independencia de estos órganos. Entre otras tantas violaciones del texto y el espíritu constitucional vale la pena destacar una vez más que no se ha cumplido en pasar a los entes descentralizados independientes las normas de la legislación delegada previa a la constitución de 1994, que desapareció de pleno derecho al cumplirse el plazo previsto en la Constitución. El Congreso ha pretendido durante quince años poder prorrogar el plazo constitucional, sin que hasta el presente la justicia haya declarado la operación de la caducidad constitucional en el preciso momento declarado por la Constitución,<sup>20</sup> lo que a nuestro juicio sólo se resuelve por medio de la creación de más autoridades regulatorias independientes.<sup>21</sup>

#### 6.1.2. Provincias

El poder nacional se limita cuando el art. 124 faculta a las Provincias a celebrar convenios internacionales y formar regiones. El reconocimiento expreso de su dominio originario de los recursos naturales, si bien no cambia la interpretación

<sup>13</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, § 14.1.

<sup>14</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, § 14.2.

<sup>15</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, § 14.3. Formal y orgánicamente se lo considera parte integrante del Poder Judicial, de acuerdo a las normas regulatorias del organismo.

<sup>16</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, § 14.4. Ver nota anterior.

<sup>17</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, § 14.5.

<sup>18</sup> Desarrollamos el tema en el cap. XV del presente vol.

<sup>19</sup> Entre ellas el Banco Central de la República Argentina. Se propone lo mismo para la AFIP, Administración Federal de Ingresos Públicos. Debiera ser la norma, no la excepción.

<sup>20</sup> Por ley 25.918 del año 2004 se ha pretendido extender inconstitucionalmente dicho plazo constitucional. Por ley 26.138 del año 2006 se ha ratificado esa pretensión por tres años adicionales. Así de maltrecha está nuestra Constitución, en la *praxis* del sistema.

<sup>21</sup> *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. VII.

preexistente en materia de dominio y jurisdicción de las Provincias y la Nación sobre sus recursos naturales, enaltece el rol provincial. En materia de medio ambiente el art. 41 autoriza a las Provincias a dictar normas complementarias de las nacionales, eventualmente de mayor rigor que aquéllas. Una jurisdicción que podría ser federal en forma exclusiva, puede aquí llegar a ser concurrente aun cuando la lesión al medio ambiente exceda el de una sola jurisdicción. Las provincias hasta ahora no propician la creación de autoridades regionales interjurisdiccionales en que participen ellas y la Nación compartiendo y coordinando el Poder. Prefieren seguir, inútilmente, en la imposible reivindicación de poder para sí solas.<sup>22</sup>

En lo que hace a los servicios públicos nacionales, los entes regulatorios contarán con la “necesaria participación” de las provincias (art. 42 *in fine*). Ellas quedan también obligadas a efectuar la tutela de los derechos de incidencia colectiva,<sup>23</sup> pues se trata de garantías federales.

### 6.1.3. Ciudad de Buenos Aires<sup>24</sup>

Si bien la Constitución en el art. 129 establece que “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad,” lo cierto es que agrega que “Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.” Se da así una difícil coexistencia entre una Ciudad Autónoma que es al mismo tiempo sede de la Capital Federal.<sup>25</sup> El art. 75 inc. 30 dispone que le corresponde al Congreso: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.” Aunque el art. 124 parece dejar librado al Congreso el régimen de la ciudad, no corresponde en verdad la legislación exclusiva del Congreso (disp. trans. 7° y 15), pues el inc. 30 del art. 75 ha de interpretarse en

<sup>22</sup> Nos remitimos a nuestro art. “La región argentina a partir de la Constitución de 1994,” cap. X de nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2° ed., también publicado en el libro del CONSEJO FEDERAL DE INVERSIONES, *Seminario Internacional: Federalismo y Región*, Buenos Aires, 1997, p. 195 y ss.; asimismo en *RAP, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Editorial Ciencias de la Administración, n° 225, Buenos Aires, 1997.

<sup>23</sup> *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap II y III.

<sup>24</sup> Ver y comparar CREO BAY, HORACIO D.; GALLEGOS FEDRIANI, PABLO y ABERASTURY (H), PEDRO, “La situación jurídica de la Ciudad de Buenos Aires,” en *RAP*, 194: 82 (1994); CREO BAY, *La autonomía y gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1995; MURATORIO, JORGE I., “Los conflictos interadministrativos nacionales,” *RDA*, 19/20: 464.

<sup>25</sup> Ver DANIELE, NÉLIDA MABEL, “La autolimitación del tribunal como criterio válido para deslindar la competencia federal y local. Sus implicancias para la sentencia definitiva o para su cumplimiento,” *LL*, 2002-D, 294.

el sentido que le deja legislación exclusiva, pero no en “todo” el territorio de la Capital, sino sólo en los lugares federales de ella. Pero también es materia de debate cuáles son los lugares federales. Quedan pues muchos interrogantes por resolver y constantes conflictos.<sup>26</sup>

#### 6.1.4. *Municipios y regiones*

El art. 123 garantiza la autonomía municipal: es otra transferencia de poder del centro a la periferia; igual ocurre con las regiones, tema todavía *in fieri*.<sup>27</sup>

#### 6.1.5. *Islas Malvinas*

Se reconoce a sus habitantes, como no podía ser menos, el derecho elemental a mantener su cultura, costumbres, legislación y autogobierno. No fue lo que hicimos en el corto período en que fueran invadidas por nuestro gobierno militar, donde hasta se les cambió el sentido a las calles.

### 6.2. *No estatales*

#### 6.2.1. *Partidos políticos*<sup>28</sup>

El art. 38 les otorga jerarquía constitucional y el art. 85 da la presidencia de la Auditoría General de la Nación al candidato que proponga el partido de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso.<sup>29</sup> En el año 2002, en el marco de fuertes demandas sociales por una reforma política, se dictó la ley 25.611, que estableció internas abiertas para la elección de los candidatos a presidente, vice, y legisladores nacionales. Sin embargo, resultó una más de las tantas normas y promesas públicas incumplidas en nuestra historia. Fue suspendida en la primera oportunidad posible de aplicación, las elecciones presidenciales de 2003, donde sólo hubo un gran elector: El presidente saliente entrevistó personalmente a distintos posibles candidatos para designar de entre ellos quién habría de ser el que se presentara en elecciones generales para sucederlo. La ley

<sup>26</sup> La ley nacional 24.588 (por algunos denominada “Ley Cafiero”) transfirió a la Ciudad solamente la justicia de vecindad, contravencional y de faltas, y procesal administrativa y fiscal. No transfirió ni siquiera parte de la Policía Federal, retiene para sí la Inspección General de Justicia, y lucha en todo cuanto puede contra las autoridades de la Ciudad, porque ha sido tradicional su independencia política. Algo hemos dicho en “La institucionalidad porteña,” conferencia inaugural en el 2º Congreso de derecho administrativo de la Ciudad, Buenos Aires, *¡áDA Ciudad*, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n° 2, 2008, pp. 17-26. [http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/eventos/20070920/La\\_institucionalidad\\_portena-Conferencia\\_Inaugural.pdf](http://www.adaciudad.org.ar/pdfs/eventos/20070920/La_institucionalidad_portena-Conferencia_Inaugural.pdf)

<sup>27</sup> Debe hacerse un regionalismo serio: CAMELLI, MARCO, “Regionalismo serio e riforma amministrativa,” UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. I, Mucchi, Módena, 1996, p. 299 y ss.

<sup>28</sup> Una perspectiva crítica en SCHERLIS, GERARDO, “La estatización de los partidos políticos argentinos. Aportes para la explicación de 20 años de democracia sin equidad,” *Res Publica Argentina*, RPA, 2005-1, 71-998.

<sup>29</sup> La proporción partidaria también aparece en el art. 99 inc. 3º.

fue también escasamente seguida por los partidos políticos, que proclamaron en su mayoría listas únicas, para la única experiencia electoral en que fue aplicada, los comicios parlamentarios de 2005. El presidente en ejercicio en el año 2006 obtuvo su derogación a fines del año 2006 por la ley 26.191. De ese modo y ya sin necesidad de entrevistar a varios candidatos como hiciera su antecesor, eligió a su esposa para presentarse por el partido oficial en las elecciones de 2007, que ganó cómodamente con un programa de reformas institucionales.<sup>30</sup> Para las elecciones parlamentarias de 2009, con el sistema político nuevamente denunciado por su carácter antidemocrático, autoritario, no transparente, etc., ni siquiera así parece que vaya a haber internas para la designación de los futuros candidatos.

### 6.2.2. Asociaciones de usuarios y entidades no gubernamentales en general

Las asociaciones de usuarios y consumidores *lato sensu*<sup>31</sup> deben tener “necesaria participación” en los entes reguladores de los servicios públicos nacionales —art. 42— y tienen legitimación procesal en la acción de amparo y *a fortiori* en cualquier juicio de conocimiento —*AGUEERA, Consumidores Libres, etc.*—<sup>32</sup>, para defender los derechos de incidencia colectiva —art. 43—: no solamente los de los usuarios y consumidores sino también los del ambiente, art. 41.

También cabe mencionar la creciente importancia, en el mundo moderno, de las organizaciones no gubernamentales que llegan al poder político, cuyo ejemplo más destacado es el de BARAK OBAMA,<sup>33</sup> pero que tiene también emulaciones locales no despreciables, como la denominada Mesa de Enlace de todas las entidades agropecuarias, sobre todo en el año 2009 en que adoptan un resuelto matiz político.<sup>34</sup> El gobierno no las ve sino como enemigos a derrotar,<sup>35</sup> no advirtiendo que alrededor del agro subsisten una serie de industrias de maquinarias, provisiones, repuestos, tránsito de camiones, puertos, etc., que alimentan a las poblaciones circundantes. Tampoco tiene presente que el 85% de los productores ganaderos, p.ej., tienen menos de 500 cabezas de ganado, con lo cual nada tienen que ver con los sectores oligárquicos que la mitología oficial cree aún ver en ellos. Hoy en día la oligarquía está compuesta, como en Rusia, por todos aquellos empresarios que se enriquecieron y siguen enriqueciendo mediante contratos con el poder, a sobrepuestos absolutamente exagerados o por mecanismos de subsidios

<sup>30</sup> Era el art. 29 *bis* de la ley 23.298, incorporado por la ley 25.611, a su vez derogada: THEA, FEDERICO G., “Ley que incomoda, ley que se deroga. Algunas reflexiones sobre las internas abiertas,” en *LL, Sup. Adm.*, Agosto 2007, p. 46.

<sup>31</sup> Cooperativas, fundaciones, federaciones, etc.

<sup>32</sup> Nos remitimos a lo explicado en el t. 2, *op. cit.*, caps. II y VI.

<sup>33</sup> Estamos de todos modos a la zaga del mundo desarrollado, como explica BERNARDO KLIKSBURG, “El secreto del voluntariado,” *La Nación*, 21 de febrero de 2009, sección *Comunidad*, p. 2.

<sup>34</sup> El punto de inflexión más claro sería el que denuncia JAVIER ROMERO, “Quieren las retenciones para beneficiar amigos,” *Crítica de la Argentina*, 21 de febrero de 2009, pp. 6-7.

<sup>35</sup> Es también una constante histórica que en lugar de ver a las asociaciones y entidades no gubernamentales como elementos de cohesión social, los vean como enemigos del poder, precisamente porque no quieren compartir con nadie ni una mínima parte de él.

totalmente carentes de control y de transparencia, la explotación del juego, la minería, etc.

### 6.2.3. Acciones de interés público

En los últimos años han crecido las acciones de interés público bajo el art. 43 de la Constitución, pero también la actuación de organizaciones no gubernamentales llevando asuntos individuales de repercusión colectiva, incluso particulares que logran instalar cuestiones generales en el ámbito jurisdiccional, como es el caso *Mendoza* en que la Corte Suprema asumió en el 2006 jurisdicción directa sobre el tema ambiental de la cuenca del río Matanza-Riachelo.<sup>36</sup>

Este es uno de los principales signos positivos que cabe señalar en la actualidad, pues responde a un cambio producido desde la ciudadanía o los órganos de control, no desde el poder político. Cabe destacar la muy valiosa acción colectiva del Defensor del Pueblo de la Nación ante un aumento tarifario que estimó, entre otras cosas, arbitrario.<sup>37</sup> La CNCA, Sala de FERIA, resolvió su legitimación para hacerlo. Posiblemente el resultado de la acción no sea totalmente favorable, ya que la arbitrariedad del aumento se debe en parte a la arbitrariedad preexistente de no haber actualizado las tarifas durante años, y haber sustituido el pago de la tarifa por un sistema no transparente de subsidios. Pero son dos cosas distintas, una, que se admita o no en cuanto al fondo el amparo, y otra, que se pueda debatirlo judicialmente con alcance general: El progreso consiste en el debate judicial *oportuno*, como en el amparo colectivo *in re Halabi*.<sup>38</sup>

### 6.2.4. Indígenas

Este tema provoca de entrada algunas posibles reflexiones sobre nuestra propia articulación intermedia entre las comunidades indígenas preexistentes y su mezcla con las culturas europeas que luego colonizaron el país. De esa historia de quinientos años, el primer problema es tratar al menos de comprender objetivamente la realidad,<sup>39</sup> lo que en el caso argentino no es precisamente fácil.

El inc.17 del art.75 impone al Congreso reconocer a las comunidades indígenas su preexistencia étnica y personalidad jurídica comunitaria; también su dominio público indígena, regido por un derecho propio.<sup>40</sup> Diversos pronunciamientos

<sup>36</sup> Fallos: 329:2316, *Mendoza*; ley 26.168; www.acumar.gov.ar *Infra*, cap. VIII, § 6, notas 27 y 28, p. VIII-9.

<sup>37</sup> Entre otras, por tener tributos encubiertos, como hace ya tiempo explicara SILVETTI, ELENA M., "Cargos específicos. ¿Tributos encubiertos?" *Res Publica Argentina, RPA*, 2006/2-43.

<sup>38</sup> Ampliar *supra*, cap. II, 5.2.b), pp. II-24/5.

<sup>39</sup> Ver nuestro *The Future of America: Can the EU Help?*, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003; "Civilizations and Public Law: a View from Latin America," en EVANGELOS VENIZELOS /ANTOINE PANTELIS (dirs.), *Civilisations and Public Law / Civilisations et Droit Public*, Esperia, Londres, 2005, pp. 215-232 y separata.

<sup>40</sup> Pero ningún derecho local puede negar los avances jurídicos internacionales, p. ej. en cuanto a tener un sistema judicial imparcial e independiente para la tutela de los derechos individuales.

judiciales en el derecho comparado y en nuestro país van perfilando un claro progreso en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas,<sup>41</sup> que aunque víctimas históricas pero lamentablemente no únicas, de genocidios<sup>42</sup> y violencia,<sup>43</sup> tienen empero creciente acción política contemporánea<sup>44</sup> y un resurgimiento demográfico, al menos estadísticamente; el problema es una filigrana de complejidad.<sup>45</sup> De todas maneras, no ha de olvidarse que hoy en día existe también un derecho supranacional, que por supuesto ya está también por encima de los derechos de los pueblos originarios.<sup>46</sup>

### 7. Otras transferencias de poder. El Poder Ejecutivo

Se ha efectuado otra transferencia de poder al procurar limitar la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, aunque resta por ver cuánto tarda en hacerse efectiva en la práctica la limitación constitucional: Todo depende aquí del Poder Judicial, si otros actores sociales también cumplen con su cuota parte de responsabilidad, como los abogados, los usuarios, la prensa, las ONGs, la doctrina, etc. En algunos casos el poder se transfiere a los entes reguladores independientes,<sup>47</sup> en otros se lo revierte al Poder Legislativo. En otros el Poder Ejecutivo maneja inconstitucionalmente los entes que debieran ser independientes.

Así, antes de la Constitución de 1994 generalmente se admitía la delegación legislativa a favor del Poder Ejecutivo, siempre que no fuera “en blanco” y estableciera parámetros concretos dentro de los cuales el Poder Ejecutivo podría

<sup>41</sup> Ver CONTARINI, EUGENIA; FAIRSTEIN, CAROLINA; KWEITEL, JUANA; MORALES, DIEGO y ROSSI, JULIETA, “Argentina,” AA.VV., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, San José, IIDH. 1999, p. 27 y ss., esp. pp. 66-70, § 2.2.1, “Derechos de los pueblos indígenas.” Ver HUALPA, EDUARDO R., “Jueces, pueblos indígenas y derechos,” *LL, Supl. Const.*, 12-II-09, pp. 9-20 y sus referencias. El conflicto entre el derecho tribal y el derecho estatal no es de fácil solución, como HUALPA lo demuestra en la jurisprudencia.

<sup>42</sup> LANATA, JORGE, *Argentinos*, Buenos Aires, B Argentina, 2002, pp. 27-8, 100, 271-2, 311-14, en el siglo XIX; GORDILLO, GASTÓN, “«Un río tan salvaje e indómito como el indio toba.» una historia antropológica de la frontera del Pilcomayo,” en *Desarrollo Económico*, vol. 41 (2001), 162: 261-280.

<sup>43</sup> GORDILLO, GASTÓN, “Remembering «the Ancient Ones»: Memory, Hegemony, and the Shadows of State Terror in the Argentinean Chaco,” en LEACH, BELINDA y LEM, WINNIE (eds.), *Culture, Economy, Power: Anthropology as Critique, Anthropology as Praxis*, Albany, State University of New York Press, 2002, pp. 177-190; comp., del mismo autor, “The Breath of the Devils: Memories and Places of an Experience of Terror,” *American Ethnologist*, 29 (1) 2002: 33-57.

<sup>44</sup> Ver GORDILLO, GASTÓN, “Locations of Hegemony: The Making of Places in the Toba’s Struggle for «La Comuna»,” *American Anthropologist*, 104 (1) 2002: 262-277.

<sup>45</sup> GORDILLO, GASTÓN, “The Dialectic of Estrangement: Memory and the Production of Places of Wealth and Poverty in the Argentinean Chaco,” *Cultural Anthropology*, 17 (1), 2002: 3-31.

<sup>46</sup> Por ello la reforma constitucional de Bolivia, que ha querido enfatizar todavía más el derecho de los pueblos originarios, tropieza con el problema de su inadecuación a principios hoy en día supranacionales como el del acceso a una justicia imparcial e independiente. También las sanciones de la “justicia indígena originaria campesina” incluyen destierro, azotes, pedreas, etc., y están prohibidos el divorcio, el adulterio y la homosexualidad, según CLAUDIA PEIRÓ, “Inquietan los abusos de la ‘justicia’ indígena de Bolivia,” *Ámbito Financiero*, 25-III-09, p. 18. Es la tradición prehispánica común también a algunas civilizaciones contemporáneas.

<sup>47</sup> *Infra*, cap. XV, “Los entes reguladores;” cap. VII, “La regulación económica y social,” del t. 2.

integrar la norma legislativa.<sup>48</sup> La Constitución ha limitado severamente esa facultad en el nuevo art. 76.<sup>49</sup> Dado el carácter excepcional y por ende restrictivo de la admisión constitucional no podrá en buenos principios delegarse materia alguna, en lo que hace a la administración central, que pretenda tener efectos jurídicos válidos frente a terceros ajenos a ella, salvo que se trate de entes reguladores creados por ley y con las demás garantías propias a este tipo de autoridad independiente. (Audiencia pública, participación de Provincias y usuarios en el directorio, estabilidad, idoneidad, etc.) También existen restricciones explícitas, de fondo y de procedimiento, a los reglamentos de necesidad y urgencia.<sup>50</sup>

Sin embargo, encontramos en la actualizado un generalizado incumplimiento de los preceptos mencionados, que la justicia no dá abasto para controlar en tiempo oportuno, no obstante un generalizado correcto ejercicio del control en el orden federal.

Ello es una falencia en círculo vicioso, pues la justicia no puede funcionar eficazmente si a su vez el poder político no crea la cantidad suficiente de juzgados, ni les da los fondos adecuados, ni cesa su influencia en el Consejo de la Magistratura ni su crítica a los magistrados que no le complacen, etc. Allí es donde debe reaccionar la ciudadanía a través de sus partidos políticos y sus organizaciones no gubernamentales, para producir los cambios políticos que terminen con el círculo vicioso y permitan el normal funcionamiento de los tres poderes del Estado. La prensa independiente, contra viento y marea, ha estado cumpliendo responsablemente con sus deberes ciudadanos, algunos ciudadanos y ONGs también. Falta que el resto de la sociedad asuma el mismo compromiso.

### 8. *El Poder Legislativo*

El Poder Legislativo recibe más poderes pero también ve limitados algunos en cuanto al modo de ejercicio y debe admitir mayor participación ciudadana. Debemos señalar con todo que en el segundo aspecto la composición actual del parlamento no permite que funcionen los mecanismos de participación ciudadana ni el control de la actividad pública. Es un tema electoral, que la ciudadanía corregirá o no a través de las elecciones futuras, empezando por la de 2009. El clima de acoso y control a la prensa parece conspirar en contra de esa posibilidad,<sup>51</sup> pero la justicia ha comenzado también a poner coto a algunas arbitrariedades al respecto, como la distribución de la publicidad oficial solamente entre

<sup>48</sup> *In re Delfino y Cía.* del año 1927, *Fallos*: 148:430; *Mouviel*, de 1957, *Fallos*: 237:636; *Cocchia*, de 1993, *LL*, 1994-B, 633.

<sup>49</sup> “[P]ara materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.”

<sup>50</sup> Volvemos sobre el tema en el cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo.”

<sup>51</sup> Lo hemos explicado en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), Serie de Estudios.

las publicaciones amigas del gobierno, tal como ha sido resuelto por la justicia, entre otros supuestos, en el caso *Perfil*, de 2009.<sup>52</sup>

### 8.1. La Comisión Bicameral Permanente

La Comisión Bicameral Permanente prevista en el párrafo cuarto del inc. 3 del art. 99 y 100 inc. 12 y 13 es un organismo de control para producir despacho acerca de los reglamentos de necesidad y urgencia, reglamentos delegados y la promulgación parcial de leyes,<sup>53</sup> sobre los que luego decidirá el Congreso. La falta de comunicación en término por el Jefe de Gabinete a la Comisión Bicameral Permanente lleva al decaimiento automático, pues se trata de un trámite constitucional sustancial sin cuya ejecución no puede considerarse validada, en el ínterin, la vigencia de tales reglamentos; lo mismo ocurre con el despacho en término por la comisión y su expreso e inmediato tratamiento por las Cámaras. El incumplimiento de cualquiera de tales condiciones o la ausencia de ley expresa en la primera sesión importan el decaimiento automático de las normas. El Congreso no puede pues brindarles asentimiento tácito; si no lo hace en forma expresa

<sup>52</sup> CNFCA, SALA IV, *Perfil*, LL, 29-II-09, pp. 6-7; su precedente inmediato es el fallo de la CSJN, *Editorial Río Negro S.A. c. Provincia del Neuquén*, LL, 14-11-2008, p. 7.

<sup>53</sup> La ley 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de los decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados y la promulgación parcial de leyes, reglamentando la Comisión Bicameral Permanente. Esta Comisión está integrada por 8 diputados y 8 senadores, designados por el Presidente de sus respectivas Cámaras a propuesta de los bloques parlamentarios respetando la proporción de las representaciones políticas. Tanto el quórum como la conformación del dictamen de la Comisión se conforman con la mayoría absoluta de sus miembros. Sin embargo, tuvieron que pasar 12 años para que sea creada esta Comisión (la referida ley 26.122 de julio de 2006) ante los insistentes reclamos de mejorar la calidad institucional, y una vez creada, terminó aprobando sin más, en un sólo acto, todos los decretos firmados entre 1994 y 2007 (391 en total), dictando el último gobierno electo 1 decreto de necesidad y urgencia en promedio cada 6 días.; en el presente período de gobierno, han sido otros los apartamientos constitucionales. Ver GORBAK, ERICA, “Les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif dans les systèmes présidentiels dans l’Amérique Latine. Déviations dans la pratique constitutionnelle,” de próxima publicación en la mesa redonda internacional organizada por la Asociación Rumana de Derecho Constitucional, Iasi, Rumania, 24 y 25 de mayo de 2008. De este modo se advierte que la *praxis* violatoria del espíritu y la textura constitucional ya no es solamente materia de comentario corriente en los pocos periódicos independientes que están quedando todavía en el país, sino que también es comidilla de otros países emergentes. En los países desarrollados ya ni siquiera pareciera valer la pena hacer el mismo comentario. Para una referencia nacional, ver las que damos en nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina*, RPA, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), *Serie de Estudios*. El fenómeno no es por cierto de ahora, como explicamos anteriormente en: “El Estado de Derecho en estado de emergencia”, LL, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64; “Una celebración sin gloria,” en BIDART CAMPOS (dir.) *150º Aniversario de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 13-24; reproducido en LL, 2003-C, 1091-1102; “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” LL, 2005-A, 905-921, reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.

ello equivale a su rechazo inequívoco. Lamentablemente la actual *praxis* lleva a que la Comisión Bicameral Permanente haya ratificado *simultáneamente todos, absolutamente todos*, los decretos de necesidad y urgencia *de varios gobiernos*, haciendo de este modo un hazmerreir del sistema constitucional. Todo indica que eso ya no será enmendado, por el temor a afectar situaciones constituidas al margen de las normas tan inconstitucionalmente ratificadas, pero en verdad ya todo esto queda superado por una situación que es peor aún.<sup>54</sup> Es difícil poder afirmar que el nuestro sea al presente un Estado de Derecho.

## 8.2. Las audiencias públicas del Senado

Lo que en un siglo y medio el Senado no ha hecho se lo impone ahora la Constitución en el art. 99, inc. 4º, primer párr.: Realizar el procedimiento de audiencias públicas para la designación de los Jueces de la Corte Suprema, del mismo modo que lo son en la Constitución norteamericana.<sup>55</sup> Sería una desinterpretación impropia para un texto constitucional, la que quiera encontrar un sentido diferente entre sesión pública y audiencia pública. Con todo, no cabe ser demasiado optimistas en cuanto a que la interpretación resultante, en los primeros años de aplicación de la Constitución, no haya de ser la de crear precisamente la distinción entre sesión pública y audiencia pública. De aquí en más y dada la operatividad de la norma constitucional, será inválida cualquier designación en la Corte Suprema que no siga este procedimiento de audiencia pública en el Senado. El concepto de audiencia pública o *public hearing* tiene un doble carácter público: por la publicidad y transparencia del procedimiento, su oralidad e inmediación, registro gráfico y fílmico de los medios de comunicación, publicación de las reuniones, etc. y más especialmente por la participación procesal y el acceso del público a tales procedimientos, como sujeto activo y parte en sentido procesal. Lo primero hace a la calidad transparente y abierta al conocimiento del público de los actos estatales: el secreto es sólo un resabio medieval que las democracias ya no aceptan sino en contados asuntos de Estado que hacen a la

<sup>54</sup> Creemos que lo que referimos a continuación es una mera anécdota en nuestra historia, pero no deja de ser preocupante lo que hasta los periodistas han comenzado a verificar sistemáticamente, sin necesidad de ninguna colaboración jurídica. Nos referimos a relatos como los que hacen, entre tantos otros, MORALES SOLÁ, JOAQUÍN, [...] *La política de la desmesura (2003-2008)*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008; CABOT, DIEGO y OLIVERA, FRANCISCO, *El buen salvaje*. [...]. *La política del garrote*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008. Hemos omitido los nombres o apellidos de las personas referidas, por parecernos inapropiados de una obra de las características de la presente. En todo caso este tipo de libros comenzará a crecer como los hongos después de la lluvia. El clima que hace un año algunos intelectuales próximos al gobierno denominaron “destituyente,” es ahora un claro clima electoral en que un recambio institucional es posible que se produzca por los caminos de la democracia y la prensa libre e independiente.

<sup>55</sup> Pero ya señalamos que las diferencias entre nuestras prácticas constitucionales y las de ellos son verdaderamente abismales: “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” *Op. loc. cit.* Por ello lo que decimos luego en el texto pareciera pecar de excesivo optimismo.

seguridad nacional, o a la discreción que debe proteger al secreto comercial. Lo segundo es entonces lo que cualifica estas audiencias públicas y es la activa participación del público como parte en el procedimiento, en sentido jurídico y no ya como mero espectador. Las audiencias públicas o sesiones públicas en el Senado no pueden diferir demasiado de lo que han de ser las audiencias públicas en los entes reguladores.<sup>56</sup>

### 8.3. *Iniciativa y consulta popular*

El derecho de iniciativa popular que muy tímidamente introduce el art. 39, es cuanto menos el germen de un control del parlamento en sus omisiones legislativas. Hubiera sido mejor establecer en la Constitución que cuando hay un determinado número de votos en la iniciativa el Estado debe obligatoriamente someterla a consulta popular en la siguiente elección general, si antes el Congreso no la sanciona como ley. Pero esto también pudo establecerlo el propio Congreso en la ley que dictó reglamentando el art. 39 y 40; pero la ley 24.747 deja mucho que desear en la materia.<sup>57</sup> En definitiva, ha hecho lo necesario para incumplir y violentar el precepto constitucional. La tarea de la CSJN para desandar tanto mal camino parece ya gigantesca y por momentos insuperable en tiempo oportuno.<sup>58</sup> No obstante ello, lentamente la CSJN va avanzando en la dirección correcta, hasta el presente, en diversas materias que hacen al control del poder político y la división de los poderes en un Estado de Derecho; simplemente no ha llegado todavía el momento en que encare el tema del presente acápite.

No creemos que exista todavía el suficiente desarrollo político como para que el Congreso, dando un paso más allá de lo que la Constitución exigió, reconozca al pueblo este derecho de tener automáticamente la consulta popular cuando reúne los votos que sean del caso y no quede ésta librada al arbitrio del Congreso en cada oportunidad puntual.<sup>59</sup> Pero como vemos, la reforma constitucional de 1994 va siendo sistemáticamente atacada, paso a paso, por cada gobierno sucesivo y

<sup>56</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>57</sup> Sobre lo dispuesto por esta ley ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, op. cit.*, 4ª ed., 2008, t. I, comentario al art. 39, pp. 561-4.

<sup>58</sup> Es lo que anticipamos en el ya citado art. “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” Los tribunales de grado están, junto a la CSJN, haciendo mucho para el restablecimiento de las normas propias de un Estado de Derecho y el cumplimiento de la Constitución, pero hay que convenir que cuando los autores de los desaguisados son a coro el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo parece ya muy difícil otra cosa que lo que hace tiempo se ha definido como la cronoterapia judicial, si la sociedad civil no hace oír su voz por los canales adecuados. Podemos sin duda intentar consolarnos en que cosas parecidas pasan en tiempos parecidos, en países más desarrollados: El ejemplo clásico de GUY BRAIBANT es la prohibición en Francia en el gobierno de DE GAULLE del film *La Religieuse*, que el Consejo de Estado de Francia anuló ¡nueve años después! Pero fue también GUY BRAIBANT el que advirtió, hace décadas, que lo nuestro no es una copia, es una caricatura. Así nos lo dijo en persona en el Consejo de Estado de Francia en 1984, cuando ya estábamos en democracia.

<sup>59</sup> Lo que decimos líneas arriba acerca de los partidos políticos y las internas abiertas que nunca se hicieron, dan testimonio de la tendencia en que este tema también ha sido tratado.

cada dupla Poder Ejecutivo / Poder Legislativo. El ejercicio correcto del Poder Judicial es ya tarea de titanes, si la sociedad civil no suma su compromiso.

### 9. *El Poder Judicial*

#### 9.1. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

El país ya se había sometido válidamente a la jurisdicción supranacional y supraconstitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>60</sup> y la Corte Suprema había declarado en 1992 la operatividad de sus cláusulas aún en ausencia de regulación legislativa.<sup>61</sup> No obstante ello, el art. 75 inc. 22 perfecciona el punto al prever un mecanismo muy estricto de denuncia de los tratados de derechos humanos, más severo que el que establece para los tratados de integración en el inc. 24.<sup>62</sup> Ello implica claramente que la subordinación al organismo supranacional y supraconstitucional de control de derechos humanos es virtualmente irrevocable en el derecho interno, sin perjuicio de que es irrevocable en el derecho supranacional. No ha de olvidarse el principio de “la irreversibilidad de los compromisos comunitarios;” “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad.”<sup>63</sup> Del mismo modo, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por decreto-ley 19.865/72, establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Ello no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado, pues importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico.<sup>64</sup> Es igualmente evidente que al referirse al derecho interno como inoponible al tratado, se incluye la Constitución, no porque existan reales conflictos normativos sino para evitar controversias generalmente especiosas. “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les de; pero una vez que se ha aceptado el

<sup>60</sup> Nuestro art. “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” *LL Actualidad*, 17-IV-90, reproducido en *LL*, 1992-B, 1292; antes reproducido en el cap. III de nuestro libro *Derechos Humanos*, desde la 1ª ed. de 1990 hasta la 6ª de 2006.

<sup>61</sup> *Ekmekdjian*, Fallos, 308: 647; *LL*, 1992-C, 543; *ED*, 148:354; *Fibracsa Constructora S.C.A*, Fallos, 316: 1669, año 1993; *Hagelin*, Fallos, 316: 3176, año 1993; *Cafés La Virginia S.A*, *LL*, 1995-D, 227 año 1994; *Giroldi*, *LL*, 1995-D, 462, año 1995; *Arce*, *LL*, 1997-F, 697; *Dotti*, *DJ*, 1998-3, 233. Algunos de ellos los hemos comentado en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999.

<sup>62</sup> Ver GELLI, *op. cit.*, t. II, 4ª ed., § 5, “La denuncia de los tratados de jerarquía constitucional. Efectos,” p. 227.

<sup>63</sup> PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del «acervo comunitario»,” *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336.

<sup>64</sup> Ver nuestro libro *Derechos humanos*, *op. cit.*, cap. II.

compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver.”<sup>65</sup> Por lo demás, ya la CSJN aceptó que cuando nuestra Constitución incorpora los tratados “en las condiciones de su vigencia,” incluye la jurisprudencia y opiniones consultivas supranacionales.<sup>66</sup>

## 9.2. *El Poder Judicial de la Nación*

También hay transferencias de poder que afectan a los tres órganos, p. ej. la restablecida independencia del Ministerio Público y la creación de otras autoridades independientes, con más el procedimiento de audiencia pública en el Senado para la designación de miembros de la Corte Suprema. Se ha fortalecido la misión del Poder Judicial al otorgársele atribuciones que será su deber constitucional ejercer, pero sujeto en la práctica a limitaciones cuantitativas por la irrisoria cantidad de jueces en materia administrativa para la protección de los derechos de los individuos y usuarios contra el Estado y sus licenciatarios y concesionarios.<sup>67</sup>

Agrega calidad democrática el hecho que la Corte Suprema esté haciendo audiencias públicas, admitiendo amparos colectivos, etc. Con todo, un Poder Judicial que cuantitativamente es tan exiguo como para superar el nivel de lo cualitativo, en materia procesal administrativa, implica la virtual inexistencia de un Estado de Derecho. Cabe destacar la ingente labor de los jueces, que luchando contra limitaciones materiales, tienen, aún con recaídas,<sup>68</sup> pronunciamientos alentadores sobre la aplicación de la nueva Constitución y el nuevo orden jurídico supranacional y su jurisprudencia.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> PESCATORE, *op. cit.*, p. 348; nuestro *Derechos humanos, op. cit.*, cap. II y III.

<sup>66</sup> *Giroldi, Fallos*, 318: 514; *LL*, 1995-D, 462, año 1995; *Bramajo, Fallos*, 319-2: 1840, año 1946; *Arce, LL*, 1997-F, 697; *LL*, 1998-A, 326, *Petric*, año 1997, *Fallos*, 321: 885; *Dotti, DJ*, 1998-3-233.

<sup>67</sup> *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XII a XIV; *Derechos Humanos, op. cit.*, cap. XI. “El deficiente acceso a la justicia y privación de justicia como violación del sistema de derechos humanos;” “Para la patria pleitera nada; a los demás, algo,” *Ámbito Financiero*, 10-VII-96, p. 16.

<sup>68</sup> “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *LL*, 2005-A, 905-921. Reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (co-ords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296.

<sup>69</sup> Ampliar *infra*, t. 2, caps. XIII a XV y “«Corralito», Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217 y “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050; “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio,” *LL*, 2004-E, 1231-3; “Ángel Estrada,” *JA*, 2005-III, fasc. n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>. Un fallo líder en materia de amparo colectivo es CSJN, *Halabi*, 24-II-09, CSJN, *Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/amparo*, febrero de 2009, *LL*, 4-III-09, p. 3 y nota de GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?” Para los antecedentes ver nuestro art. “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *LL*, 1997-F, 1318. Reproducido, con modificaciones, bajo el título “Los grandes fallos de la actualidad,” en la 2° ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998. En libertad de prensa cabe destacar CNFCA, SALA IV, *Perfil*, *LL*, 29-II-09, pp. 6-7; CSJN, *Editorial Río Negro S.A. c. Provincia del Neuquén*, *LL*, 14-11-2008, p. 7.

## II. Bases supraconstitucionales

### 10. *Comunidad internacional, pueblo y Estado*

El derecho administrativo y la organización estatal tienen, históricamente, una estructura formal y un tipo de principios básicos muy diferentes según sea, históricamente, el sistema constitucional imperante y la manera en que la Constitución haya organizado y constituido al Estado. Pero también está subordinado a un orden jurídico supranacional rápidamente en evolución (por las interpretaciones jurisprudenciales externas) y sustancialmente creciente (como lo prueba la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1997 y la Convención contra el Soborno Transnacional<sup>70</sup> entre muchas otras;<sup>71</sup> todo ello, al igual que los demás países del mundo que no escojan aislarse de la comunidad internacional.<sup>72</sup> Esa evolución internacional no es imposible seguirla, pero hay que reentrenar la mirada, el *Sapere vedere* de Miguel Ángel: hay que estar atentos a las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; a las denuncias en trámite y las resoluciones o en su lugar soluciones amistosas que se celebren por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

### 11. *La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad y al sometimiento a las reglas universales mínimas de derechos y garantías individuales*

Lo que se creyó máxima aspiración en el pasado, la sujeción de la administración a la ley y el también necesario sometimiento de la ley a la Constitución, queda así superado por el paso final de la subordinación de todo el derecho interno a un derecho supranacional e internacional, con valores y principios que trascienden a los ordenamientos jurídicos locales.

Estas transiciones otorgan un rol muy importante al Poder Judicial, intérprete del significado de las normas constitucionales y supranacionales y por lo tanto de la validez de las normas legislativas,<sup>73</sup> aunque no en todos los países los jueces adoptan la postura que les corresponde de acuerdo con su deber constitucio-

<sup>70</sup> Aprobada por ley 25.319 del año 2000.

<sup>71</sup> Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada por ley 26.097; Convención de Naciones Unidas para Combatir el Crimen Transnacional Organizado, ley 25.632. Ampliar en GORBAK, ERICA, "The effects of Anti-Corruption and Good Governance rules in Latin American countries after their constitutional reforms. Analysis of the current situation," <http://www.enelsyn.gr>.

<sup>72</sup> En otras palabras, la actual globalización de la economía hace muy costoso, o virtualmente imposible, sustraerse al orden jurídico supranacional (regional) e internacional. Ver también el próximo *Congreso Internacional sobre Derecho Administrativo Global*, en México: [http://www.facdyc.uanl.mx/avisos/derecho\\_administrativo/index.html](http://www.facdyc.uanl.mx/avisos/derecho_administrativo/index.html)

<sup>73</sup> Sobre los problemas de la transición de una a otra etapa y el rol del juez, ver MARCIC, RENÉ, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Viena, 1957, esp. p. 231 y ss.; ERMACORA, FÉLIX, *Verfassungsrecht durch Richterspruch*, Karlsruhe, 1960, *op. cit.*, p. 12 y ss. Ver también, de RENÉ MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgericht*, Viena, 1963, p. 86 y ss.

nal. El Poder Judicial argentino ha receptado principios fundamentales para el control de la constitucionalidad de las leyes, enunciando el criterio rector de la *razonabilidad* de las leyes y de todos los actos estatales, de acuerdo con el cual toda norma que sea *desproporcionada* en los medios que emplea con relación a sus fines, carezca de sustento fáctico suficiente, o sea arbitraria, persecutoria, etc., debe ser tachada de antijurídica y por lo tanto no aplicada.<sup>74</sup>

### 12. Los derechos individuales frente al Estado

De todos modos, la Constitución y las normas supranacionales no son en estos casos un programa de gobierno que pueda cumplirse o no; son un *orden jurídico imperativo*, para el Estado y los habitantes. Este orden jurídico constitucional y supraconstitucional, al crear al Estado y reconocerle ciertas facultades frente a los habitantes, establece y reconoce también los derechos de los individuos frente al Estado.<sup>75</sup> La Constitución y el orden jurídico supraconstitucional ofrecen un equilibrio de las atribuciones que otorgan; reconocen atribuciones al Estado, pero también derechos inalterables a los individuos. Ni unos ni otros pueden tener supremacía; ambos deben armonizarse dentro del orden jurídico. La enunciación de los derechos de los individuos no es una declaración programática: es una norma jurídica imperativa y operativa, impuesta por el pueblo al Estado al que también reconoce aquellas facultades. Tal como lo señala ALBERDI: “La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límite a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional.”<sup>76</sup> En definitiva tenemos que del orden jurídico constitucional y supraconstitucional nacen, en igualdad de situación y en equilibrio jurídico necesario, los derechos de los individuos y las atribuciones del Estado; que estas últimas no tienen en ningún caso características suprajurídicas, de “soberanía” o “imperio.” Son simplemente atribuciones o derechos reconocidos por el orden jurídico y carentes de toda peculiaridad extraña o superior al derecho; si esas facultades son ejercidas con exceso, se transforman en antijurídicas y serán dejadas sin efecto por los tribunales ante el reclamo del individuo afectado. Cabe reiterar que el Estado está sometido a normas básicas de la comunidad internacional, cuyo orden jurídico mínimo en materia de derechos humanos igualmente torna antijurídicas las conductas violatorias que aquél pueda cometer. Ello ha

<sup>74</sup> Ampliar en LINARES, JUAN FRANCISCO, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1944; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho Constitucional*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1971. Este antiguo principio de derecho constitucional es ahora, a nuestro juicio, supraconstitucional: ver *infra*, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo.”

<sup>75</sup> Como dice BRUNNER, GEORG, *Die Grundrechte in Sowjetsystem*, Colonia, 1963, pp. 105-6, es una característica esencial de los derechos fundamentales que “ellos se dirigen contra el Estado,” son su límite y por ello sólo serán verdaderos cuando se apliquen “también contra la voluntad del Estado” (*op. cit.*, p. 196).

<sup>76</sup> ALBERDI, JUAN BAUTISTA, *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899, p. 125.

probado ser eficaz en la práctica, pues el Estado argentino muchas veces ha transado casos o adquirido compromisos internacionales por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en situaciones concretas de violación a derechos humanos, para evitar ser llevado ante la Corte Interamericana y sufrir el eventual bochorno de una condena formal. Así el caso que relata el último voto de la Corte Suprema nacional en el caso *Birt*.<sup>77</sup>

### 13. *Preexistencia de los derechos individuales respecto al Estado*

Por tales razones los derechos individuales preexisten a todo acto estatal: a las sentencias, a las leyes y a los actos y reglamentos administrativos. Al art. 14 de la Constitución argentina expresa, similarmente a otras constituciones, que los habitantes de la Nación “*gozan* de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio,” o sea, que los derechos existen y los habitantes los gozan ya, desde el mismo momento en que la Constitución se ha dictado. Lo mismo consagra el sistema supraconstitucional de derechos humanos reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.<sup>78</sup>

Más aún, tales derechos son ya universalmente reconocidos como preexistentes a toda norma positiva. Las leyes podrán regular los derechos de los individuos, fijando sus alcances y límites; pero aunque ninguna ley sea dictada, el derecho individual existe no obstante, como mínimo por imperio de la Constitución.

Con algunas variantes, la situación es la misma respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás pactos internacionales de derechos humanos previstos en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución. Inversamente, si la ley quiere desconocer el derecho individual, reglamentándolo irrazonablemente, modificándolo o alterándolo de cualquier otro modo, tal ley es írrita y el derecho individual mantiene su vigencia a pesar de la ley que inconstitucionalmente ha querido desconocerlo. Por supuesto, hará falta una declaración judicial de inconstitucionalidad por los tribunales inferiores y en su caso la Corte Suprema, pero son tribunales que ha demostrado en los últimos años un verdadero empeño en tratar de hacer cumplir la Constitución.

Expresa el art. 28 de la Constitución, por su parte, que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” y a los jueces corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley o acto administrativo que haya intentado des-

<sup>77</sup> *LL*, 1995-D, 294.

<sup>78</sup> Ver Preámbulo de la C.A.D.H. Es el mismo concepto que reflejamos en nuestra *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, y anteriormente en *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003; *Une introduction au Droit*, Londres, Esperia, 2003, las tres ediciones con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, director de la Organización Europea de Derecho Público. Las tres ediciones se encuentran de acceso libre y gratuito en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

conocer o alterar un derecho individual y restablecer de tal manera el imperio de la norma constitucional o supranacional. Si los jueces internos no lo hacen, puede hacerlo la CorteIDH u otros órganos judiciales supranacionales que se creen en el futuro.

En cualquier caso, la práctica internacional desde la suscripción de la Convención Americana es prometedora. El gobierno, desde la restauración democrática, transa casos ante la ComisiónIDH y celebra acuerdos que luego la CSJN ha considerado parte integrante de los compromisos internacionales del país y por ende derecho vigente a ser aplicado por nuestros tribunales. La internacionalización del derecho administrativo se torna así más evidente, en éste y en otros campos.<sup>79</sup>

#### 14. *Instituciones sustantivas de contralor*

Encontramos en el párrafo quinto del art. 36 un tema de derecho penal operativo, no legal sino constitucional. Los responsables de enriquecimiento doloso son ahora equiparados a los “infames traidores a la patria” que condenan el art. 29 y los párrafos uno a cuatro del mismo art. 36. La citada norma penal constitucional se aplica tanto a los funcionarios públicos como a los particulares, puesto que la norma no distingue y generalmente van unidos: es el mismo actuar doloso de uno y otro que produce el enriquecimiento de ambos en perjuicio del Estado y la sociedad de usuarios y consumidores.

Lo solemne de la condena constitucional no obsta a su espíritu claro y frontalmente punitivo y su carácter de norma inmediatamente operativa, que se fortalece con la Convención Interamericana contra la Corrupción, también operativa. Se otorga así a los fiscales y jueces penales un rol sustancial como órganos de control de la administración y de quienes ejercen poder bajo licencia o concesión de la administración. Se trata de una facultad que es, al mismo tiempo, un deber jurídico impuesto por la misma Constitución y por la Convención Interamericana contra la Corrupción. Su incumplimiento por fiscales y jueces

<sup>79</sup> Es un tema que advertimos en la 1ª ed., 1962, de nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, al eliminar la característica de pertenecer supuestamente al derecho interno, como lo hacían las definiciones corrientes por aquel entonces. El proceso no ha hecho sino acentuarse continuamente, al punto tal que algunos hablan ya de un derecho administrativo global, para más acentuar el punto, lo que tratamos *infra*, cap. V, § 4; ver también *Congreso Internacional sobre Derecho Administrativo Global*: [http://www.facdyu.uanl.mx/avisos/derecho\\_administrativo/index.html](http://www.facdyu.uanl.mx/avisos/derecho_administrativo/index.html). Ver nuestros arts. “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Buenos Aires, Rap, 2009; “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS; “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, año XXVIII, Buenos Aires, 2005, 326: 391-400; “La creciente internacionalización del derecho. Consecuencias en el régimen de las fuentes del ordenamiento jurídico,” en *Doctrina Pública*, 2004-XXVI-2, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 213-226; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en ASesorÍA GENERAL DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

puede colocar a éstos en la misma situación y acarrearles a su vez sanciones, incluso internacionales. Deben pues cuidar de la aplicación del orden jurídico constitucional y supranacional en el ejercicio de sus públicas funciones. En cuanto a los particulares, no parece que pueda hacerseles extensivo el derecho y el *deber* que prevé el mismo art. 36, de ejercer la resistencia en defensa del Estado por la interrupción de la observancia de la Constitución; con todo que debe recordarse que el *derecho* de resistencia a la opresión no cesa ante la fuerza generadora del nuevo orden.<sup>80</sup>

### 15. *El derecho a un ambiente sano*

Tal como lo adelantamos en 1990 en el libro colectivo *Derechos Humanos*, coordinado desde la 6ª en 2006 junto a GREGORIO FLAX, hay derecho a un ambiente sano<sup>81</sup> a tenor de las normas del Pacto de San José de Costa Rica<sup>82</sup> y ahora el texto constitucional lo reconoce en el art. 41. Si bien la cláusula es operativa, ha sido reglamentada por diversas leyes:<sup>83</sup> de política ambiental nacional,<sup>84</sup> de gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios,<sup>85</sup> de gestión y eliminación de los PCBs,<sup>86</sup> de gestión ambiental de aguas,<sup>87</sup> de gestión integral de residuos domiciliarios,<sup>88</sup> sin perjuicio de las normas locales que pueden ser más exigentes que las nacionales. Es la misma tendencia teórica que se intenta poner en práctica en los EE.UU., donde California se adelantó a la legislación federal al exigir mayores limitaciones para las emisiones de la industria automotriz. Acá tenemos la norma, pero carecemos de la práctica.

### 16. *Instituciones adjetivas de contralor*

#### 16.1. *El amparo común y el amparo colectivo para la tutela del medio ambiente y los derechos de incidencia colectiva*

El art. 43 contiene cuatro distintos medio de tutela a ser aplicados por el Poder Judicial. El primero es el amparo clásico, mejorado y ampliado. El segundo es el

<sup>80</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 41, IX, 3 y 4, p. 601.

<sup>81</sup> Ver MILLER, JONATHAN M.; GELLI, MARÍA ANGÉLICA y CAYUSO, SUSANA, *Constitución y derechos humanos*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 318 y ss.

<sup>82</sup> Ver el cuestionario a “Derechos no enumerados: el caso de la salud y el medio ambiente,” en MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y derechos humanos*, op. cit., p. 182 y ss.; ROSSI, ALEJANDRO, “La defensa supranacional del derecho a un medio ambiente sano,” en GORDILLO, GORDO, LOIANNO, ROSSI, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1998, 3ª ed., cap. V.

<sup>83</sup> Por Resolución 39/07 del Defensor del Pueblo de la Nación se recomienda a la Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación que expida las instrucciones necesarias para la inmediata reglamentación de las leyes 25.675, 25.612, 25.670 y 25.688.

<sup>84</sup> Ley 25.675.

<sup>85</sup> Ley 25.612.

<sup>86</sup> PCBs: policlorobifenilos o bifenilos policlorados, ley 25.670.

<sup>87</sup> Ley 25.688.

<sup>88</sup> Ley 25.916.

amparo<sup>89</sup> ambiental. También el usuario o consumidor de bienes y servicios y sus derechos e intereses legítimos o difusos y de incidencia colectiva,<sup>90</sup> que refuerza a nivel procesal los derechos de los arts. 41 y 42,<sup>91</sup> en cuanto al fondo. Se otorga así un específico campo de control al Poder Judicial, reconociendo el deber jurisdiccional de controlar la actividad administrativa o de particulares que afecte el ambiente o tales derechos o intereses. Importa la legitimación procesal del interés legítimo y difuso, en el amparo y en el juicio ordinario, de las asociaciones de usuarios, vecinos, consumidores y demás entidades no gubernamentales.

## 16.2. Hábeas data<sup>92</sup>

Otra modificación es el *habeas data* contra los registros o bancos de datos públicos y privados. El texto de la ley 25.326 extiende el *habeas data* respecto de los bancos de datos privados<sup>93</sup> solamente cuando ellos estén “destinados a proveer informes;” pero cabe darle el sentido de que se refiere a los que estén destinados, actual o potencialmente, a proveer informes. Corresponde desarrollar el principio y darle una extensión más amplia, p. ej. para tutelar el derecho de los clientes de bancos y empresas de tarjetas de crédito, que aunque no estén destinados a dar informes, pueden de hecho darlos a pedido de otras entidades análogas: El particular tiene derecho a saber qué consta sobre él en tales bancos de datos y, en su caso, a requerir la modificación de los errores que contengan.

El *habeas data* debe desarrollarse jurisprudencialmente, como alguna vez lo hizo el amparo, para la tutela de la privacidad respecto de los datos que no deseamos figuren en una base de datos o se entreguen a terceras personas, o sean accesibles, sin nuestra conformidad. La privacidad debe ser una cuestión de orden público, irrenunciable por los individuos, pues se tutela un bien colectivo y no meramente individual.<sup>94</sup> En consecuencia, su trámite ha de equipararse al de las acciones de clase cuando se trate de derechos de incidencia colectiva pues no se trata de cuestiones exclusivamente limitadas a un caso individual.<sup>95</sup>

Debe destacarse que a veces el funcionamiento efectivo de la libertad de prensa lleva a que denuncias efectuadas por ese medio respecto de actos secretos del gobierno, den prontamente lugar a rectificaciones o aclaraciones oficiales

<sup>89</sup> Ver “Un día en la justicia: los amparos de los art. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución nacional,” *LL*, 1995-E, 988, y en GORDILLO, AGUSTÍN Y FLAX, GREGORIO (coords.), *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2006, 6ª ed., cap. XII. Ver CSJN, *Fallos*: 329:2316, *Mendoza*, 2006; *infra*, cap. VIII, § 6, notas 27 y 28, p. VIII-9; cap. XV, p. 3 y nota 14; *Halabi*, comentado *supra*, cap. II, 5.2.b), pp. 24/5.

<sup>90</sup> Ampliar *infra*, t. 2, *op. cit.*, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III.

<sup>91</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

<sup>92</sup> El tema se rige por la ley 25.326. Ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, 4ª ed., *op. cit.*, t. I, comentario al art. 43, § 3, “Hábeas data,” p. 635 y ss; MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y derechos humanos, op. cit.*, pp. 352-65.

<sup>93</sup> Ampliar en GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, op. loc. cit.*

<sup>94</sup> Un importante avance es el caso *Halabi*, CSJN, 2009, *supra*, cap. II, 5.2.b), pp. 24/5.

<sup>95</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. II, § 1, 3 y 5. Un resumen de jurisprudencia en DIEGUES, JORGE ALBERTO, *Habeas data, LL*, 11-III-09, pp. 10-11.

proporcionando la información requerida.<sup>96</sup> Es un indudable progreso, aunque la noticia en sí no sea indicativa de una buena tendencia, ya que se trataba en la especie de otra nacionalización por vía de transferencia al Estado del paquete accionario de una empresa privada, como se explica en el lugar citado en la nota precedente, con el agravante de no haber sido pública si no se la hubiere denunciado periódicamente.

### 16.3. Hábeas corpus<sup>97</sup>

No es menor la importancia de la previsión constitucional del habeas corpus, destinado a corregir trágicos errores del pasado reciente. Con todo, lo cierto es que su efectividad depende de que el sistema jurídico y social tengan condiciones tales como para que no se repitan los mecanismos que crearon la necesidad de esta norma. El art. 36 hace bastante en tal sentido, al privar del necesario sustento civil a cualquier intento de arrebatar el poder constitucional,<sup>98</sup> pero son necesarias otras realidades sociales para hacerlo efectivo. Felizmente ellas se han dado.<sup>99</sup>

### 16.4. *Rectificación y respuesta*

El Poder Judicial debe aplicar el derecho de rectificación y respuesta que tutela el art. 14 del Pacto de San José, que en modo alguno limita la libertad de prensa, sino que equilibra el poder de unos pocos frente al derecho a la intimidad y a la privacidad de toda la ciudadanía. Basta pensar en el constante abuso que alguna prensa televisiva hace actualmente sobre la privacidad e intimidad de las personas a quienes somete, sin previo consentimiento<sup>100</sup> escrito, a sus infamados *bloopers* y cámaras ocultas que explotan la sorpresa, ingenuidad y cholulismo de las clases menos favorecidas de la sociedad y el sadismo de los televidentes en general; o en cualquier caso su engaño al público. Lo mismo cabe decir de los programas televisivos que se aprovechan de la indefensión de personas a quienes ridiculizan en desmedro del respeto mínimo a la persona: Allí existe un amplio campo para la aplicación de este derecho humano básico en la era contemporánea. El difícil equilibrio entre la libertad de prensa en su manifestación televisiva y la dignidad de la persona humana está otra vez en juego. Pero ahora pareciera que se está en el peor de los mundos, pues no aumenta la tutela de la dignidad de la persona humana por la television y en cambio disminuye sustancialmente

<sup>96</sup> OSCAR CUATTROMO, "Un proyecto de recuperación aeronáutico sin secretos," *Crítica de la Argentina*, 21 de febrero de 2009, p. 8 y sus referencias.

<sup>97</sup> Ampliar en GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, *op. cit.*, pp. 422-8.

<sup>98</sup> Ampliar en MILLER, GELLI y CAYUSO, *Constitución y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 286 y ss.

<sup>99</sup> En efecto, la supresión del servicio militar obligatorio ha sido clave para que las fuerzas armadas se vieran materialmente impedidas de asumir roles que no les corresponden, como lo explicamos en "La constitucionalidad formal..." *op. cit.*, nota 94 *in fine*, p. 98, lo destacado con margen especial. En el estilo punzante de JORGE LANATA, "Dios, patria y yuyo," *Crítica de la Argentina*, 22- II-09, p. 4. .

<sup>100</sup> Consentimiento que, a su vez, debe ser informado.

la libertad de prensa por ese y otros medios, al menos a la época de aparición de esta 10ª ed. Ojalá la oxigenación legislativa del 2009 permita cambiar el entorno, aunque hay muy preocupantes advertencias en sentido contrario.<sup>101</sup>

### 16.5. *Iniciativa popular*

Sus requisitos han sido establecidos por la ley 24.747, de manera altamente restrictiva demostrando que el poder, aún electivo, siempre teme a la participación popular. El ejemplo sirve para demostrar cuánto camino nos resta por recorrer como sociedad civil.

### 16.6. *La ley de defensa del usuario y consumidor*<sup>102</sup>

Esta ley, de orden público, otorga al usuario y consumidor de servicios públicos,<sup>103</sup> tanto individual como asociativamente, la vía de conocimiento más abreviada de cada jurisdicción —que puede ser el juicio sumario<sup>104</sup> o sumarísimo— para la tutela de los derechos de incidencia colectiva. Su importancia constitucional no puede ser desconocida y hasta puede ser un remedio más eficaz que el amparo, que antes de ahora a tantos jueces disgustaba. No le pueden tampoco inventar requisitos absurdos, pues no los tiene y ella misma exige que en caso de duda ha de estarse a favor del usuario del servicio público o consumidor de servicios, lo cual incluye a nuestro juicio los servicios de la administración pública.

### 16.7. *Observaciones comunes. La poca cantidad de jueces*

En los casos mencionados la efectividad del sistema dependerá en gran medida del esfuerzo, voluntad de servicio, coraje e independencia de los integrantes del Poder Judicial, pero también de su número. Si el Poder Legislativo no decuplica como mínimo en forma inmediata el número de jueces, es demasiado probable que al verse éstos superados por el número de peticiones, terminen cercenando en la práctica la eficacia de la norma constitucional.<sup>105</sup> Si ello llega a suceder, será una responsabilidad política del Poder Judicial, pero compartida con el Poder Legislativo y los partidos políticos<sup>106</sup> cuyo acuerdo llevó al texto constitucional:

<sup>101</sup> MAJUL, LUIS, “Una clase magistral de política y negocios,” *El cronista*, 24 de febrero de 2009, p. 14, quien ve un proyecto de poder económico permanente, similar al ruso.

<sup>102</sup> Ver leyes 24.240 y 26.361 que refuerzan la protección al consumidor o usuario. Sin embargo, hace falta también la voluntad de cumplir y hacer cumplir las leyes.

<sup>103</sup> Ver ARENA, GREGORIO, “L’ «utente-sovrano»,” en *Università de Venezia, Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. I, Mucchi, Módena, 1996, p. 147. Es la figura del usuario la suprema hoy, tanto frente al concesionario como a la administración pública.

<sup>104</sup> No en el orden nacional, en que ha sido eliminado por la reforma procesal de 2002.

<sup>105</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XIV, “Problemas del acceso a la justicia;” “«Corralito.» Justicia Federal de primera instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217; “Justicia federal y emergencia económica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Control de la administración pública*, Buenos Aires, Rap, 2003, pp. 117-22. La cuestión quedó superada, en apariencia, con la puesta en funciones de los nuevos jueces provinciales.

<sup>106</sup> Ver el punzante comentario de SCHERLIS al que remitimos *supra*, nota 28.

Éste de nada sirve si no hay jueces en cantidad y con medios suficientes,<sup>107</sup> o si los jueces no están con el coraje suficiente para ejercer su función de control del poder político a veces hegemónico.

### III. Bases sociales del derecho administrativo. Estado de Derecho y Estado de Bienestar

#### 17. *Los derechos individuales en el Estado de Derecho*

Estos principios y otros más de índole similar, integran así uno de los más trascendentales avances en la organización política y jurídica de los pueblos, que se designa bajo el nombre genérico de “Estado de Derecho.” El “Estado de Derecho,” se ha ido perfeccionando: Al principio lo fundamental fue el respeto a la ley, en el principio de *legalidad* de la administración. Luego es la ley la que debe respetar principios constitucionales, a través del control judicial difuso y de oficio de dicha constitucionalidad.

Se llega por fin a la etapa de un orden jurídico supranacional de garantías individuales, que opera también como derecho interno, sin perjuicio del control ulterior en el plano internacional en caso de no remediar los jueces locales la transgresión a los derechos individuales.<sup>108</sup> El individuo aparece así protegido contra los avances injustos de los poderes públicos en una doble faz: Por un lado, que la administración respete a la ley y por el otro, que el legislador respete a la Constitución, a la Convención y demás pactos supranacionales. El centro de la cuestión radica siempre, como se advierte, en que los derechos individuales no sean transgredidos por parte de los poderes públicos.<sup>109</sup> Ahora bien, esta magnífica concepción del Estado de Derecho es ante todo negativa: ponerle vallas a los poderes públicos para que éstos no puedan actuar arbitrariamente en relación a los particulares. La frase de ALBERDI puede, nuevamente aquí, ser definitoria: “La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano [...] *para refrenar y limitar a sus delegatarios*, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional.”<sup>110</sup> Siempre ha habido y habrá tal vez en el mundo experiencias de gobiernos totalitarios o autoritarios que quieran obrar arrasando

<sup>107</sup> Ver GUGLIELMINO, OSVALDO, “La Justicia Federal en la emergencia,” en MILJIKER, *op. cit.*, pp. 23-30; AHE, DAFNE SOLEDAD, “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo,” en MILJIKER, *op. cit.*, pp. 41-51; ARIAS, LUIS FEDERICO, “El «descontrol» de la función administrativa en la Provincia de Buenos Aires,” en AHE (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 227-53; del mismo autor, “La alquimia, el derecho y la política,” [http://www.respublicaargentina.com/archivos\\_bajar/Arias.doc](http://www.respublicaargentina.com/archivos_bajar/Arias.doc)

<sup>108</sup> *Infra*, cap. VI.

<sup>109</sup> Este es el *quid* de la cuestión, que advertimos con poco éxito desde 1960, comenzando por nuestro art. “La crisis de la noción de poder de policía,” *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, Buenos Aires, 1960, p. 227 y ss.

<sup>110</sup> Este criterio ha sido rezeptado tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por la CSJN, *in re Arce* (1997), LL, 1997-F, 697, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” reproducida en *Cien notas de Agustín*, *op. cit.*, § 76, p. 165.

a los individuos: contra esos gobiernos protege la idea del Estado de Derecho, como una valla, como un límite.<sup>111</sup>

### 18. *La vieja superación del liberalismo clásico*

Pero, si bien ello es necesario, no es suficiente. El solo cumplimiento de los postulados de libertad e igualdad con la protección del Estado podía resultar en paradojas, pues la sociedad presenta diferencias económicas y sociales que no hacen sino acentuarse en un régimen puramente negativo de organización política, es decir, en un régimen que se contentaba con proteger los derechos de propiedad, libertad, etc., tal y como los encontraba, sin preocuparse de mejorarlos cuando de hecho eran insuficientes. Veremos en estos párrafos que la opuesta no es necesariamente realista.

Si el Estado se limitara a contemplar impasible cómo las diferencias sociales se acentuaban de hecho, sin tomar ninguna acción para ayudar a los más necesitados a progresar parejamente con los demás, estaría contribuyendo tácitamente a una verdadera negación de los derechos que postula para los individuos. De nada serviría *reconocer* a “todos” los individuos un derecho a la propiedad, o libertad de trabajo, o de enseñar y aprender, si las condiciones socioeconómicas imperantes (miseria, enfermedades, accidentes, ignorancia, vejez) excluyeran permanentemente a algunos individuos de toda oportunidad de ser propietarios, trabajar libremente, o aprender y enseñar.

### 19. *Las respuestas autoritarias: la negación de los derechos individuales*

Ante esa paradoja surgieron en determinado momento las doctrinas que volvían al punto de partida: para lograr condiciones sociales y económicas justas para todos, no encontraban otro camino que la destrucción del Estado de Derecho, la negación de los derechos individuales y la postulación del autoritarismo: era la “dictadura del proletariado,” o cualquiera de las otras corrientes negatorias de los derechos. Si bien los autores socialistas hablaban con frecuencia de la instauración de una “legalidad socialista,” ésta era radicalmente distinta en su finalidad y en su función de la idea de legalidad en el mundo occidental: No trataba de proteger individuos o situaciones, sino de crear situaciones nuevas, específicamente, la sociedad socialista.<sup>112</sup> Sin perjuicio de que tenía otros méritos, no tenía el de garantizar la seguridad jurídica o la libertad política y con ello constituía obviamente otro extremo opuesto, igualmente criticable —aunque con

<sup>111</sup> Ver también SMEND, RUDOLF, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlín, 1968, p. 311 y ss., su art. “Bürger und Bourgeois in deutschen Staatsrecht.” Ampliar en DUVERGER, MAURICE, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, 1962, pp. 210-2; BURDEAU, GEORGES, *Traité de science politique*, t. V, París, 1955, *L'État libéral*; BERTHÉLEMY, J., *Valeur de la liberté*, París, 1935.

<sup>112</sup> Ampliar en BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo y socialización*, Madrid, 1965, pp. 30-6 y su lúcida comparación de la “legalidad individualista,” la “legalidad socialista” y la “legalidad social.”

distintos motivos— que el del clásico liberalismo capitalista a ultranza. Además, no lograba tampoco realizar los invocados fines sociales.

## 20. *Crisis del autoritarismo*

Pero esto tuvo la misma contradicción interna del liberalismo clásico, sólo que a la inversa: por pretender asegurar a los individuos una situación económica y social satisfactoria, los privó del goce de los derechos de la libertad; también es paradójal afirmar que a un individuo se le ha dado una condición social digna si no se le deja expresar su pensamiento, trabajar libremente, entrar y salir del país, etc.

En una variante posmoderna, se priva de derechos a unos para hipotéticamente dárselos a otros, invocando un supuesto progresismo o “socialismo del siglo XXI.”<sup>113</sup> Pero el primer país del mundo ya se encaminó en este año a lo que un economista llama un modelo de capitalismo para el siglo XXI, fundado en una reforma tecnológica que se adecue a una era de cambio climático, estrés hídrico, inseguridad energética y escasez de alimentos.<sup>114</sup>

Así como no hay verdaderos derechos sin condiciones económicas y sociales para ejercerlos adecuadamente, así tampoco habrá condiciones económicas y sociales verdaderamente justas si no se otorgan derechos para disfrutarlas. En este último aspecto, puede recordarse con RADBRUCH que “de ninguna manera es derecho todo «lo que al pueblo aprovecha»,” sino que al pueblo aprovecha, en último análisis, sólo lo que es derecho, lo que crea seguridad jurídica y lo que aspira a ser justicia.<sup>115</sup>

Y desde luego, no pudimos llamarnos a engaño con que se nos dijera que la negación de los derechos individuales era sólo temporaria, mientras se rompían las estructuras o superestructuras económicas existentes; que una vez lograda tal finalidad podría otra vez darse el pleno goce de todos los derechos, puesto que: *a*) la experiencia de los que lo han intentado demostró que la “temporariedad” era poco menos que permanencia; *b*) la prolongada inactividad en el ejercicio de un derecho termina necesariamente por atrofiarlo, tal vez definitivamente; sólo el ejercicio constante de los derechos individuales es la auténtica garantía

<sup>113</sup> El caso más claro, desde luego, es el de Venezuela en esta primera década del siglo XXI. Sin embargo, no pareciera ser una fórmula de éxito para enfrentar los problemas. Ver las reflexiones de SACHS sobre el cambio norteamericano a partir de 2009, en la nota siguiente. El llamado socialismo del siglo XXI al menos ha disminuido la tasa de pobreza y exclusión social, el capitalismo de amigos en cambio las ha aumentado.

<sup>114</sup> JEFFREY SACHS, “Está naciendo un nuevo modelo de capitalismo,” *Clarín*, 14 de febrero de 2009, p. 25. En esta era, según el autor, la ideología del mercado libre es un anacronismo, refiriéndose a los cambios tecnológicos impuestos a la industria para enfrentar este nuevo esquema de la realidad. Pero no se parte de una negación total de derechos, sino de unos ajustes en el modelo energético.

<sup>115</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, 1962, p. 36. Volvemos sobre el tema en “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” ambos en prensa, ya citados.

de su supervivencia;<sup>116</sup> c) por lo demás, tan válido como querer suprimir “por ahora” los derechos individuales para lograr las condiciones socioeconómicas deseadas, sería suprimir “por ahora” las aspiraciones de una mejor situación económica para afianzar mientras tanto las libertades existentes. Ambos caminos son ilógicos y contradictorios, pues lo que cada uno postula como básico es en verdad inseparable de lo otro. Ha dicho HOBHOUSE comparando al liberalismo y al socialismo, que en verdad “los dos ideales no están en conflicto, sino que se complementan”<sup>117</sup> y lo incompatible es el resultado que dan: En un caso, la perpetuación de la desigualdad económica, en el otro la destrucción de los derechos individuales.

Es contradictorio definir a la libertad, en su significado socialista, como una organización social que “crea las condiciones óptimas para dar una completa respuesta a las necesidades fundamentales del hombre, sean ellas materiales, psicológicas o intelectuales” y que “permite esta expansión de los comportamientos humanos,”<sup>118</sup> si el sistema creado para lograrlo no permite justamente la expansión intelectual, psicológica, cultural y a veces ni siquiera física, como la mera traslación de la persona de un lugar a otro, dentro o fuera del país, etc. En esas condiciones es absurdo afirmar que se ha logrado cumplir el postulado del cual se partió. En otras palabras, el socialismo autoritario encierra la misma paradoja, la misma contradicción fundamental, que el liberalismo clásico.

Con fines coincidentes y antítesis en los medios, ambos fracasan en sus fines: Los medios elegidos son inadecuados, en ambos casos, para producir los resultados deseados.

### 21. *Una nueva solución: el Estado de Bienestar*<sup>119</sup>

En el siglo XIX y XX aparece una superación de ambos extremos, de gran logro conceptual, pero que tiene a su vez el inconveniente de que los países desarrollados han sabido manejarlo mejor que los países emergentes, con mecanismos institucionales de mejor o peor calidad según el caso, y mayor o menor aptitud personal de los agentes de cambio, como asimismo el uso de tales mecanismos como forma de desarrollo democrático de contenido social o mero clientelismo populista. En otras palabra, una cosa es declamar el Estado de Bienestar, inclu-

<sup>116</sup> MANNHEIM, KARL, *Libertad, poder y planificación democrática*, México, 1960, p. 168: “una vez que la tiranía se ha adueñado firmemente del poder, la resistencia cívica dispone de bien escasos recursos. El momento mejor para la acción de la resistencia es la etapa formativa de la dictadura;” WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, pp. 85-6.

<sup>117</sup> HOBHOUSE, *Democracy and Reaction*, Londres, 1903, p. 228.

<sup>118</sup> JANNE, HENRI, “Les problèmes de la planification,” en AA.VV., *Les problèmes de la planification*, Bruselas, 1963, p. 123.

<sup>119</sup> MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO; GARCÍA DELGADO, JOSÉ LUIS y GONZÁLEZ SEARA, LUIS (directores), *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Civitas y Escuela Libre Editorial, 2002; PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983.

so dictando múltiples leyes y planes en tal sentido, y otra muy distinta lograr hacerlo realidad con eficiencia y honestidad, sin dilapidar fondos públicos ni ponerlos en los bolsillos propios o de los amigos.

A veces la incapacidad o peor aún, la corrupción o el clientelismo utilizado para el dictado de las iniciativas en tal sentido, produce un doble efecto negativo: paralizan la economía y no logran, tampoco, los fines sociales supuestamente perseguidos. El fracaso es entonces total. En todo caso, apartándose de ambos extremos y buscando la unión de lo fundamental en el Estado de Derecho —las garantías individuales de la libertad— y esto que ahora aparecía como indispensable —la gradual superación del ahogo económico y social— se afirmó crecientemente en el decurrir del siglo XX la concepción del “Estado de Bienestar”<sup>120</sup> o Estado Social de Derecho,<sup>121</sup> Estado Social,<sup>122</sup> etc.

Como dijo TREVES: “Se trata de una forma de Estado que interviene activamente a favor de los ciudadanos y especialmente de los menos pudientes, quienes más necesitan de su ayuda;” se acuñó el concepto de “libertad de la necesidad.”<sup>123</sup> Desde entonces “la idea central en que el Derecho [...] se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existan; la igualdad deja de ser, así, punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.”<sup>124</sup> Siguiendo otra vez a MANNHEIM, “la esencia del cambio consiste en pasar de la garantía negativa de la libertad y la propiedad a ejercer un influjo positivo en el proceso de la producción y de la distribución de la riqueza.”<sup>125</sup>

Hacia fines del siglo XX el énfasis ya se concentró en lo social, no en el intervencionismo económico, salvo en materia de control de monopolios, defensa de la competencia, etc. Ejemplos de este tipo de acción del Estado en materia social son no solamente sus obligaciones clásicas en materia de salud, educación, justicia para todos, seguridad igualitaria y no discriminatoria, sino también seguro de desempleo, sistemas de previsión y seguridad social, vivienda,<sup>126</sup> etc.

<sup>120</sup> GIUMELLI, GUGLIELMO, “A proposito di alcune recenti discussioni sulle origini del Welfare State,” *Amministrare. Rassegna internazionale di pubblica amministrazione*, Milán, 1979, 3/4: 287, recuerda las *Poor Laws* de Inglaterra de 1536 y 1601. Para la evolución del siglo XX ver CRAIG, PAUL P., *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 4ª ed., parte 1, cap. 2, § 3, ap. 1, pp. 62-5.

<sup>121</sup> BACHOFF, OTTO, *Begriff und Wesen des Sozialen Rechtsstaates*, separata, Darmstadt, 1968; FORSTHOFF, ERNST, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, 1954, p. 27 y ss.

<sup>122</sup> BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo y socialización*, op. cit., p. 58 y ss.; BONAVIDES, PAULO, *Do estado liberal ao estado social*, San Pablo, 1961, p. 203 y ss.

<sup>123</sup> TREVES, GIUSEPPINO, “El «Estado de Bienestar» en el «Estado de Derecho»,” *DT*, XVIII-1959: 5.

<sup>124</sup> RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1951, p. 162, haciendo referencia en particular al derecho del trabajo.

<sup>125</sup> MANNHEIM, op. cit., p. 43; BOQUERA OLIVER, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1972, p. 43.

<sup>126</sup> Sobre estos puntos ver, entre otros, DANIELE, NÉLIDA MABEL, “El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2007-1, 31-70; “La emergencia en Salud. Jurisprudencia de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en ZAYAT, VALERIA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, V, Buenos Aires, FDA, 2006, pp. 129-46.

## 22. *Estado de Derecho y Estado de Bienestar*

La diferencia básica entre la concepción clásica del liberalismo y la del Estado de Bienestar o Estado Social de Derecho,<sup>127</sup> es que mientras en aquélla se trata tan sólo de ponerle vallas al Estado, olvidando fijarle también obligaciones positivas, aquí, sin dejar de mantener las vallas, se le agregan finalidades y tareas a las que antes no se sentía obligado. Pero no todo es color de rosa, como veremos a continuación.

La identidad básica entre el Estado de Derecho y el Estado de Bienestar, a su vez, reside en que el segundo toma y mantiene del primero el respeto a los derechos individuales y es sobre esa base que construye sus propios principios. Ahora bien, ¿qué relación hay entre ellos? ¿Se trata de una noción que ha venido a sustituir a la otra? ¿Cuán eficaz es la implementación del Estado de Bienestar? ¿Sus costos no superan a veces las posibilidades materiales de un Estado débil?<sup>128</sup> En el primer aspecto, si tomamos la noción tradicional de Estado de Derecho, parecería tal vez que ha sido sustituida por la del Estado de Bienestar; pero ello no es así. La noción de “Estado de Bienestar” ha venido a operar como un correctivo para la noción clásica de Estado de Derecho, revitalizándola pero no suprimiéndola. En rigor, la noción de “Estado de Bienestar,” tomada aisladamente, también es insuficiente, por cuanto hace hincapié en la acción positiva que el Estado debe tener, dando por supuesta la existencia de los límites negativos que la doctrina del Estado de Derecho ha construido. Este supuesto no puede perderse de vista, so pena de caer en los excesos totalitarios a que ya nos hemos referido. No existe antítesis entre ambos conceptos. Como afirma TREVES, “también el «Estado de Bienestar» se preocupa por la libertad de los individuos y se esfuerza por extenderla, poniendo a disposición de ellos toda una serie de servicios sociales.”

El hecho de que la idea del Estado de Bienestar implique, en algunos casos, restricciones a los derechos individuales para mejor lograr ciertos objetivos de bien común, tampoco es demostración de que sea antitética con la noción de Estado de Derecho, pues ésta también admite la limitación de los derechos individuales con finalidades de interés público y en definitiva, “si el «Estado de Bienestar» reduce por un lado la esfera individual, lo hace para poder acrecentarla por otro,”

<sup>127</sup> La terminología y el grado o tipo de intervención varía con el tiempo y las políticas.

<sup>128</sup> Ello no ocurre en igual medida en la CABA, que no es débil: DANIELE, MABEL, “El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la Sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales,” en FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Direito Administrativo Brasil – Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 543-87, publicado también en *Res Publica Argentina*, 2007-1: 31. Pero a nivel nacional el sistema de subsidios a todas las tarifas terminó por hacer implosión. Ver nuestros ya citados trabajos “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina;” ver también ELIASCHEV, NICOLÁS, “Peajes y subsidios: Quién se queda con qué, cuándo, cómo,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2005-1, 11-18; SILVETTI, ELENA M., “Cargos específicos. ¿Tributos encubiertos?” *Res Publica Argentina, RPA*, 2006/2-43.

por lo que “la afirmación del *Welfare State* no implica de por sí una negación del *Rechtsstaat*, sino que presupone en cambio su permanencia y hasta su expansión.”<sup>129</sup> Más difícil es el tema de la eficiencia y eficacia del Estado de Bienestar en asignar y gastar los recursos de finalidad social. Es claro, p. ej., que algunos sistemas previsionales brindan poco pero gastan mucho en su propia estructura, personal, gastos corrientes, etc. Por eso se comienza a explorar la idea de beneficios y ventajas sociales no operadas por el Estado, como el caso de la seguridad social en manos privadas, las obras sociales, mutualidades, etc.

### 23. *Garantías individuales y garantías sociales*

Dentro de la temática del Estado de Bienestar se habló a veces de “garantías sociales,” que serían las manifestaciones concretas de sus postulados: el amparo del trabajador, la asistencia social, los seguros sociales, seguro de desempleo, protección de la niñez y la vejez, etc.; incluso algunas constituciones modernas incluyen entre los derechos de los individuos, al par de los clásicos, estos “derechos sociales.” La Convención Americana de Derechos Humanos, por su parte, incluye los derechos económicos, sociales y culturales como pauta programática tendiente a su “desarrollo progresivo,” a tenor del art. 26.<sup>130</sup>

Según la formulación que se elija, tales derechos sociales podrán aparecer como auténticos derechos subjetivos de los habitantes, exigibles concretamente desde la misma sanción de la norma constitucional y sin necesidad de norma legislativa alguna que los reglamente, o podrán en cambio resultar derechos programáticos, propuestas u objetivos de buen gobierno que carecen de efectividad real mientras los órganos legislativos o administrativos del Estado no decidan efectivizarlos. A lo sumo, pueden en el segundo caso llegar a tomarse como principios generales orientadores del ordenamiento jurídico.<sup>131</sup>

Entre los primeros figuran generalmente las disposiciones que reconocen o garantizan los distintos derechos humanos, que son derechos operativos por excelencia; entre las segundas, normas que establezcan, p. ej., el derecho del obrero “a la participación en la dirección de las empresas,” que no son exigibles sin ley que las regule. Existen por fin casos en que la garantía se torna operativa si existe una irrazonable demora del legislador en reglamentarla (el viejo caso del derecho de réplica<sup>132</sup> en el Pacto de San José de Costa Rica y los demás derechos de la Constitución de 1994.)

<sup>129</sup>TREVES, *op. cit.*, p. 7. En igual sentido LÓPES MEIRELLES, HELY, *Direito Administrativo Brasileiro*, San Pablo, 1966, p. 490.

<sup>130</sup>Lo explicamos en *Derechos humanos, op. cit.*, 6ª ed., cap. VIII.

<sup>131</sup>Se sostiene que su interpretación, por lo demás, ha de ser realizada con la máxima amplitud posible: BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social,” *RDP*, 57/58: 233; San Pablo, 1980. La experiencia argentina, por su parte, ha tenido siempre un tono meramente declamatorio que no se ve reflejado en la realidad de los índices de pobreza y exclusión social.

<sup>132</sup>EKMEKDJIAN, CSJN, *Fallos*, 315-2: 1492 (1992); *ED*, 148: 354.

Por lo general, los derechos sociales requieren para su operatividad la implantación de todo un sistema normativo y un aparato administrativo dotado en la ley de presupuesto con recursos al efecto, por lo que no suele ser suficiente, a los efectos jurídicos concretos de la práctica judicial, la mera inserción en la Constitución de una “garantía social.” Señala por ello BURDEAU que en tales situaciones “los textos que los enuncian están menos dirigidos a condensar en una fórmula solemne las realidades del derecho positivo, que a trazar para el futuro un programa al legislador.”<sup>133</sup> Algunos países en el último siglo modificaron la Constitución para incorporarlos. Es una tendencia superada, pues pueden ser introducidos por la legislación sin necesidad de una reforma constitucional; a su vez, sin esa legislación e instrumentación no existirán a pesar de que en la Constitución se los incluya como normas programáticas.

Con todo, no tratamos aquí el criterio para interpretar una norma constitucional o supraconstitucional a efecto de determinar si los derechos sociales que crea son normas imperativas o programáticas, sino cuál es la relación concreta entre los llamados “derechos sociales” y los tradicionales derechos individuales también dotados de imperatividad actual.

### 23.1. *Acerca de la posible contradicción entre ambas*

BURGOA, refiriéndose a la Constitución mexicana, plantea expresamente la cuestión: “se ha afirmado que nuestra Ley Fundamental es incongruente consigo misma, puesto que, por una parte, consagra garantías individuales y, por la otra, establece garantías sociales, conceptos ambos que a veces se oponen.”<sup>134</sup> “Ante tal aparente oposición entre las garantías individuales y las sociales, al menos en materia de trabajo, nos formulamos la siguiente cuestión: ¿Son en realidad incompatibles las garantías individuales y las sociales? ¿Existe efectivamente oposición entre ambas?”<sup>135</sup>

Este autor resuelve la cuestión señalando que “las garantías individuales persiguen como objetivo proteger al individuo como *gobernado* frente a las arbitrariedades e ilegalidades del poder público, frente a los desmanes de las autoridades depositarias del ejercicio de la actividad estatal,” mientras que las garantías sociales tenderían a proteger sólo a las clases económicamente más desfavorecidas de la sociedad y no tanto frente a las autoridades públicas sino frente a las clases más poderosas.<sup>136</sup> En sentido similar BURDEAU consideraba que los derechos sociales son de una clase y específicamente de la clase obrera.<sup>137</sup> No creemos, sin embargo, que el problema pueda resolverse de ese modo: a) porque

<sup>133</sup> BURDEAU, GEORGES, *Les libertés publiques*, París, 1961, p. 312; Kelsen, HANS, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, pp. 261-2.

<sup>134</sup> BURGOA, IGNACIO, *Las garantías individuales*, México, 1961, p. 184.

<sup>135</sup> BURGOA, *op. cit.*, p. 185.

<sup>136</sup> *Op. cit.*, pp. 186-7.

<sup>137</sup> *Op. cit.*, p. 310.

las garantías individuales clásicas no sólo son oponibles al Estado sino también a los demás habitantes (libertad, etc.), aunque la finalidad básica sea la primera; b) porque las garantías sociales, por su parte, tampoco son sólo oponibles a otros individuos económicamente más poderosos, sino también al mismo Estado (jubilación, seguro social, asistencia médica); c) por último, todos los individuos y no solamente las clases obreras son titulares de derechos sociales; prueba de ello es que existan sistemas jubilatorios no sólo para los obreros sino también para los profesionales e incluso para los propios empleadores y empresarios en general; lo mismo puede decirse del derecho a la asistencia médica, tanto en un sistema de medicina privada con hospitales públicos, como en un sistema de medicina socializada al estilo inglés; del seguro de desempleo, etc.

### 23.2. *Complementariedad*

En realidad, ambos tipos de garantías —si es que una tal división puede efectuarse— se reafirman mutuamente, del mismo modo que las libertades públicas también se complementan. ¿Podríamos decir que la libertad de enseñar y aprender sería efectiva sin una libertad de expresión del pensamiento? ¿O que la libertad personal sería plena sin la de entrar y salir del país? Evidentemente, no: cualquier garantía de libertad será siempre más plena y efectiva en la medida en que existan también las llamadas garantías sociales; por ello, la existencia de éstas, lejos de significar una contradicción con aquéllas, implica en cambio su revitalización más plena; como diría BURDEAU, los derechos sociales “revalorizan la libertad.”<sup>138</sup> Desde luego, siempre existirá el problema de la medida de cada uno de los derechos: Si exacerbamos los derechos individuales en detrimento extremo de los sociales, estaremos desvirtuando el Estado de Bienestar; si exacerbamos los derechos sociales en perjuicio excesivo e irrazonable o arbitrario de los derechos individuales estaremos violando el régimen del Estado de Derecho. Se trata de una cuestión de equilibrio, a resolverse en forma justa y razonable en cada caso.<sup>139</sup> El gran dilema aparece, en la actualidad, por la debilidad de los Estados, como explicamos en el cap. IV y por la impericia o corrupción y clientelismo con que veces el Estado se encarga de enfrentar los problemas sociales. La comparación de las intervenciones estatales en la economía en nuestro país y en los EE.UU., en 2009, ofrece una clara demostración en el sentido que no basta con buenos principios, hace falta además pericia y honradez para hacerlos realidad. Cabe agregar que hace algunos años se instaura en nuestro país un masivo sistema de subvenciones que todo indica contribuye no a la distribución de la riqueza sino a su concentración en el grupo de amigos del poder o de empresarios serviciales al poder de turno. Esa es nuestra oligarquía, al igual que la rusa.

<sup>138</sup> *Op. cit.*, p. 311.

<sup>139</sup> Tarea nada sencilla, por supuesto, como lo explicamos en “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality.”

## 24. *La libertad en el Estado de Bienestar*

Como afirma ROBSON: “La libertad debe desempeñar un papel vital en el Estado de Bienestar y un interrogante crítico de nuestro tiempo es hasta dónde la libertad es compatible con un grado sustancial de igualdad. La respuesta, como HOBHOUSE claramente lo vio, depende de qué entendemos por libertad. La idea tradicional de libertad ha sido la ausencia de restricciones por el Estado. Postula que los hombres deben ser libres para seguir la ocupación que ellos elijan, disponer de su capital o de su trabajo como les plazca. Deben tener libertad de expresión y de reunión, libertad para no ser detenidos y encarcelados arbitrariamente, libertad para asociarse con otros en organizaciones de grupos por propósitos sociales, políticos o económicos. Estos tipos de libertad han sido protegidos por la ley, por la administración de justicia independiente y por la democracia política. Realmente, una de las grandes diferencias entre el Estado de Bienestar y el régimen totalitario reside en la presencia de tales salvaguardias de la libertad individual. Ningún país que tenga policía secreta, en el cual los ciudadanos están expuestos a arrestos arbitrarios, donde las ideas peligrosas pueden llevar a juicio criminal, donde es un crimen propugnar un cambio de gobierno puede ser un Estado de Bienestar.”

“No obstante, las antiguas formas de libertad no son suficientes para asegurar el bienestar y ellas necesitan ser suplementadas por una nueva interpretación de la libertad. La libertad debe ser positiva y no solamente negativa. Debe existir no solamente libertad contra el Estado sino también libertad alcanzada a través del Estado en la forma de oportunidades para el completo desarrollo ofrecido a cada individuo.”

En el caso argentino, las medidas legislativas para atender los derechos sociales terminan creando un sistema irreal. Cabe destacar la extensa inversión y gasto público del Estado de Bienestar: programas sociales y de empleo, de desarrollo social,<sup>140</sup> programas alimentarios, de empleo transitorio,<sup>141</sup> legislación protectora de los niños,<sup>142</sup> enfermos de SIDA,<sup>143</sup> discapacitados,<sup>144</sup> servicios sociales para la

<sup>140</sup> “Compromiso federal por el crecimiento y la disciplina fiscal,” art. 16, leyes 25.400 y 25.570.

<sup>141</sup> Igual norma. También, programas específicos de prestaciones por desempleo, p. ej. en la industria de la construcción, leyes 25.371, 22.250, 24.013.

<sup>142</sup> CSJN, *Campodónico de Beviacqua*, Fallos, 313-3: 3229, cons. 17 y ss.; LL, 2001-B, 323; DJ, 2001-2: 94.

<sup>143</sup> CSJN, *Asociación Benghalensis*, LL, 2001-B, 126, con nota de TORICELLI, MAXIMILIANO “Los alcances del art. 43, párr. 2º. La consolidación de la buena doctrina.” Una completa relación de precedentes judiciales en CONTARINI, FAIRSTEIN, KWEITEL, MORALES, ROSSI, “Argentina,” *op. cit.*, pp. 70-79. Ley 24.455 crea el Programa Médico Obligatorio para las personas adictas.

<sup>144</sup> Ley 24.901 de atención integral a favor de personas con discapacidad. A su vez la Ciudad de Buenos Aires tiene obligación legal de emplear hasta un 5% de personas con discapacidad, pero se cuestiona judicialmente el grado de cumplimiento de la ley. Una acción de amparo colectivo iniciada por la Comisión Pro Bono del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires fue resuelta favorablemente a los actores por la Sala II de la CCAyT de la Ciudad: Ver CASTRO, ÁNGELES, “Obligan a contratar discapacitados. La Justicia ordenó al gobierno porteño que tome medidas para cumplir con el cupo legal del 5%,” *La Nación*, 4-III-09, p. 12.

tercera generación (PAMI), servicios de prevención y cura de enfermedades tales como la drogadicción<sup>145</sup> y otras dolencias;<sup>146</sup> plagas,<sup>147</sup> epidemias,<sup>148</sup> pandemias; fomento de las actividades recreativas; asistencia jurídica a las personas carentes de recursos;<sup>149</sup> tutela del usuario y del consumidor,<sup>150</sup> etc. Un caso especial es el de las jubilaciones y pensiones, que suelen ser la primera variable de ajuste en épocas de necesidad financiera, en todos los gobiernos argentinos de cualquier signo político y económico, cualquiera sea su discurso social.<sup>151</sup>

<sup>145</sup>La cobertura médica obligatoria de la drogadicción y el SIDA fue establecida por la ley 24.455 para las obras sociales y por la ley 24.754 para las empresas de medicina prepaga. La CSJN *in re Hospital Británico*, LL, 2001-C, 385, resolvió que la actora no demostró que la ley 24.754 la colocaría fuera del mercado. Comp. WETZLER MALBRÁN, A. RICARDO, “Análisis crítico de dos importantes pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la cobertura de las empresas de medicina prepaga,” ED, 1992: 198. La CCAyT de la CABA, SALA II, en fallo del 17-II-2009, expte. 23262, *Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativa y Tributario c. GCABA s. Amparo*, estableció la obligación estadual de establecer un programa y el control judicial de cómo el mismo se instrumenta, en el caso, brindar asistencia médica a víctimas del paco. Son cada vez más los fallos que implementan un sistema de seguimiento y control del cumplimiento de sus decisiones. Es la doctrina *Canal* del C.E francés.

<sup>146</sup>Hay también leyes o programas que quedan vacíos, sin financiamiento, como las leyes 25.415 (prevención y atención de la hipoacusia) y 25.421 (asistencia primaria de salud mental), cuyo art. 6º, en ambos casos referidos al financiamiento, fue vetado por el P.E.

<sup>147</sup>Las campañas contra el dengue.

<sup>148</sup>La producción de vacunas contra la fiebre hemorrágica: CNFed. CA, Sala IV, *Viceconte*, LL, 1998-F, 102. Otras medidas positivas para la salud en CONTARINI, FAIRSTEIN y otros, *op. cit.*, 80-86.

<sup>149</sup>LODEIRO MARTINEZ, FERNANDO M., “Las nuevas tendencias en la defensa oficial,” en PETRELLA, ALEJANDRA (coord.), *El fuero contencioso administrativo y tributario de la ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, LexisNexis Jurisprudencia Argentina, 2002, pp. 50-6, JA, 2002-III, supl.del fasc. n. 7.

<sup>150</sup>Ver p. ej., DIRECCIÓN GENERAL DE DEFENSA Y PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, GCBA, expte. 37.466/2004, “GCBA s/ Actuación de Oficio Citibank N.A.,” y CCAy T, CABA, SALA I, sentencias del 29-VIII-08 y 14-XI-08, respecto de servicios bancarios, de cuenta corriente, tarjetas de crédito, valores en custodia, cajas de seguridad, etc., comunicada por la entidad a sus clientes en marzo de 2009.

<sup>151</sup>Ampliar el folleto editado por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA, *Movilidad jubilatoria*, con prólogo de SUSANA CAYUSO, Buenos Aires, febrero de 2009, donde se pasa revista a los principales pronunciamientos de la Corte en la materia. Uno de los retrocesos fue *Chocobar*, CSJN, 1996, LL, 1997-B, 247. Ver GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “El final de la doctrina Chocobar. La reducción de jubilaciones por emergencia previsional frente a la corte interamericana,” LL, *SJDA*, junio de 2003. Una completa reseña de la jurisprudencia sobre los llamados derechos económicos, sociales y culturales en CONTARINI, FAIRSTEIN y otros, “Argentina,” *op. cit.*, pp. 66-106. En el caso de las pensiones y jubilaciones, los montos son tan mínimos que no parecieran estar a tono con el alto nivel declamatorio de que se hace gala al respecto. La confiscación de los ahorros privados encaminados a darle solución a través de las AFJP, administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, fue no sólo una negación total de los derechos individuales incompatible con el Estado de Derecho, sino también una pésima señal hacia el mercado. La bolsa cayó un 20% con el sólo anuncio de la medida, luego aprobada por ley que contó incluso con el voto de buena parte de la oposición. El daño está hecho, el dinero se está gastando, la sanción internacional al recalificarnos ya formalmente como “economía de frontera” ya se ha producido en el año 2009; sólo queda el resabio de una desfalleciente responsabilidad del Estado en el muy largo plazo, como lo explicamos en “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

Así como en otras partes hemos señalado que la eventual insuficiencia práctica en los diversos mecanismos del Estado de Bienestar debe suplirse al menos con mecanismos de participación, que den a las personas la satisfacción de ser artífices de su propio destino,<sup>152</sup> así también cabe destacar pronunciamientos judiciales de ambas Salas de la CCAy T de la CABA,<sup>153</sup> de otros tribunales locales y por cierto de la CSJN, que corrigen otras injusticias del régimen jurídico tradicional, dando más cabida en el proceso judicial a los excluidos.

Si nos apartamos de las falencias de implementación, es con todo posible coincidir al menos teórica y conceptualmente<sup>154</sup> que: “No se puede afirmar que esta vasta estructura de actividad colectiva administrada por las autoridades públicas o por cuerpos de voluntarios ayudados por dineros públicos, ha sido hostil a la libertad. Por el contrario, ha incrementado la libertad de millones de individuos extendiendo el campo de actividades abierto a ellos, enriqueciendo la sustancia de sus vidas permitiéndoles una oportunidad más amplia para la autoexpresión y participación. HOBHOUSE señaló «que existen otros enemigos para la libertad además del Estado y que es, en efecto, por medio del Estado que los combatimos».» Añadió, no obstante, “que no podíamos presumir que cada ampliación de los actos del Estado fuera favorable a la libertad. Si el Estado interviene en el control de la vida personal y familiar, si decide lo que se debe vender y comprar, restringe la entrada y salida del país, persigue a los hombres por sus opiniones, establece un sistema de espionaje sobre la vida privada de sus ciudadanos y requiere constantes registramientos con propósitos múltiples, tales acciones son claramente opuestas a la libertad.”<sup>155</sup>

Por ello, entendemos que la ampliación de la esfera de actividad del Estado es sólo admisible en tanto no implique una invasión de las libertades públicas (expresión del pensamiento, domicilio, correspondencia, reunión, salir del país, etc.) o una irrazonable restricción de los demás derechos individuales; más allá no sólo salimos de la esfera del Estado de Derecho sino también de la del Estado de Bienestar.

<sup>152</sup> Ver *supra*, cap. II, § 4.2.2.1, “El consenso y la adhesión,” pp. II-20/1, notas y sus referencias.

<sup>153</sup> La CCAyT de la CABA, Sala I, en fallo del 19-XII-2008, en autos *Paz Fernando Enrique c. GCBA s. Acción meramente declarativa (art. 277 CCAyT)*, que comenta ORLANDO PULVIRENTI, “¿Juicio ordinario posterior o concomitante?” *LL, Supl. Adm.*, en prensa, señalando un interesante planteo sobre la articulación simultánea y antes de que se ejecute una sentencia de un juicio ejecutivo, de una acción meramente declarativa que cuestiona la causa de la obligación. Como se destaca en dicho trabajo, el principio que siempre se ha seguido es la necesidad de pagar y luego reclamar, pero ante la notoria injusticia del mecanismo procesal existente y priorizando el derecho de acceso a la Justicia, la Cámara ha abierto la posibilidad de una discusión casi en paralelo entre la ejecución y el juicio ordinario de revisión. A nivel de la CSJN, es público y notorio su denodado esfuerzo por tutelar las jubilaciones y pensiones, como lo demuestra su folleto oficial *Movilidad jubilatoria*, Buenos Aires, 2009, con prólogo de SUSANA CAYUSO.

<sup>154</sup> Lamentablemente, nos vemos obligados a emplear el término con la carga negativa que explicamos en nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, siguiendo la vieja polémica SAVIGNY-VON IHERING.

<sup>155</sup> ROBSON, WILLIAM A., *The Welfare State*, Londres, 1957.

Lo mismo ocurre cuando el esquema del Estado de Bienestar se utiliza no para beneficiar a las clases menos favorecidas de la sociedad, sino para enriquecer discrecionalmente a los grupos amigos del gobierno,<sup>156</sup> cuyo crecimiento patrimonial evoca la época del nacimiento de la moderna oligarquía rusa. Allí también falta tanto el Estado de Bienestar como el Estado de Derecho.

### 25. Crisis y cambio

Ya en anteriores ediciones señalamos que en la última parte del siglo XX y comienzos del XXI la concepción del Estado de Bienestar o Estado Social de Derecho comienza a entrar en crisis, derivada no tanto de un cambio del orden de aspiraciones sociales<sup>157</sup> sino de una reevaluación de las posibilidades reales del Estado para satisfacerlas y los nuevos desafíos del mundo contemporáneo.<sup>158</sup>

Es el fantasma de lo que se ha dado en llamar la globalización de la economía,<sup>159</sup> el neoliberalismo, etc., que lleva a la necesidad de procurar “alcanzar el equilibrio fiscal.”<sup>160</sup> Concretamente, el Estado de Bienestar condujo en nuestro país a la creación de una enorme burocracia tan ineficiente y sin control de racionalidad, como para absorber la casi totalidad de los recursos afectados a sus fines sin una concomitante realidad que justificara el gasto. El país ha comenzado a atender esa disfuncionalidad y las distintas jurisdicciones se han comprometido “a confeccionar un padrón único de beneficiarios de todos los programas sociales [...] garantizando la transparencia y el acceso a la información [respetando] criterios objetivos para asignar los recursos a distribuir, tales como distribución de la población desocupada, población con necesidades básicas insatisfechas y otros indicadores de pobreza.”<sup>161</sup>

Por iguales motivos y ante la “vulnerabilidad externa,”<sup>162</sup> se acuerda el “libre acceso” a las “plataformas informáticas”<sup>163</sup> para “cualquier institución o persona

<sup>156</sup> Así al menos es la denuncia de los dirigentes agropecuarios que relata JAVIER ROMERO, “Quieren las retenciones para beneficiar amigos,” *Crítica de la Argentina*, 21-II-09, pp. 6-7.

<sup>157</sup> Aunque, desde luego, la doctrina dista de ser pacífica en la materia. Ha llevado al interrogante de si no es mejor un liso y llano seguro de desempleo, o pensión automática a la vejez, o a la pobreza, en que el destinatario de la ayuda social reciba la tarjeta de crédito con la cual realizar las erogaciones, no el dinero que le será cercenado por los eternos punteros políticos, y tampoco los servicios que el Estado no puede prestar de manera razonablemente eficaz: La decisión individual en el gasto social a través de una tarjeta de crédito, con todos sus potenciales peligros, parece preferible al resultado material que ofrece la burocracia social.

<sup>158</sup> O, como mínimo, a la falta de relación entre el monto del gasto social en el presupuesto público y la racionalidad de su utilización concreta y la efectividad de sus resultados.

<sup>159</sup> Una interesante alternativa en CAPLAN, ARIEL, “La firma de tratados bilaterales de protección a los trabajadores, usuarios, consumidores y medio ambiente como instrumento para compensar la globalización asimétrica,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2005-1, 19-51.

<sup>160</sup> Art. 8 del “compromiso” aprobado por la ley 25.400, modificada por la 25.570.

<sup>161</sup> Art. 16 del “Compromiso federal por el crecimiento y la disciplina fiscal,” ley 25.400 modificada por ley 25.570.

<sup>162</sup> Preámbulo del Compromiso citado.

<sup>163</sup> Ver GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “La publicidad de las normas a través de Internet como estándar mínimo para que sean aplicables,” *Res Publica Argentina, RPA* 2008-3, 55-79

interesada en conocerla,” de las órdenes de compra y pago, pagos realizados, personal, saldo y costo de la deuda pública, listado de beneficiarios de jubilaciones, pensiones y retiros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, inventario de inmuebles e inversiones financieras, etc.<sup>164</sup> Dada la virtual permanencia de las limitaciones en el futuro inmediato, hemos creído del caso dedicarles un cap. especial, que sigue a continuación. Es posible y deseable que con el transcurso del tiempo quepa nuevamente modificarlo.

Al mismo tiempo, cabe observar que el vasto mecanismo de subsidios y ayudas a las clases menos favorecidas de la sociedad,<sup>165</sup> hace actualmente agua por dos extremos. Por un lado, no se cumple eficazmente, como ya lo hemos visto. Por el otro, se lo pretende extender virtualmente a todos los sectores de la economía, con lo que no se logra un estímulo sino al contrario su desestímulo. El círculo virtuoso se transforma en círculo vicioso.<sup>166</sup>

Si el Estado pretende aplicar las técnicas asistencialistas del Estado de Bienestar para manejar la economía, difícilmente pueda resultar exitoso el resultado final, no ya sólo en lo económico sino también en lo social, al detraer recursos públicos de la asistencia a tales sectores. Los datos locales de la economía y la sociedad lo están mostrando con claridad desde el 2008 y más agudamente en el 2009.

<sup>164</sup> Art. 13 del compromiso citado, ley 25.400, modificada por la 25.570. Son, por supuesto, normas internas que no tienen necesaria referencia empírica, como es fácil comprobarlo con sólo leer diarios independientes los días domingo.

<sup>165</sup> Uso deliberadamente las palabras del IV Plan francés de la primera mitad del siglo XX.

<sup>166</sup> En palabras de LABORDA, FERNANDO, “Por qué Kirchner no puede dividir para reinar,” *La Nación*, 6-III-09, p. 7, se ha tratado de “exprimir al máximo a un sector para después obligarlo a depender de subsidios estatales, con frecuencia manejados discrecionalmente desde la jefatura política del oficialismo,” no advirtiendo que “el productor no desea dádivas; no quiere depender de subsidios, sino de su propio esfuerzo,” “rechaza la concepción intervencionista, dirigista y paternalista que pretende imponer” el gobierno.

*Capítulo IV*  
CONDICIONANTES ECONÓMICOS Y FINANCIEROS  
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.  
CRISIS Y CAMBIO

I. Los hechos, a comienzos del siglo XXI

*1. El cambio y su devenir*

1.1. *Limitaciones del análisis*

En el cap. precedente expusimos los valores fundantes y señalamos al pasar algunos de los apartamientos existentes; en éste toca exponer una realidad que en el siglo XXI resulta condicionante de la vigencia de aquellos principios, básicamente en la frecuente pretensión gubernamental de no regirse por las reglas de la economía, cuando ellas son al menos claras; incluso de la lógica.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ampliar en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002; AHE, DAFNE (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002; ALANIS, SEBASTIÁN (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003 y SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2003. Ver nuestros trabajos “La seguridad jurídica y la emergencia,” en AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, coord., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 369-74. “Justicia federal y emergencia económica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Control de la administración pública*, Buenos Aires, RAP, 2003, pp. 117-22. “Racionalidad, política, economía, derecho,” en *LL*, 28 de diciembre de 2005, p. 1. “Si las palabras fueran energía eólica...”, *LL*, 2004-C, 1557; reproducido en JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (coord.), *Derecho Administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 107-112; también en D’ARGENIO, INÉS (dir.), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia. Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini*, La Plata, Platense, 2007, pp. 35-40; “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Buenos Aires, Rap, 2009; “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Rap, 2009; “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009; “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS, *Values in Global Administrative Law*. La doctrina económica nacional e internacional es desde luego base de indispensable consulta.

Su contenido desborda hacia otras ramas del conocimiento.<sup>2</sup> También ha de resultar claro que la descripción es eminentemente temporaria y perecedera, para invitar a reflexionar sobre los hechos que se seguirán sucediendo, sea falsando<sup>3</sup> lo aquí expuesto, sea corroborándolo provisionalmente en algún sentido, según la explicación que damos en la primera parte del cap. I. Nosotros mismos, con el correr del tiempo, seguramente daremos versiones diferentes.

El sentido del presente cap. es así apuntar posibles problemas para su profundización en los textos específicos. Se ha producido y se sigue produciendo un cambio tanto en el mundo como en nuestro país. La globalización de la economía, de las comunicaciones, etc., es una realidad creciente de la cual, para bien o para mal, no podemos dejar de recibir efectos. Con todo, el país ha cometido, en la primera década del siglo XXI, muchos actos de irracionalidad económica que no tienen su origen en causas externas,<sup>4</sup> pero a los que la generalizada convulsión mundial de la economía en el año 2009 sirve de pseudo argumento fundante de sus propias decisiones. Inclusive se da en este año la paradoja de que en el principal país del mundo alguno de sus líderes haya dicho que están “como la Argentina,”<sup>5</sup> o que acá nuestros líderes digan que los otros países desarrollados se inspiran en los principios de nuestra economía de frontera.

<sup>2</sup> La principal limitación es la que impone la economía al derecho en todas sus ramas: POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1986, 3ª ed.; *The Economics of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1983; *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995; BUCHANAN, JAMES M., *Economics. Between Predictive Science and Moral Philosophy*, Texas A&M University Press, College Station, 1987; BUCHANAN y TOLLISON, ROBERT D., (comp.) *The Theory of Public Choice- II*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1984; BUCHANAN y TULLOCK, GORDON, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1990; *El cálculo del consenso. Fundamentos lógicos de la democracia constitucional*, Planeta-Agostini, 1993. Pero los gobernantes muchas veces creen que pueden contradecir las normas de la economía, p. ej. en razones de emergencia o por simple voluntarismo.

<sup>3</sup> En el sentido popperiano: demostrándolo falso. Ver *supra*, cap. I.

<sup>4</sup> Las propias emergencias son invocadas por sucesivos gobiernos sin formación ni asesoramiento económico adecuados y con sus medidas provocan más emergencia aún, en una espiral descendiente y acelerada. Ver MAIRAL, “El impacto de la crisis económica en el derecho,” *Doctrina Pública*, XXVI-2, pp. 239-245; “cuanto más desordenado es un gobierno, más emergencias crea y, por ende, más poderes tiene;” PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional,” *LL*, 2006-A, 872; DIANA, NICOLÁS, y BONINA, NICOLÁS, “Los superpoderes al Jefe de Gabinete,” *LL, Suplemento Actualidad*, 27 de julio de 2006, p. 1. Ver nuestros citados arts. “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality.”

<sup>5</sup> Acá se nos escapa el carácter sarcástico de esta afirmación y algunos la toman como si fuera un reflejo de la realidad de ellos. No conocen seguramente los chistes que allá se hacen sobre nuestras diversas experiencias bizarras, como tener cinco presidentes en una semana, ni nuestro conocido autoritarismo. Recuerdo una obra de teatro en Broadway en que a un personaje que se comporta autoritariamente le replican: “¿Que te creés, que estás en la Argentina?” (Y no se trataba de que estuviéramos con gobiernos militares, pues no era el caso en ese momento.) El *tempus irreparabili fugit* de VIRGILIO se nos aplica plenamente: pasa el tiempo, se multiplican las diferencias socioeconómicas, aumenta la pobreza y la exclusión social, y con todo el esquema axiológico de gobierno se mantiene, la sinrazón se mantiene, todo.

## 1.2. *El status quo*<sup>6</sup>

La concepción del Estado y de la administración pública y, consecuentemente, del derecho administrativo, tiene una particular estructura a partir de la crisis del liberalismo: desde fines del siglo XIX hasta la década del ochenta en el siglo XX se fueron constituyendo los principios del derecho público que recibimos como una expresión mayoritaria y en algún modo pacífica de la concepción política, social y jurídica del Estado. El liberalismo decimonónico pasó a ser sustituido, a nivel conceptual y a veces también empírico, por el Estado social de Derecho o Estado de Bienestar.

Las nacionalizaciones de la primera mitad del siglo en Europa fueron en la Argentina las nacionalizaciones de las postrimerías de ese primer medio siglo XX, a su vez reiniciadas, aunque tímidamente, a comienzos del siglo XXI. La asunción directa por el Estado de la prestación de los grandes servicios públicos y la realización de algunas actividades económicas y sociales, pasó a ser también un principio oficial de la política gubernamental, a punto tal que fue recogido en la constitución de 1949. La derogación de la constitución de 1949 no fue sin embargo seguida de una paralela derogación de la legislación correspondiente, ni las nacionalizaciones se revirtieron. Al contrario, la tendencia al crecimiento del sector público de la economía continuó vigente. El intervencionismo del Estado en la economía y en la actividad privada, a través de la regulación desde

<sup>6</sup>La bibliografía del desarrollo previa al presente es muy importante. Cabe mencionar, entre otros, GIANNINI, MASSIMO SEVERO, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1977; GUARINO, GIUSEPPE, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milán, Giuffrè, 1962; *Scritti di diritto pubblico dell'economia. Seconda serie*, Milán, Giuffrè, 1970; QUADRI, GIOVANNI, *Diritto pubblico dell'economia*, Padua, CEDAM, 1980; BENTIVENGA, CALOGERO, *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milán, 1977; MARTÍN MATEO, RAMÓN y SOSA WAGNER, FRANCISCO, *Derecho administrativo económico*, Madrid, Pirámide, 1974; HUBER, ERNST RUDOLF, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2 vols., Mohr, Tübingen, 1953; COING, HELMUT y otros, *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm*, Müller, Karlsruhe, 1965; LAUFENBURGER, HENRY, *Intervención del Estado en la vida económica*, México, FCE, 1945; VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS, *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964; KOONTZ, HAROLD y GABLE, RICHARD W., *La intervención pública en la empresa*, Barcelona, Bosch, 1961; VENANCIO FILHO, ALBERTO, *A intervenção do Estado no domínio econômico*, Río de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, 1968; SOSA, WASHINGTON PELUSO ALBINO, *Direito econômico*, San Pablo, Saraiva, 1980; KATZAROV, KONSTANTIN, *Teoría de la nacionalización*, México, UNAM, 1963; MARTÍN MATEO, *Ordenación del sector público en España*, Madrid, Civitas, 1974; GHAI, YASH P. y otros (compiladores), Nueva Delhi, Oxford University Press, 1987; GHAI, *Law in the Political Economy of Public Enterprise*, Uppsala, Scandinavian Institute of African Studies e International Legal Centre, 1977; WHITE, EDUARDO, *El derecho económico en América Latina*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977; DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Derecho administrativo económico*, 2 vols., Buenos Aires, Astrea, 1979; WITKER, JORGE V., *Derecho económico*, México, Harla, 1985. Entre los más recientes, GARRIDO FALLA, FERNANDO (director), *El modelo económico en la Constitución española*, 2 vols., Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981; MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN (director), *Derecho administrativo económico*, 2 vols., Madrid, La Ley, 1991; BERMEJO VERA, JOSÉ (director), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, Civitas, 1994; GRAU, EROS ROBERTO, *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1991, 2ª ed.; *Elementos de direito econômico*, Revista dos Tribunais, San Pablo, 1981 y las referencias de todos ellos. Toda esta frondosa literatura, si bien corresponde a una época histórica pretérita, mantiene sin embargo inesperada vigencia en el presente.

afuera o externa a la actividad económica, era uno de los principios aceptados pacíficamente. Desde la década del 30 se fueron dictando, por razones de emergencia, leyes reguladoras de la actividad económica, con una fuerte restricción de los derechos privados tal como se los había entendido hasta ese momento: leyes de moratoria hipotecaria, prórroga de alquileres; leyes reguladoras de la carne, el vino, los granos, etc.

El doble sistema de regulación, desde afuera de la actividad económica e intervención estatal desde adentro como agente de producción, pasó a ser no solamente un dato normal de la administración estatal, sino uno elevado a nivel de principio rector. Es la época en que se recoge en nuestro país la concepción de la administración del desarrollo, tanto económico como social, y de las agencias o corporaciones de desarrollo.

Quizás como exponente máximo de una época determinada podría mencionarse el intento, en distintos gobiernos, de crear sistemas de planificación del desarrollo económico y social. Es obvio, en retrospectiva, que se trató de intentos carentes de suficiente convicción en el propio aparato del Estado. Este esbozo conceptual y fracaso empírico de avanzar más allá del intervencionismo estatal para llegar a la etapa “superior” de la planificación, fue el punto de inflexión de un sistema en el cual, fracasada la aspiración máxima, quedaría marcado el comienzo del retroceso de gran parte del camino recorrido desde fines del siglo pasado. Puede anotarse como dato curioso que al entronizarse a partir de las leyes 23.696 y 23.697 el principio de la libertad de mercado, desmonopolización, desregulación, etc., se hayan dictado diversos “decreto plan” y elaborado un nuevo “plan quinquenal” en 1995 lo que no pasa, en la especie, de ser un desfasaje semántico.<sup>7</sup> En cualquier caso, es importante señalar que la crisis se manifiesta, con diversas características y distinta historia, en todo el mundo. También la prospectiva varía según el estado de desarrollo de cada país.

### 1.3. *Génesis y desarrollo de la crisis*

La crisis del sistema se fue manifestando de múltiples maneras, aunque es posible que no a todas se les asignara en su momento la importancia que tenían, ni menos aun las consecuencias que ahora resultan más claras. En nuestro país, la crisis parece ser una constante del sistema, por las razones que más abajo expondremos.

Por de pronto, es obvio que aquel intervencionismo regulador del Estado en la economía, concebido como control de desequilibrios sociales y económicos, en la práctica distaba de ser siempre no ya eficaz sino incluso sensato. Se tomaba como ejemplo el sistema regulatorio de países avanzados, olvidando que no se trata meramente de intervenir en la economía, sino de hacerlo a través de

<sup>7</sup> Que encontramos también en Francia con sus “planes de privatización,” “ley-marco,” etc: LOYRETTE, JEAN, *Dénationaliser. Comment réussir la privatisation*, París, Dunod, 1986, pp. 56 y 76-9.

instrumentos que cuenten con capacidad y conocimiento, eficacia y honradeza, elementos todos ellos no tan frecuentes entre nosotros, como la realidad con insistente frecuencia lo demuestra.<sup>8</sup> La inexistencia de consenso social acerca de la bondad del funcionamiento del sistema regulatorio, lleva inexorablemente a su falta de cumplimiento y a la generación de reglas espontáneas de comportamiento social, no solamente de los particulares sino también de la propia administración pública. Se produce aquí algo parecido al fenómeno que en algunas sociedades tribales se denomina “derecho no estatal” (*non state law*) y que en las sociedades subdesarrolladas hemos denominado parasistema jurídico y administrativo:<sup>9</sup> es una particular simbiosis de algunas normas administrativas o legales que se cumplen y otras normas de comportamiento humano que son igualmente cumplidas pero que no están receptadas por la norma escrita o incluso la transgreden frontalmente. Determinar cuál es la conducta esperada por el Estado no es ya cuestión de análisis de la norma jurídica, sino una mixtura de análisis sociológico y normativo. Del mismo modo, se observa que la propia estructura administrativa formal no responde a aquella que efectivamente funciona. Tanto en este aspecto como en el anterior encontramos datos puntuales análogos también en las sociedades desarrolladas, pero es el *quantum* de la distancia entre la norma y la realidad lo que diferencia a las sociedades más desarrolladas de las menos

<sup>8</sup> En la actualidad dicha situación se repite con múltiples ejemplos: Desde la pesificación asimétrica del 2002, pasando por el canje y quita compulsivos de la deuda en 2005, que luego se defaultea nuevamente en 2007 con el falseamiento ostentoso de los índices de actualización; la prohibición de exportaciones a través de normas o impedimentos administrativos; el mantenimiento de retenciones ilegales e inconstitucionales; la confiscación de las jubilaciones privadas a cargo de las AFJP en 2008, todo es un tributo a la falta de racionalidad económica, que se paga con nuevas huídas de capitales, aumento de la pobreza, aislamiento internacional, etc. La justicia no da abasto para frenar este nuevo avance estatista, máxime que al mismo tiempo se produce un múltiple deterioro institucional. Nos remitimos p. ej. a MAIRAL, HÉCTOR, “La degradación del derecho público argentino,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, IV, Buenos Aires, FDA, 2005, pp. 17-32; “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 4-18; “Los contratos administrativos, en el marco de la emergencia pública argentina,” en ALANÍS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, III, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 129-135; “El silencio de los tribunales argentinos,” *RPA, Res Publica Argentina*, Buenos Aires, 2007-3: 7/23; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional,” *LL*, 2006-A, 872; “La postergación institucional,” *LL, Suplemento Administrativo*, Octubre del 2006, pp. 1-15, *LL*, 2006; nuestros propios trabajos “La mutación del contrato administrativo,” en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Rap, 2007, pp. 835-8; “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *LL*, 2005-A, pp. 905-921; “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64; DIANA, NICOLÁS, “La fuerza de las palabras o las palabras de la fuerza,” *RPA*, 2007-1: 90; YACOVINO, CECILIA, “De la crisis del poder al poder de la crisis,” *RPA*, 2005-1: 99.

<sup>9</sup> Nos remitimos a nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico-administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimpresión, 2001; *L'amministrazione parallela. Il «parasistem» giuridico-amministrativo*, introducción de FELICIANO BENVENUTI, Milán, Giuffrè, 1987, un vol. de 92 pp., vol. 20 de la serie de la Università degli Studi di Bologna, Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell' Amministrazione.

desarrolladas. Siguiendo la vieja fórmula económica, la diferencia cuantitativa supera en algún momento el umbral de lo cualitativo. Cuando son tantas las diferencias entre el sistema formal y la realidad, ya no puede hablarse de meros incumplimientos al sistema: debe pensarse en la existencia de un sistema paralelo, de una administración paralela.<sup>10</sup> En este sistema y normatividad paralelas debe computarse también la crisis que tuvo en nuestro país la seguridad personal, tanto desde el ángulo de la subversión como de la represión. El Estado que debía tutelar la seguridad no solamente no la aseguraba sino que la transgredía sistemáticamente.<sup>11</sup> Aún luego de un cuarto de siglo de democracia, todavía es frecuente que los delitos sean cometidos por la policía, de acuerdo a las noticias diarias que proporcionan los periódicos.

Al margen de consideraciones en materia de derechos humanos,<sup>12</sup> este masivo incumplimiento normativo constituye un ingrediente más de la virtual disolución del Estado como lo concibieron los pensadores del siglo XIX. La transgresión sistemática por el Estado a su propio derecho lleva a la creación de un derecho supranacional y organismos supranacionales de control.<sup>13</sup>

Le quedaba al país la opción de someterse o apartarse: eligió primero, a partir de 1983, someterse a los tratados internacionales de derechos humanos y de lucha contra la corrupción, todo lo cual tuvo su punto máximo en la Constitución de 1994.

Pero pocos años después, al comienzo del nuevo milenio, comenzó nuevamente el proceso de renovado aislamiento internacional buscado por el propio Estado, de retorno a viejas ideologías de intervencionismo estatal injustificado. Era también evidente en la postrimería de la primera mitad del siglo XX, que se había creado toda una mitología alrededor de viejas nociones como “servicios públicos”<sup>14</sup> y

<sup>10</sup> El fenómeno también existe en las sociedades desarrolladas, pero con mínima repercusión. A su vez, tampoco emergen del Estado los principios generales del derecho (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, reimpresión 1996, p. 19), el derecho internacional de los derechos humanos, etc. En cambio, el derecho supranacional de la lucha contra la corrupción y la jurisdicción extranjera para juzgarla es de firme base normativa y puede llegar a convertirse en delito de lesa humanidad, por ende imprescriptible.

<sup>11</sup> SOSA RICHTER, RUBÉN A., *Función y violación de los derechos humanos en la postguerra (El caso argentino)*, Buenos Aires, La Ley, 1990; recensión en *LL*, 1990-D, 1308, secc. bibliografía. NEILSON, JAMES, *En tiempo de oscuridad 1976/1983*, Buenos Aires, Emecé, 2001.

<sup>12</sup> Ver un enfoque general en nuestro libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2007, 6ª ed.

<sup>13</sup> Nuestro art. “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” *LL Actualidad*, 17-IV-1990, antes reproducido como cap. III de nuestro libro *Derechos Humanos, op. cit.*, desde la 1ª edición, en ese mismo año de 1990; posteriormente reproducido en *LL*, 1992-B, 1292. Como explica ATALIBA NOGUEIRA, es uno de los signos que acompaña el colapso de la antigua idea corriente de Estado: *O perecimento do estado*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1971, pp. 24-5. Ver también, del mismo autor, *Lições de teoria geral do Estado*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1969, pp. 46-67. Retoma la idea, desde otro ángulo, BACACORZO, GUSTAVO, *Tratado de derecho administrativo*, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2000, 4ª ed., cap. 15, “Hacia la desaparición del Estado [...]”

<sup>14</sup> La exposición de esta crisis, en nuestro país, la realizamos en el t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. VI. En el derecho comparado ver, entre otros, DE CORAIL, JEAN-LOUIS, “La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français,” LGDJ, París, 1954.

“poder de policía.”<sup>15</sup> Su hipertrofia acompañó el proceso de deterioro del Estado, torciendo a favor de la autoridad el equilibrio entre autoridad y libertad.<sup>16</sup> Al propio tiempo que aquel mundo se desmoronaba, la tecnología aceleró su obsolescencia. La era de las computadoras y las nuevas comunicaciones fue una modificación comparable a la revolución industrial del siglo XIX,<sup>17</sup> pero no se la ve reflejada en una administración modernizada.<sup>18</sup> La vieja idea, que constituyó artículo de fe en nuestro país, acerca de la riqueza de sus recursos naturales,<sup>19</sup> lentamente fue dando paso a la convicción, no del todo generalizada, de que se trataba de una quimera. Si a comienzos del siglo XX pudimos considerarnos equiparables a Australia o Canadá y quedamos luego muy atrás;<sup>20</sup> si en la década del sesenta nuestros indicadores macroeconómicos eran similares a los de Taiwan

<sup>15</sup> Quien primero expuso la crisis fue ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzsche y Universitätsbuchhandlung, 1954, p. 288 y ss. La desarrollamos *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. V y la explicamos nuevamente en otra versión, bajo el título “Policía y poder de policía,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41. En contra BEZOS, CLOVIS, *Poder de policía*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1971, aunque la doctrina latinoamericana se haya inclinado progresivamente hacia la concepción austríaca que en su momento explicáramos. Entre quienes se mantienen firmes en sus concepciones de antaño se encuentran CASSAGNE, JUAN CARLOS, en coautoría con GALLI BASUALDO, MARTÍN, “Reflexiones acerca de la implementación del “sistema de evaluación permanente de conductores” en la Ciudad de Buenos Aires,” en ALTERINI, JORGE, (dir.), *Sistema de evaluación permanente de conductores. Doctrina. Texto actualizado de la ley 4148. Jurisprudencia extranjera*, La Ley, 2009, pp. 8-15, esp. nota 13 y texto. Pero lo que resulta más destacable, tratándose de distinguidos colegas, es que aún persistan en una terminología que la propia larguísima ley que comentan no utiliza **ni siquiera en un sólo lugar, lo cual obviamente no es producto de la casualidad sino del criterio jurídico utilizado, que no es el de los comentaristas**, sino el de ANTONIOLLI, recordado por mí. La ley claramente se centra en los derechos individuales y no en el poder del Estado, tal como precisamente lo propiciamos desde 1960, siguiendo a ANTONIOLLI: “La crisis de la noción de poder de policía,” *Revista Argentina de Ciencia Política*, n° 2, Buenos Aires, 1960, p. 227 y ss., hasta el presente. Deberían haberlo advertido, cuando los “controladores” de tránsito están también basados en el pensamiento que tomé del derecho canadiense y otros sobre los tribunales administrativos, como me lo dijo expresamente uno de los primeros autores del sistema. Me refiero entre otros trabajos al libro *Problemas del control de la administración pública*, Madrid, Civitas, 1981, luego incluido en este tratado y explicado con otros ángulos en “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-62. No pretendo originalidad en las ideas, sólo iniciativa en leer y transmitir información adecuada de derecho comparado, que luego algunos receptan y otros no.

<sup>16</sup> Ver *supra*, § 1.

<sup>17</sup> La bibliografía es vasta. Ver, entre otros, ZUBOFF, SHOSHANA, *In the Age of the Smart Machine. The Future of Work and Power*, Nueva York, Basic Books, 1988.

<sup>18</sup> Ver nuestra art. “La modernización de la administración pública,” en AÍDA. *Ópera prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, opus No. 1, México, Enero-Junio de 2007, pp. 153-71.

<sup>19</sup> U otros excedentes por bonanzas que son manejados con mentalidad de “Estado rico:” BONEO, HORACIO y otros, *Privatización: del dicho al hecho*, Buenos Aires, *El Cronista Comercial*, 1985, p. 32 y ss. Una versión optimista en FERRER, ALDO, *Crisis y alternativas de la política económica argentina*, Buenos Aires, FCE, 1977, p. 119. Más realistas BUCHANAN, JAMES M. y WAGNER, RICHARD E., *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, San Diego, California, Academic Press, Inc., 1977.

<sup>20</sup> Para un análisis crítico de la validez de la comparación ver FERRER, *op. cit.*, pp. 69-70, nota 3; del mismo autor, con E. WHEELWRIGHT, *Industrialization in Argentina and Australia. A Comparative Study*, Buenos Aires, Instituto Torcuato Di Tella, 1966.

o Singapur y nadie osaría hoy comparar nuestro rendimiento económico con el de los cuatro tigres de la Malasia; si algunos datos nos asemejaron en los 80 del mismo siglo a los países de la Europa del Este, la perspectiva de su integración a la Unión Europea marca todavía más nuestro aislamiento y deterioro. Dicho de otra manera, si es que hubiéramos sido un país rico en recursos naturales o humanos, ello no se advirtió sostenidamente en ningún dato económico general: Balanza de pagos, producto bruto interno, renta per cápita, pobreza e indigencia, distribución de la riqueza; situación de endeudamiento externo<sup>21</sup> no ya coyuntural<sup>22</sup> sino estructural, recesión profunda y acumulativa, el fantasma constante de la hiperinflación, el permanente desajuste de las cuentas fiscales, desempleo estructural, pobreza e indigencia estructurales, la quiebra virtual del aparato del Estado en cuanto a eficacia: Podrán aumentar sus intervenciones, pero sólo sirven para desmejorar los índices del resultado económico o social de ellas. Por eso es que un gobierno que manifiesta intenciones distributivas del ingreso acúa concentrando el ingreso en el capitalismo de amigos, en desmedro de la pobreza e indigencia estructurales, que no hacen sino aumentar con el correr del tiempo y de las políticas públicas. La declinación en el ahorro y la inversión llevan a fines de la década del 80 a la mitad del nivel de la década del 70; el producto bruto es un 26% más bajo que en 1974; el ingreso per cápita cayó a un ritmo del 1,7% anual desde 1975 a 1985.<sup>23</sup> La deuda externa creció desde 1970.<sup>24</sup> Desde 1973 el déficit presupuestario se hace crónico; la ineficiencia —o peor, la corrupción— del sector público se solventaba con más déficit presupuestario y éste con más endeudamiento interno y externo, hasta que finalmente en el 2008 comenzamos a fagocitarnos nosotros mismos, en sentido figurado, al confiscarse los fondos de jubilaciones y pensiones privadas. La década de 1970-1980 contuvo lo que algunos economistas llamaron “la peor crisis económica del país en este siglo,”<sup>25</sup> pero las siguientes habrían de ser peores. La década 1980-1990 cerró con una inflación de 3.36 millones de veces y la imposibilidad material sistemática del Estado nacional y provinciales de hacer frente a sus obligaciones legales o contractuales de financiamiento.<sup>26</sup> La crisis del endeudamiento externo se

<sup>21</sup> Ver nuestros arts. “El contrato de crédito externo,” *RAP*, 97: 423, Madrid, 1982, reproducido en A.A.D.A., *Contratos administrativos. Contratos especiales*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1982, pp. 187-226 y *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, cap. IV.

<sup>22</sup> Lo que nació bajo el rótulo de *Foreign Aid* —ayuda externa— se transforma así en *Foreign Debt* —deuda externa. Es algo más que un cambio semántico. Para una discusión de los orígenes ver BHAGWATI, JAGDISH y ECKHAUS, RICHARD S., *Foreign Aid*, Bungay, Suffolk, Penguin, 1970.

<sup>23</sup> DORNBUSCH, RUDIGER y DE PABLO, JUAN CARLOS, *Deuda externa e inestabilidad macroeconómica en la Argentina*, Buenos Aires, Sudamericana, 1988, p. 11.

<sup>24</sup> DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, p. 45 y ss. Al comienzo los bancos prestaban, aun sólo para financiar los préstamos viejos, sin inconvenientes.

<sup>25</sup> *The Economist*, “Argentina: a Survey,” enero 26 de 1980, pp. 11 y ss., 19 y ss.

<sup>26</sup> Como dice SCALIA en su voto en el caso *Weltover*: “Desafortunadamente, Argentina no poseía suficientes reservas en dólares para cubrir los contratos FEIC cuando vencieron en 1982;” “Cuando los Bonos comenzaron a vencer en mayo de 1986, Argentina carecía de divisas suficientes para retirarlos,” etc.: *LL*, 1992-D, 1125-6. La situación se repite luego, obviamente.

acelera desde 1978,<sup>27</sup> y con la crisis del sistema financiero a partir de 1980,<sup>28</sup> se transforma además deuda privada en deuda pública externa;<sup>29</sup> ello, con más el múltiple costo de una guerra,<sup>30</sup> lleva a una deuda externa en crisis terminal desde 1982.<sup>31</sup> A esta crisis de 1980-1982 se respondió todavía con las medidas de intervencionismo y endeudamiento: se palió lo inmediato y se agravó el fondo.<sup>32</sup> En el comienzo del siglo XXI se repitió la fórmula.<sup>33</sup> Pero la seguimos repitiendo, con una convicción voluntarista que parece rayana en la fe.

Durante veintiocho años consecutivos del siglo XX el gobierno no movilizó los suficientes recursos para pagar la deuda y ésta llegó al 85% del producto bruto en 1989, año en que, simultáneamente, se dieron dos episodios de hiperinflación. No era ya mero estancamiento, recesión, inflación; se trataba realmente de la emergencia, el estado de necesidad, o “la emergencia de la emergencia.”<sup>34</sup> En 1989 y luego en 2008/9 se agregan las sequías más grandes en un siglo,<sup>35</sup> en 1990

<sup>27</sup> P. ej. con lo que resultó una costosa política de avales estatales a inversiones privadas de riesgo en obra pública: CAVALLO, DOMINGO, *Economía en tiempo de crisis*, Buenos Aires, Sudamericana, 1989, p. 20 y ss., p. 208. Algunos autores remontan el aumento constante de la deuda externa más atrás, otros lo hacen nacer en 1980: DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, p. 68. En todo caso, el colapso del programa de Martínez de Hoz es público en marzo de 1981: *op. cit.*, p. 64.

<sup>28</sup> DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, pp. 65-6. Se produjeron quiebras y múltiples intervenciones y liquidaciones por el BCRA, ratificadas o autorizadas por los decretos leyes 22.267/80 y 22.229/80, que llevaron a mayor endeudamiento del Estado para enjugar las pérdidas del sistema, p. ej. el decreto-ley 22.510/81; todo ello sumado a numerosas y cambiantes resoluciones del BCRA. Para una descripción de este *plateau* 1980-1982 de la crisis previa, ver LIENDO (H.), HORACIO TOMÁS, *Emergencia nacional y derecho administrativo*, Buenos Aires, Centro de Estudios Unión para la Nueva Mayoría, 1990, pp. 142-49. El proceso se reinicia en 2008, por diferentes autoridades políticas.

<sup>29</sup> LIENDO, *op. cit.*, pp. 148-9.

<sup>30</sup> La vinculación de la guerra con la crisis que se desata o acelera en la deuda externa es explicada en BERZ, CRISTINA NOEMÍ; SOSA, ESTELA DIANA y GALLARDO, LUIS ADRIÁN, *Deuda externa: optimización de recursos*, Tesis, Buenos Aires, 1990, p. 17 y ss. El efecto no se altera porque conforme al derecho internacional no se haya tratado de una guerra *stricto sensu*: ZUPPI, ALBERTO, *Die bewaffnete Auseinandersetzung zwischen dem Vereinigten Königreich und Argentinien im Südatlantik aus völkerrechtlicher Sicht*, Berlín, Carl Heymanns, 1990, p. 190.

<sup>31</sup> BERZ, SOSA y GALLARDO, *op. cit.*, pp. XX, 18 y ss., 176 y ss. La deuda externa pública y privada argentina aumentó U\$S 26 mil millones entre fines de 1980 y fines de 1983 y la parte pública de ella pasó del 52% al 71,8%: DORNBUSCH y DE PABLO, *op. cit.*, p. 65.

<sup>32</sup> Hay en esto una importante dispersión semántica, pues es común llamar “liberales” o “neoliberales” a distintas políticas económicas tan sólo menos intervencionistas que otras, p. ej. FERRER, “El retorno del liberalismo: reflexiones sobre la política económica vigente en la Argentina,” *Desarrollo económico*, 1979, vol. 18, núm. 72; *La economía argentina*, Buenos Aires, FCE, 1980; *Crisis y alternativas de la política económica Argentina*, Buenos Aires, FCE, 1977. Sin embargo, FERRER reconoce que las políticas llamadas liberales han mantenido intacta una estructura sobredimensionada del Estado, con instrumentos de raíz keynesiana: *op. ult. cit.*, pp. 137-8. Comparar LIENDO, *op. cit.*, p. 145.

<sup>33</sup> Puede verse el análisis de ambos procesos, en esencia iguales en la sistemática violación constitucional, en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada*, 4º ed., t. I, Buenos Aires, La Ley, 2008, nota al art. 14 *bis*, “Los derechos sociales en las emergencias,” pp. 226-9 y sus referencias.

<sup>34</sup> LIENDO, *op. cit.*, p. 152, nota 30.

<sup>35</sup> La anterior corona la gran crisis de 1890-1894, igualmente acompañada de deuda externa imposible de pagar en los términos acordados, quiebras: CORTÉS CONDE, ROBERTO, *Dinero, deuda y crisis*, Buenos Aires, Sudamericana, 1989.

se produce el nuevo aumento del petróleo, la baja del precio de los productos primarios en el mercado internacional, valores de intercambio deprimidos, mayor caída de la producción, más recesión, caída de los niveles de ingreso, etc. En el 2009 se repite todo lo mismo, incluso otra sequía que ya se denomina también la más grande del siglo, ¡por segunda vez! Los valores de los productos primarios otra vez reducidos, etc.

El Estado había crecido a impulso de la doctrina económica que veía en él la salida a la crisis de los años 30.<sup>36</sup> Pero en estos sesenta años creció más de lo manejable,<sup>37</sup> y ya no pudo proveer ni siquiera lo mínimo que debía hacer para los más liberales desde ADAM SMITH en adelante: seguridad, policía, justicia. La realidad lo aproximó, por inoperancia, al ideal anarquista<sup>38</sup> de la inexistencia o la disolución.<sup>39</sup> Del total lo más gravoso eran las empresas públicas y ello llevó a “la necesidad imperiosa de liberar al Tesoro de los déficits crecientes producidos por las empresas no redituables.”<sup>40</sup> Se hizo parte de ese camino, y en el siglo XXI se comenzó a rehacerlo a la inversa: se reestatiza *Aerolíneas Argentinas*, en pésimo negocio, se compran aeronaves, se aumentan al paroxismo frecuencias de vuelos a lugares predilectos del gobernante de turno. Es la variante contemporánea de la pista de aterrizaje internacional en el pueblo de Anillaco, con otro Presidente ejerciendo iguales excesos de poder no impedidos por el sistema de control, siempre tardío e ineficiente. Por eso proliferan en el exterior comentarios extremadamente negativos sobre nuestro país y hemos sido rebajados, en la calificación internacional, a la categoría de “Economía de Frontera.” O sea, estamos como en el *Far West*. Quebró ya en aquel entonces el sistema, empírica y teóricamente, por sobreexpandirse no más allá de lo imaginable como aspiración de justicia social, pero sí más allá de lo posible como gasto público eficaz.<sup>41</sup> Ahora quebrará nuevamente, aunque parezca agorero decirlo: Pero la cesación de pagos ya está en marcha, con el *default* de la no actualización honesta de la deuda emitida en el canje de 2005 y otros títulos con igual sistema de ajuste por el índice de precios oficiales ostensiblemente falseado a juicio de todos los economistas. A ello cabe agregar, en este siglo XXI, la continuidad del *default* con el Club de París y el *default* con los que no entraron al canje de la deuda en 2005, los famosos *holdouts* que comienzan a ganar juicios en el exterior y a embargar

<sup>36</sup> KEYNES, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México, FCE, 1963, 6ª ed.

<sup>37</sup> Ver BONEO y otros, *op. cit.*, pp. 31 y 49; GLADE, WILLIAM P., en el mismo libro, p. 251.

<sup>38</sup> ROULET advertía contra “Esta especie de *neanarquistas* de derecha, no quieren un control social ni reglas de juego;” preconizaba un estado “flaco y fuerte”: ROULET, JORGE ESTEBAN, *El Estado necesario*, Buenos Aires, Centro de Participación Política, 1987, pp. 20 y 22.

<sup>39</sup> Ver ATALIBA NOGUEIRA, *O perecimento do estado*, *op. cit.*: no es de la anarquía, porque subsisten la sociedad política, el derecho, la autoridad: varía la organización, p. 19 y ss. y *O estado é meio e não fim*, San Pablo, Saraiva, 1955; *Lições de teoria geral do Estado*, *op. loc. cit.*

<sup>40</sup> GLADE, en el libro de BONEO y otros, *op. cit.*, p. 253.

<sup>41</sup> “Bajo el peso de una competencia que comprende todo, el estado sucumbe por su incompetencia para hacer todo. Cumple mal su tarea, cuando la cumple.” ATALIBA NOGUEIRA, *O perecimento do Estado*, *op. cit.*, p. 20.

cuanto recurso del Estado se encuentra fuera de nuestra jurisdicción territorial o del territorio suizo, más los embargos que se avecinan en el exterior luego del pronunciamiento del tribunal arbitral del CIADI en el caso *Sempra*.<sup>42</sup>

La vieja pregunta acerca de si había poco o demasiado Estado,<sup>43</sup> de pronto se contestó: demasiado y además muy ineficiente<sup>44</sup> en épocas normales o de bonanza, sin perjuicio de corrupto. La respuesta, con variaciones, es análoga en el mundo; sólo que en nuestro país y otros emergentes como Bolivia, Ecuador o Venezuela, se prefiere intentar *otra vez lo mismo* a comienzos del siglo XXI. No logramos aprender de nuestros propios fracasos ni de los vecinos de Cuba, a la que nuestros gobernantes consideran modelo de desarrollo.

Felizmente para la humanidad, estos países somos la excepción, como lo prueba el constante desarrollo de nuestros vecinos inmediatos, Brasil, Chile, Uruguay y otros que no cayeron nuevamente en la vieja tentación populista, tan cara al caudillismo que desde siempre practicamos en el país.<sup>45</sup>

## 2. La crisis y el cambio de fin de siglo y comienzos del nuevo milenio

A partir de la década del ochenta del siglo XX el excesivo endeudamiento introduce nuevos condicionamientos, que se repiten nuevamente en el ciclo que se inicia en el año 2008.<sup>46</sup>

Las corrientes migratorias de los países más pobres a los menos pobres o incluso ricos, seamos nosotros u otros, acumulan demandas de servicios sociales que no siempre se está en condición de satisfacer. Los inmigrantes repiten en todo el mundo la misma situación, y aunque las leyes quieran y deban ser benévolas,<sup>47</sup> la realidad no lo es.

Ante la falencia de seguridad física y jurídica, se tornan más críticos algunos principios del derecho administrativo moderno: participación decisoria de los ciudadanos, habitantes, usuarios o consumidores; controles más eficientes de

<sup>42</sup> VENTURA, ADRIÁN, “Condenan al país a depositar una garantía de US\$ 75 millones,” *La Nación*, suplemento *Economía & Negocios*, 7-III-09, p. 1. Según esta publicación, tenemos 33 casos pendientes de sentencia arbitral, y 16 concluidos, y ante el no cumplimiento de otras sentencias arbitrales, el tribunal dispuso que no correspondía la ejecución interna de los laudos arbitrales, como ha sido la posición argentina, sino que su ejecución puede pedirse ante tribunales extranjeros.

<sup>43</sup> FORSTHOFF, ERNST, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 63 y ss.

<sup>44</sup> Las agencias nacionales que prestan servicios sociales a veces gastan el 90% de sus recursos en personal.

<sup>45</sup> PÉREZ GUILHOU, DARDO, “Presidencialismo, caudillismo y populismo,” separata de los Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2005, también publicado en [www.ancmip.org.ar](http://www.ancmip.org.ar) Ver también la referencia nuestra de la nota siguiente.

<sup>46</sup> Habíamos previsto que sería un año malo, pero nada anticipaba la catástrofe que se desató. Ver nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), Serie de Estudios

<sup>47</sup> “El inmigrante irregular en la ley 25.871. Otra modificación transversal al derecho argentino,” *LL*, 2004-B, 1123-33.

racionalidad, de oportunidad y mérito, mecanismos operativos<sup>48</sup> de responsabilidad, etc.<sup>49</sup> Pero nada de eso se ocurre en nuestro régimen jurídico y político, y la única alternativa que se ofrece y hasta atiza desde el poder político es la manifestación callejera en el corte del tránsito público, siempre que sea efectuada contra enemigos del gobierno; si es contra el gobierno, se arman controles preventivos y disuasorios con un escuadrón completo de Gendarmería, hasta 800 efectivos. Si es contra otros que no sea el gobierno, entonces no se criminaliza la protesta social. Si es un modesto cacerolazo contra el gobierno, entonces vienen las patotas paraestatales a disolver las manifestaciones. Es lógico que en ese clima, más otros aspectos que hemos expuesto en el cap. II, el proceso económico y social entre en recesión y las posibilidades de pagar tantas deudas como tenemos disminuyen.

Podemos en el orden interno hacer consideraciones diversas sobre el origen de la permanente necesidad de recurrir al crédito externo,<sup>50</sup> ahora cerrada al país, pero así como el desempleo pasa de coyuntural a estructural, también la deuda externa devino estructural.

Ahora hay que agregar también la deuda interna, no sólo la deuda hacia los sectores clásicamente de menos recursos y más excluidos de la sociedad, sino la deuda interna a los nuevos sectores antes de clase media que se empuja hacia

<sup>48</sup> Para un claro ejemplo de ello ver DANIELE, MABEL, “El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la Sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales,” en FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Direito Administrativo Brasil – Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 543-87, publicado también en *Res Publica Argentina, RPA*, 2007-1: 31.

<sup>49</sup> Para un mayor desarrollo nos remitimos a nuestros libros *Problemas del control de la Administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, Agencia para el Desarrollo (AID) y Macchi, 1973; *La administración paralela, op. cit.* Ver también GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed. ampliada, t. I, “Nuevos derechos y garantías,” pp. 503-604, comentarios a los arts. 36-42; de la misma autora, “La emergencia y los medios de comunicación social,” en SCHEIBLER, *op. cit.*; D’ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V, § 94, “La intervención activa de la sociedad como modalidad del ejercicio de la función administrativa,” p. 154; SCHEIBLER, GUILLERMO, “El presupuesto participativo y la emergencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en AHE, *op. cit.*, pp. 269-81; “Presupuesto Participativo: una redefinición de la relación administración — sociedad civil”, *LL* 2004-C, 1058; “Buenos Aires, ciudad de Comunas”, *LL*, 2006-F, 1035; “Autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño,” en DANIELE, MABEL (dir.), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2008, p. 237 y ss., publicado también con modificaciones bajo el título “Apuntes sobre autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño,” *LL Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, agosto de 2008 1-1: 38; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, *op. cit.*, pp. 171-5; ALANIS, SEBASTIÁN D., “El acceso a la información pública como elemento transformador de la emergencia,” en AHE, *op. cit.*, pp. 69-82; IVANEGA, MIRIAM, “Derechos Fundamentales y presupuesto público: en la búsqueda del equilibrio,” *El Dial Express, Suplemento de Derecho Administrativo JULIO P. COMADIRA*, Año XI, n° 2508, 11-IV-08.

<sup>50</sup> Decía POSADA en 1898 que el uso del crédito se justificaba para invertir en obras de rédito futuro o si no “bien pueden implicar gastos en razón: 1° de una gran calamidad pública: una guerra; y 2°, de una mala administración, por imprevisión, inmoralidad, etc., en cuyo caso la deuda supone carga grave improductiva.” POSADA, ADOLFO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2., Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898, pp. 412-413.

la pobreza, como es el caso de la confiscación de las AFJP en el año 2008, contando incluso con el voto favorable de la oposición. Así se crea deuda futura en responsabilidad del Estado, irrealizable empíricamente como hemos explicado en otro lugar.<sup>51</sup>

El Estado adopta medidas sobre aumento de los *ingresos públicos* e incremento de la *deuda pública* interna y externa, pero a la vez aumenta en paralelo el gasto público, en lugar de incrementar el *ahorro* del gasto público para tratar de tener *equilibrio fiscal*.<sup>52</sup> Si con ello se redujera de verdad la pobreza y la exclusión social y se generaran empleos, existiría la excusa al menos teórica para proceder de ese modo, pero ello empíricamente no ocurre.

En la historia argentina de fines del siglo XX y comienzos del XXI los últimos grandes momentos de defasaje entre el presupuesto y los ingresos corrientes han sido uno, el que alcanzó su cenit en el año 1982;<sup>53</sup> otro, el que se extendió desde mediados de la misma década hasta fines de ella y comienzos de la siguiente; el tercero, el de 1995 en adelante; el cuarto, que inicia su curso en los años 2007-8.

En la lista de oportunidades perdidas cabe recordar la dilapidación de los recursos de posguerra de la segunda guerra mundial, en las nacionalizaciones que tanto más costaron luego al país y tan poco resultado dieron en la privatización, del no aprovechamiento de la bonanza externa del 2003-2007. Camino que se vuelve a recorrer con las estatizaciones de 2007-8, en un regreso perfecto al pasado.

No existe hoy en día discusión acerca de que existió un verdadero estado de emergencia en 1989-1992. También es claro que a partir de 1991 y hasta 1994 los datos macro-económicos oficiales y los manejados externamente daban un panorama alentador y económicamente positivo. Pero al desencadenarse la crisis de 1995 la mirada retrospectiva muestra que no todos los datos estaban sobre la mesa. Sin duda cabe agregar responsabilidades coetáneas, como el aumento

<sup>51</sup> “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

<sup>52</sup> En el año 2000 se celebra un pacto federal entre Nación y provincias para conseguir dicho equilibrio. Ver ley 25.400 (modificada por ley 25.570), “Compromiso federal por el crecimiento y la disciplina fiscal,” art. 8°. En el año 2002 el problema se agravó; volvió a ocurrir a partir del año 2008/9.

<sup>53</sup> CAVALLO, *Economía en tiempo de crisis*, op. cit.; LIENDO, op. cit.; DORNBUSCH Y DE PABLO, op. cit.; BERZ, SOSA Y GALLARDO, op. cit. A pesar de que desde 1977/8 se perfilaba el problema, en 1977 todavía era optimista FERRER, *Crisis y alternativas de la política económica argentina*, op. cit., p. 119, quien hablaba del “potencial económico excepcionalmente apto” del país. Ya ahora no quedan economistas optimistas con este rumbo económico actual, quedan solamente los funcionarios políticos haciendo declamaciones de esperanza, ilusión, engaño al fin.

del gasto público que casi se duplicó desde 1991 a 1994, no obstante la reducción del aparato estatal. El endeudamiento externo, en lugar de reducirse, también aumentó tanto en el sector público como en el empresarial, parejo a un mayor endeudamiento interno de la población. Cabe sumar la permanente incapacidad de lograr una ecuación razonable entre el costo presupuestario en materia social y el valor de los servicios que se prestan.<sup>54</sup> Algo debió hacerse en su momento con los monopolios que con ganancias exorbitantes y constante sobrefacturación privaron a la población de parte importante de su poder adquisitivo: El caso clásico de las empresas de teléfonos.<sup>55</sup>

Siguieron inexorablemente la venta de acciones de empresas privatizadas que quedaron en manos del Estado, nuevas privatizaciones, etc. Pero en la crisis de 2002 se frenan todas las tarifas de servicios públicos, lo que se las mantiene así demasiado tiempo, hasta 2009. Lógicamente se produce tanto el deterioro de los servicios por la consiguiente desinversión progresiva, como en el caso energético. Cuando en ese momento se actualizan las tarifas, la resultante explosividad de los aumentos por tantos años de deterioro tarifario, el detrimento es nuevamente hacia las clases menos favorecidas de la sociedad. Nunca encontramos el punto medio.

Lo más difícil de todo pareciera ser descubrir y erradicar los gastos ocultos o visibles que elevaron siempre el gasto público, caso típico obras públicas contratadas a precios aberrantes; lograr la eficiencia y economicidad del gasto social, de modo tal que los costos se correspondan con las prestaciones; no realizar contrataciones u obras públicas innecesarias, sea por administración o por concesión, ni menos aún contratar con alguien porque vende a crédito; no querer encontrar en el contrato superfluo el modo de recaudar fondos, con lo cual el costo social es doble: La erogación superflua del Estado, lo principal y la recaudación, lo secundario.

Por eso es mayor el interés por las contrataciones más grandes: Ha de verse con atención toda contratación sustancial no suficientemente justificada, en un país de déficit presupuestario y deuda pública perpetuos.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Ya desde 1983 el Banco Mundial en su Informe sobre el Desarrollo Mundial señaló lo que luego, p. ej. en España, se recoge como que “El Estado ha de aumentar su *efectividad* social, sus actuaciones han de ser productivas en términos sociales [...] *La relación entre el coste de las organizaciones y los resultados obtenidos no guarda proporción*”: INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Congreso iberoamericano sobre sociedad, democracia y administración*, Madrid-Alcalá de Henares, Madrid, 1985, p. 30. Ver también COMADIRA, JULIO, “La Sindicatura General de la Nación en la emergencia social,” en AHE, *op. cit.*, pp 15-27.

<sup>55</sup> Es útil al efecto ver el caso *Telintar S.A., LL*, 1995-A, 220, con nuestro comentario: “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios,” *LL*, 1995-A, 217, reproducido en *Después de la Reforma del Estado, op. cit.*, cap. III. Ver BOTASSI, CARLOS, “Contratos Públicos y emergencia actual en la Provincia de Buenos Aires” y CAPLAN, ARIEL, “Qué emerge en la emergencia de los servicios públicos,” en ALANIS, *op. cit.*, pp. 137-51 y 177-82 respectivamente.

<sup>56</sup> Ver SOTELO DE ANDREAU, MIRTHA, “Un nudo gordiano en la contratación pública: la corrupción,” en SCHEIBLER, *op. cit.* Ver MAIRAL, HECTOR A., *Las raíces legales de la corrupción: o de como el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, Cuadernos RPA, Rap, 2007.

En los comienzos de 1983/4 y luego en los años de 1989-1990 se podía decir con toda certeza que la situación provenía de antes, pero después ya no: en 1995 fue claro que la situación era un producto que a lo sumo podía imputarse *en parte* a factores externos, a la balanza comercial, etc., pero que también obedecía al manejo interno de la cosa pública en el quinquenio.

Los tres últimos gobiernos del fin del siglo XX no reaccionaron con plenitud frente al desfinanciamiento del gasto público ni su control; todos encontraron por igual un problema al parecer empíricamente difícil de resolver.

Recién en el 2000/2001, cuando hubo que recurrir a un “salvataje” internacional, se comenzó a tomar razón de la gravedad del tema.<sup>57</sup> La misma falta de reacción anticipada o más rápida frente a la realidad se había visto antes y se habría de ver después en el la primera década del siglo XXI. En en 1973/5 no había crédito externo disponible, ni endeudamiento posible, ni reservas: ello hizo nacer un fárrago regulador que terminó en el “rodrigazo.” En el 2007/9 el fenómeno se repite. En 1976/83 el gobierno se dedicó a la captación de fondos externos, produciendo recursos falsos que se dilapidaron. El crecimiento del gasto y la deuda pública en ese período, de virtualmente cero a 60.000 millones, incluida en 1982 la nacionalización de la deuda privada externa, fueron la causa de las crisis ulteriores. La carencia de reacción oportuna en 1985, 1986, 1987, llevó al descontrol de 1989; la ausencia de una reacción en 1991-1994, más una duplicación del gasto en el mismo período, llevó al desfinanciamiento de los años 1995 y siguientes. De allí se pasa a la nueva emergencia en el 2000, reducción de salarios, esfuerzos de equilibrio fiscal, traspaso de inversiones omitidas por el Estado a costo de las tarifas de los usuarios, etc. Ahora ya no “parece” la emergencia permanente:<sup>58</sup> *lo es*. La reacción del Estado fue catastróficamente mala: *default*, confiscación parcial de depósitos bancarios y créditos hipotecarios vía pesificación asimétrica, intervención unilateral del gobierno en casi todos los contratos financieros y privados y otros dislates de igual tenor,<sup>59</sup> con la consiguiente desaparición del crédito privado y la constante fuga de capitales. Bien pudo decir MAIRAL, en el 2003, que se trataba de “La degradación del derecho público argentino.”<sup>60</sup> La justicia inició en 2002 una recuperación del derecho, en tiempos

<sup>57</sup> Y que además tiene frente a sí la insuperable paradoja de esgrimir la crisis y la situación de emergencia como habilitante legislativa, pero tratando de no contribuir a un clima de pánico o mayor desconfianza hacia la economía. Así como los antiguos economistas del desarrollo hablaban del círculo vicioso de la pobreza y de la riqueza, tenemos aquí un *círculo vicioso de la crisis*: cuando se la invoca para tratar de corregirla, también se contribuye a su más amplia percepción con los consiguientes efectos otra vez circulares: corridas bancarias, retiro de depósitos que obliga a los bancos y entidades financieras a vender títulos y acciones, producen continuas caídas en la bolsa, lo que lleva a más retiros bancarios, más ventas, etc. Es también parte de la espiral de la emergencia.

<sup>58</sup> CRIVELLI, JULIO CÉSAR y VEGA, SUSANA ELENA, “Estado argentino: la emergencia permanente,” *RAP*, 264: 19, Buenos Aires, 2000. Ver también las demás referencias de la nota 1, y de la nota 62 en la p. 19, y otras de este cap.

<sup>59</sup> Ver MILJIKER, *op. cit.*; AHE, *op. cit.*; ALANIS, *op. cit.* y SCHEIBLER, *op. cit.*

<sup>60</sup> Ver en SCHEIBLER, *op. cit.* Ley 26.204.

compatibles con la emergencia así empeorada; en 2009 está ocurriendo lo mismo y cabe por ello esperar una morigeración de los efectos destructivos de estas políticas estatales o paraestatales. Esto da una vez más un mentís categórico a todos aquellos que pretenden que “en estas cosas” sabe más la administración y el legislador cautivo que los jueces. Ello no es así ni remotamente, en nuestro país. Ojalá pasemos a un gobierno de los jueces, los únicos que entre nosotros tienen mayores chances de ver los temas con objetividad, racionalidad, imparcialidad. No serán todos los jueces que luzcan esos atributos, pero si una masa crítica de entre ellos lo logra, bajo los auspicios de la CSJN, queda al menos la esperanza de que el desvarío se reencamine.<sup>61</sup>

## II. La prospectiva

### 3. *El futuro ahora previsible*<sup>62</sup>

La mirada hacia el pasado y el presente no permite ser muy optimista sobre el futuro. Hemos repetido demasiadas veces los mismos errores. Pero intentemos no obstante echar una luz sobre un posible futuro distinto.

#### 3.1. *La solución o no solución estatal de conflictos sociales*

Hay juristas que caracterizan al derecho como un sistema de previsión de posibles soluciones a los conflictos sociales. Hay quienes sostienen que la función de los órganos de justicia no es dirimir los conflictos sociales, sino dejar que la sociedad los resuelva y luego recoger sus soluciones. Hay quienes piensan que el legislador no debe adelantarse demasiado a su tiempo, que debe recoger lo que es un sentimiento social compartido.

En éstas y otras posibles postulaciones, hablar del derecho de los próximos años supone hablar de la sociedad y la cultura o los hábitos sociales del siglo XXI: ellos son los que marcarán el rumbo legislativo y jurisdiccional. Como todo

<sup>61</sup> Nuestra primera respuesta, dubitativa, en “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *LL*, 2005-A, 905-921, si bien matizada en “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio,” *LL*, 2004-E, 1231-3, mutó ya más positiva en “Ángel Estrada,” *JA*, 2005-III, fasc. 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311 y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf> y se ha vuelto positiva con el caso *Halabi* de febrero de 2009, *LL*, 4-III-09, p. 3 y nota de GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?” Para los antecedentes ver nuestro art. “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *LL*, 1997-F, 1318. Reproducido, con modificaciones, bajo el título “Los grandes fallos de la actualidad,” en la 2° ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998. Ahora sí la CSJN está encarrilando al país y sirviendo de norte a los demás tribunales.

<sup>62</sup> Para un tratamiento más completo del tema y el análisis de algunos puntos aquí omitidos, ver nuestro art. “1995-2095, cien años de derecho administrativo,” *Revista Jurídica de Cataluña*, número extraordinario, Barcelona, 1997, p. 61 y ss; *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPIRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003.

proceso será una lenta evolución, no un salto cualicuantitativo. Y esa evolución es tan interdependiente de otros factores económicos y sociales que resulta una aventura del espíritu tratar de imaginarse qué puede ocurrir en un futuro en el cual ya no estaremos.

Así como un camino de diez mil millas se inicia con el primer paso, el destino de los próximos años de ciencia jurídica se puede escudriñar a partir de los últimos pasos del siglo XX y los primeros que se avizoran de este milenio. No hablamos pues para el futuro, sino para el inquietante presente. La pregunta real no es dónde estaremos dentro de cien años, sino en qué dirección estamos ahora dando qué pasos.

Esos primeros pasos van mostrando cómo las compañías que tienen diferendos locales no acuden ya a la justicia, por el alto monto de su tasa de justicia, sino a tribunales arbitrales internacionales. Las grandes cuestiones empresarias ya no se someten a la justicia interna cuando es posible evitarla.<sup>63</sup>

### 3.2. *La regulación internacional es creciente*<sup>64</sup>

El sistema de derechos humanos es hoy en día claramente supranacional, según lo estamos viendo en este vol. En otra materia, existen algunos sectores de la economía que están virtualmente internacionalizados, como el sistema financiero. La presión de los acreedores externos para que morigeremos la corrupción es creciente y lleva, como primer paso, a la Convención Interamericana contra la Corrupción. Otros pasos habrán de seguirla, ciertamente.<sup>65</sup>

Hay otros campos en que la regulación internacional es creciente: tal el sistema de protección de los recursos naturales, en que hay progresos en la tendencia a la regulación de los fondos marinos y el derecho del mar. Pero es posible que haya todavía más desarrollo regulatorio internacional, sobre todo en materia financiera. En otro aspecto, hay actividades que se desarrollan actualmente en los mares internacionales, fuera de la jurisdicción de todos los países. Los casos más antiguos y conocidos fueron los casinos flotantes, fuera de las cuatro millas de las aguas jurisdiccionales de Estados Unidos. Le siguieron las radios instaladas fuera de la jurisdicción marítima, p. ej. de Inglaterra, para escapar a las regulaciones nacionales. La Internet fue concebida como un sistema de

<sup>63</sup> La Cámara de Comercio Internacional, CCI, con sede en París, es el tribunal a que a menudo recurren las empresas con conflictos locales para que sean dirimidos. Ver FERNÁNDEZ BLANCO, PABLO, "YPF y Central Puerto pelean en tribunales internacionales por \$ 1.115 millones," *El cronista*, 5-III-09, p. 16.

<sup>64</sup> Puede verse ROZAKIS, CHRISTOS L. y STEPHANOU, CONSTANTINE A., *The New Law of the Sea*, Amsterdam, North-Holland, 1983; AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Nueva York, Ithaca, Cornell University Press, 1992. En otra perspectiva ya antes se hablaba también de *Le nouvel ordre économique international et l'administration publique*, Aire-sur-la-Lys, Institut International des Sciences Administratives y UNESCO, 1983, libro coordinado por GÉRARD TIMSIT.

<sup>65</sup> Es ésta una lógica inexorable de los hechos. Ya lo advertimos *antes* del dictado de la CICC en nuestra amarga ponencia *Una reflexión actual*, en el libro *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*, Madrid, Fundación BBV y Civitas, 1997, pp. 263-76.

comunicaciones libre de toda injerencia estatal, pero ya hay opiniones que quisieran regularla.

Al mismo tiempo la pesca en aguas internacionales se abarató con los buques factorías, que realizan todo el proceso fabril en aguas internacionales y fuera de la jurisdicción de Estado alguno, no siempre respetando los convenios internacionales sobre límites racionales a la explotación de los recursos marinos y a veces realizando actividades en detrimento ambiental.

Existen también al presente buques factorías que, bajo bandera de conveniencia (*convenience flag*), constituyen fábricas que producen otros productos en altamar, sin sujeción a las normas impositivas o laborales locales, obteniendo precios más baratos y que ni siquiera tocan puerto: otras naves se acercan a retirar la producción, hacer los recambios de personal, etc. Todo este sistema de creciente actividad en aguas internacionales puede llegar a tener suficiente importancia económica como para que las naciones quieran regularlo, controlarlo y por qué no, tributarlo.

Cabe, en general, esperar un lento pero progresivo avance de la regulación internacional en muchos campos de la actividad humana.

### 3.3. *La distribución y fractura mundial del poder estatal*

El primer problema que se advierte cuando uno inquiera sobre cómo serán el derecho, el Estado y la administración en los próximos años, es que no sabe bien a qué derecho, Estado y administración se refiere. Es cierto que algunas tendencias son fácilmente discernibles y algunos autores las vieron ya en la década del 60: la progresiva creación de órganos supranacionales, de normas supranacionales, de justicia supranacional, con una simultánea tendencia opuesta hacia la descentralización o la regionalización del poder dentro de cada país. Acompaña también al proceso el creciente desarrollo de las organizaciones no gubernamentales, personas jurídicas privadas o públicas no estatales que realizan actividades de interés público pero sin formar parte de organización estatal alguna. A su alrededor y a veces en la administración pública, aparecen personas que desempeñan funciones públicas sin revestir la calidad de agentes del Estado.

El clásico Estado nacional se ve así sometido a tensiones opuestas, que lo tienen por casi seguro perdedor: pierde poder a mano de las regiones estatales internas, pierde poder a manos de la comunidad estatal supranacional, pierde poder a manos de organizaciones no gubernamentales. Ninguno de estos fenómenos es malo. Es bueno, al contrario, que el poder se fracture, que haya múltiples centros de poder, para que existan cada vez menos posibilidades de que alguien, uno sólo, se adueñe de todo el poder. Ese fenómeno ya se venía advirtiendo con la creación en muchos países de nuevos y diversos órganos nacionales y regionales de control jurisdiccional. No una única Corte Suprema que resuelva todo

y esté muy cerca del poder central, sino una Corte Suprema, un Consejo de la Magistratura, un Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, uno o más Defensores del Pueblo u *ombudsmen*, Fiscales independientes del poder político, mayor cantidad de jueces en todos los niveles, etc. Ello reproducido a nivel regional y local. En las comunidades indígenas los antropólogos estudian el derecho tribal bajo el manto de un denominado derecho no estatal. Claro, no estatal de nuestro Estado, pero sí estatal del Estado de ellos. Es que poco a poco se va admitiendo el derecho de las comunidades indígenas a regirse por sus propias normas, a autodeterminarse en lo que ahora se reconoce como su propio territorio *dentro* del viejo territorio del Estado o las regiones. Cederá otra vez el derecho nacional y además, en algunos aspectos, el territorio.

También aumentarán los mecanismos de mediación y arbitraje, como modos autónomos por los que la sociedad busca resolver algunos de sus conflictos, en lo posible sin injerencia directa del Estado salvo en su admisión substitutiva de la intervención judicial. La forma en que se concibió la Internet, como sistema de intercomunicación cuya propia arquitectura la hace insusceptible de control central alguno, es también un adelanto de los tiempos por venir. No decimos con ello que el proceso evolutivo será fácil ni sin disputas, sino que aquellos que antes que nosotros han advertido esta tendencia ven ahora tentativamente confirmada su hipótesis. La sociedad por todas partes tiende a quitarse tutelas y órdenes externas y al propio tiempo introduce elementos de supranacionalidad que pueden verse, según la óptica de cada uno, como liberadores o esclavizantes.

Si bien el proceso de desregulación, desestatización o privatización de empresas y servicios públicos presenta particularidades muy distintas en cada continente y también en cada país, es innegable que constituye una tendencia, cuanto menos ideológica, que fue avanzando en los centros de poder internacionales desde la década del 80 en las postrimerías del siglo XX, para retroceder en el comienzo del siglo XXI, sea por la nueva emergencia mundial, sea por la ideología nuevamente intervencionista de algunos de los países con menor desarrollo económico relativo. El hecho de que seamos varios haciendo lo mismo no otorga, claro está, ninguna satisfacción.

#### 3.4. *Autoridades regulatorias independientes*

En algunos países las experiencias también van avanzando, con la consecuencia de que presentan una empresa privada monopolizando un servicio público por concesión o licencia otorgada del Estado, pero no de un Estado relativamente fuerte como nos imaginamos era el del siglo XIX, sino de un Estado relativamente débil como sabemos es el nuestro de los siglos XX y XXI: El control es entonces malo, ineficiente, o corrupto; o todo al mismo tiempo.

Una primera respuesta son las autoridades regulatorias independientes, con participación de los usuarios; otra, no excluyente, el aumento de órganos judi-

ciales de tutela de los usuarios y consumidores, incluso la creación de tribunales administrativos en el seno de tales autoridades regulatorias, o incluso dentro de la administración pública, pero con los alcances que ya explicamos en diversos lugares: imparciales e independientes en serio, y sujetos a pleno control judicial. Habrá que superar esta etapa similar al industrialismo. Toca a la sociedad implementar mecanismos de control, como están haciendo las ONGs, para no recaer siempre en la ausencia del Estado de Derecho y también del Estado de Bienestar. También la tecnología va eliminando monopolios y la Internet dá un paso en la libertad de acceso a la información y de expresión del pensamiento.

### 3.5. *La participación*

Los que están en el ejercicio del poder temen a la participación, la perciben como un elemento de desestabilización.<sup>66</sup> En el 2003 pareció darse un impulso a la participación, pero se fue diluyendo hasta llegar al signo contrario, la concentración del poder. En el 2007 se prometió una mejora de la institucionalidad, pero ella tampoco se dió. Por ello los estudiosos que consideran a la participación un mecanismo de estabilización social ven imponerse la hipótesis contraria. Es quizás posible, ya que no nos animaríamos a decir probable en el mediano plazo, que veamos nuevos experimentos con crecientes y cada vez más ricas formas de participación ciudadana en el poder, a distintos niveles.<sup>67</sup> Pero avanzarán siempre algo más, como vienen avanzando a lo largo de toda la historia de la humanidad.

<sup>66</sup> Ver nuestros trabajos “Cauces de participación ciudadana,” en *Crónica del V Congreso Hispano Luso Americano Filipino de Municipios*, t. I, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1970, pp. 1057-85; reproducido en el libro *La planificación en los entes locales*, t. I, *Estudios Generales*, Barcelona, Instituto de Ciencias Sociales, 1971, pp. 37 a 63: “Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina,” *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Bruselas, 1981, vol. XLVII-1981, n° 2, pp. 126-132; en *Revista de Direito Público*, XIV, n° 57/58, San Pablo, 1981, pp. 29-38; “La participación administrativa,” en *Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, España, Alcalá de Henares-Madrid, 1985, pp. 199 a 211; en *Revista de Direito Público*, n° 74, San Pablo, 1985, pp. 15 a 25.

<sup>67</sup> Ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, 4° ed., t. I, Buenos Aires, La Ley, 2008, nota al art. 14 bis, “Los derechos sociales en las emergencias,” pp. 226-9 y sus referencias; “Nuevos derechos y garantías,” pp. 503-604, comentarios a los arts. 36-42; D’ARGENIO, *La justicia administrativa en Argentina*, op. cit., cap. V, § 94, “La intervención activa de la sociedad como modalidad del ejercicio de la función administrativa,” p. 154; DANIELE, MABEL, “Acción declarativa de inconstitucionalidad en el ordenamiento de la Ciudad de Buenos Aires”, AA.VV., *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 787-844; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, op. cit., pp. 171-5; SCHEIBLER, GUILLERMO, “El presupuesto participativo y la emergencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en AHE, op. cit., pp. 269-81; “Presupuesto Participativo: una redefinición de la relación administración — sociedad civil”, LL 2004-C, 1058; “Buenos Aires, ciudad de Comunas”, LL, 2006-F, 1035; “Autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño,” en DANIELE, MABEL (dir.), *Amparo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Plata, LEP, 2008, p. 237 y ss., publicado también con modificaciones bajo el título “Apuntes sobre autonomía, participación y legitimación en el amparo porteño,” *LL Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, agosto de 2008 1-1: 38; ALANIS, “El acceso a la información pública como elemento transformador de la emergencia,” en AHE, op. cit., pp. 69-82; ALETTI, DANIELA y TOIA, LEONARDO MARCO, “Audiencias públicas: Sólo para entendidos”, LL, SJDA, 17-V-2007, p. 1 y ss.

Los que fueron temas de discriminación de minorías se irán transformando en temas de participación de mayorías que resultan discriminadas en el ejercicio cotidiano del poder por las minorías gubernativas que ellas mismas han elegido. El gobierno de 2003-2007 se inició con un fuerte discurso de ideología participativa, se dictaron incluso algunas normas importantes, y se avanzó con la nueva constitución de la CSJN, pero luego poco a poco fue disminuyendo su apertura hacia la opinión pública, los medios, la participación social.

La lúcida frase de JEAN RIVERO, que hoy en día la democracia no es ya sólo una forma de acceder al poder, sino también una forma de ejercer el poder, cobrará creciente sentido en el futuro.

### 3.6. *Seguridad exterior e interior*

Salvo el inevitable y progresivo aumento de jueces, policías y cárceles, el problema de las fuerzas de seguridad nacionales ha comenzado a cambiar en el mundo. Por de pronto cada país, analizando sus recursos y la posibilidad de conflictos bélicos, no escoge hoy el camino del armamentismo y el desarrollo de sus fuerzas armadas, sino el sendero inverso y se limita a la intervención internacional en los conflictos regionales. Pareciera que se busca no sólo el mínimo Estado posible, sino también el mínimo contingente posible de fuerzas armadas, exceptuadas siempre las policiales *lato sensu*. Es difícil adivinar si la sociedad global futura querrá siempre resolver los conflictos armados regionales. Por lo que se va viendo a nivel internacional, la respuesta no es afirmativa.

Dentro de esta tendencia a la reducción y modificación de las fuerzas armadas está la sustitución del servicio militar obligatorio por el voluntario, lo que tiene un elemento de democratización del poder: No es lo mismo mandar reclutas que colegas.<sup>68</sup> También será de creciente importancia la participación de la mujer en las fuerzas armadas, que hace mejores a estas últimas y en las fuerzas policiales, donde su influjo benéfico puede ser aún mayor.

### 3.7. *La administración y la sociedad futuras*

Como el Estado tiene menos y debe más, hace cada vez menos. Entran en ello los contratos de obras públicas, de suministros, la relación de función pública, etc.

Aparecen en su lugar con mayor frecuencia los contratos de crédito externo, los empréstitos públicos, las concesiones, autorizaciones y permisos. También el voluntariado y distintas formas de actividad pública no estatal, fundaciones,

<sup>68</sup> Explicamos la génesis del cambio en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), Serie de Estudios, p. 98, texto en la nota 95 con margen destacado. Hay quienes proponen el retorno al servicio militar obligatorio para paliar el desempleo juvenil, pero así crearían las condiciones para nuevos gobiernos militares.

asociaciones civiles sin fines de lucro, et. Pero imprevistamente reaparecen en el siglo XXI los subsidios y controles internos de todo tipo, antes consignados al desván de los recuerdos.

Las administraciones nacionales se encuentran hoy, en materia de finanzas públicas, como hace un siglo, como hace dos: endeudamiento sistemático. Alguna vez en la historia europea se habló de la deuda pública perpetua, éste parece otro momento propicio para hacerlo en el resto del mundo. Por lo menos así parece preverlo el FMI que pide aumento de su capital.

La administración de numerosos servicios sociales que van desde la educación y la salud, pasan por la previsión social y avanzaron sobre la cultura, ve sus recursos progresivamente limitados. Por una parte es el reclamo social de racionalidad en el empleo de tales recursos (reclamo no generalizado: Hay sectores que bregan por un simple aumento del gasto social pero no piden su empleo eficiente), como así también la creciente indignación ante la corrupción; por otra un retorno a concepciones menos generosas de la sociedad hacia sus seres más débiles.<sup>69</sup> El Estado y las administraciones del mundo que viene no se presentan más protectores o providenciales; al contrario, aumentan los reclamos por mayor seguridad al aparato preventivo y represivo, a nivel policial y penal. Seguramente no dure todo un siglo, pero ocupará alguna parte de él.

3.7.1. Otro problema de este soltar el espíritu hacia la imaginación del futuro es que no tenemos siquiera el consuelo de que dentro de cien años alguien nos leerá para verificar nuestro error o apoyar nuestra conjetura. Porque uno de los primeros hechos que se ve es el vertiginoso y progresivo aumento de la cantidad de información disponible, lo cual hará cada vez más necesario seleccionar alguna información y desechar otra. Muchos libros del pasado nos llegan al presente. Pocos del presente llegarán al futuro.

Y si es cierto lo que dice el cartel de la biblioteca de la *London School of Economics*, que una biblioteca vale no por los libros que tiene, sino por los que no tiene, podemos estar virtualmente seguros que estas páginas no estarán en biblioteca alguna dentro de un siglo, o si están no las leerá nadie. Hagamos excepción de algún futuro estudioso de la historia, para no dar por concluida aquí y ahora la escritura.

Lo mismo se aplica si el libro como instrumento de difusión de información desaparece en aras a la Internet o lo que fuere. Una versión optimista es que todo esté archivado en infinitos bancos de datos de Internet y que los medios de recuperación se perfeccionen como para permitir buscar cualquier cosa de cualquier época, con un poco de diligencia y habilidad. La eficaz recuperación de la información almacenada se tornará cada vez más crítica. Ya es difícil en un país cualquiera saber qué norma está vigente en determinado momento, qué precedentes hay de ella: Cuánto más lo será saber eso mismo a nivel mundial.

<sup>69</sup> IVANEGA, "Derechos Fundamentales y Presupuesto Publico...", *op. loc. cit.*

Tendremos en esta hipótesis sí cada vez mayor cantidad de información cargada en distintas bases de datos, pero esto no se traducirá en mayor calidad de información disponible *en tiempo útil*, que ya no se mide en días ni horas sino en nanosegundos.

3.7.2. Se dejaba cada vez más de intentar administrar y dirigir la economía, salvo en épocas de emergencia y en algunos puntuales supuestos de retrocesos graves en la política económica. En esta tendencia mundial se insertan fenómenos de distinto avance en cada continente, pero con signos semejantes: libre circulación de personas, bienes y capitales, reducción o eliminación de barreras arancelarias y con ello de controles aduaneros y migratorios. De igual modo encontramos —excepto en el 2007/9— reducción de los subsidios nacionales y la actividad de fomento y tendencia a la centralización supranacional de tales subvenciones estatales en la búsqueda de la racionalidad del gasto, que a nivel nacional parece más difícil conseguir, como lo estamos viendo en nuestro país a comienzos del siglo XXI. La planificación de la economía quedó también en el desván de los recuerdos y no regresó, quedando en su lugar la improvisación y el intento y error sin una previa conjetura razonable. Los sectores públicos de la economía que aun subsisten no le irán muy a la zaga, pues en la primera década del siglo XXI parece querer intentarse un retroceso a la intervención directa del Estado en la economía, a través de no solamente de la regulación sino también de empresas propias, nuevamente estatizadas de un modo u otro.

3.7.3. A pesar de que el Estado es cada vez más chico, hace cada vez menos cosas y debe cada vez más, aumenta la presión tributaria<sup>70</sup> y se reduce entonces el *standard* de vida, aumenta el *stress* de la lucha por la vida, por evitar la obsolescencia personal,<sup>71</sup> el desempleo estructural, la amenaza de pérdida personal de viabilidad económica y cultural a menos que cada uno se dedique a un proceso de reeducación constante, o forme parte del poder oligárquico. En nuestro país se pretende en el siglo XXI llamar oligarcas a los que hace ya generaciones que no forman parte del círculo del poder y a los que nunca estuvieron en el poder pero no son sus propios amigos.<sup>72</sup> Es que las fuentes de información y opinión de la intelectualidad que apoyó al actual proceso político es increíblemente antigua.

<sup>70</sup> En nuestro país, en frecuente violación al principio constitucional de legalidad tributaria, que los tribunales aplican pero la realidad se empeña en contradecir. Para la explicación del sistema constitucional ver GELLI, *op. cit.*, t. I, comentario al art. 4º, pp. 44-52.

<sup>71</sup> Los abogados son conscientes de ello, y por eso es que la actividad de postgrado en la Facultad de Derecho de la UBA ha crecido significativamente: [http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/boletines\\_electronicos\\_n26.php](http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/boletines_electronicos_n26.php)

<sup>72</sup> Ese jugar con palabras clásicas hace recordar lo que explicara KARL POPPER sobre la terminología platónica acerca de las formas puras e impuras de gobierno: “Pero la democracia se transforma en su forma ilegítima y luego, a través de la oligarquía —el gobierno ilegal de unos pocos— en el gobierno ilegal de una sola persona, esto es, la tiranía, que como dice Platón en la República, es el peor de todos;” AA.VV., *Popper, Vida, pensamiento y obra*, Madrid, Planeta DeAgostini, 2007, p. 220, cap. 4 de *La sociedad abierta y sus enemigos*, con numerosas ediciones en todo el mundo.

La conocida Carta Abierta, en este aspecto, tiene como fuente específicamente un libro de 1903, *La cuestión agraria*, escrito por CARLOS KAUTSKY.<sup>73</sup> Con esa ligereza no hay país que progrese, ni cambio social que se produzca.

Aquel *stress* forma al mismo tiempo parte de una cultura de la supervivencia, por lo tanto de la vida, pero también es ocasionalmente una causa de muerte (enfermedad, suicidio) o de discriminación en el mercado de trabajo fundada en su aptitud; discriminación ésta que norma alguna condena salvo las acciones positivas que a veces los Estados adoptan para mejorar las chances laborales de los menos capacitados.

3.7.4. En el medio de todo, los parasistemas pueden llegar a crecer. Suele ser una verdad elemental que cuanto mayor o menor es el grado de desarrollo de un país, más o menos cerca están el derecho teóricamente aplicable y la realidad de su efectiva vigencia. A menor desarrollo, mayor distancia entre lo que el derecho predica y lo que la realidad muestra.<sup>74</sup> Es necesario en esto hacer lo mismo que en otras materias: Tratar de crear mecanismos y tribunales internacionales que juzguen de la corrupción nacional, aunque sea con medidas menores como la inhabilitación para el visado internacional. No hace falta pensar en medidas excepcionales de intervención, simplemente hay que dar algún paso, siquiera mínimo. No todas las naciones, aisladas, pueden luchar eficazmente contra su corrupción interna y en algunos casos exportan corrupción a otras que todavía están peor que ellas.

3.7.5. La creciente toma de conciencia de la limitación de los recursos naturales no renovables hace aparecer normas nuevas y administraciones nuevas, para su tutela y protección. El problema es que son los países desarrollados, que ya habían depredado su medio ambiente antes de ahora, los que más tienen conciencia del problema y han comenzado a revertir exitosamente la tendencia destructiva. Los países no desarrollados, en cambio, tienen un secreto deseo de depredar su propio ambiente, para ver si esa es la clave del desarrollo. Una vez más, la internacionalización del problema es la única forma de encarar la cuestión. Está ocurriendo con los recursos comunes de la humanidad, como los fondos marinos y la pesca en altamar. Ha reaparecido la piratería internacional, particularmente frente a las costas de Somalía, y el fiscal de la Corte Penal Internacional considera que aquellos que tienen orden de captura de la CPI pueden ser desviados en vuelo internacional por cualquier país y ser llevados ante la justicia internacional.

<sup>73</sup> Resulta este dato de la imperdible entrevista otorgada por uno de los intelectuales que forma parte de Carta Abierta, el doctor en filosofía y profesor de Historia de las Ideas RICARDO FORSTER, da a JORGE FONTEVECCHIA, en *Perfil*, 1-III-09, pp. 36-41, esp. p. 37, 5ª col. Interesan tanto las preguntas de FONTEVECCHIA como las respuestas de FORSTER.

<sup>74</sup> Ver IOSUE, SANDRA M., "Deuda pública perpetua interna, la actual emergencia y las leyes 25.344 y 25.565 ¿Existen acreedores más «acorralados»?," en AHE, *op. cit.*, pp. 29-48.

3.7.6. El siglo XX vivió la cultura del automóvil, pero cualquier ciudad medianamente densa muestra que no entran en la ciudad infinitos coches. La reducción del precio de los vehículos no hace sino incrementar el problema; las carreteras nuevas nunca alcanzan. La regulación del tránsito parece una quimera, aunque en el 2008 se advierten algunos signos de reversión, al menos en la Ciudad de Buenos Aires. Es sólo cuestión de tiempo que la sociedad opte entre implementar gigantescos medios masivos de transporte y virtualmente eliminar al coche privado como medio sistemático de movilidad,<sup>75</sup> o que cambien los métodos de trabajo, o una combinación de ambos. La suma de sistemas alternativos de trabajo y transporte parece lo más probable de acaecer. Al amparo de las nuevas tecnologías y con un cambio de actitud cultural y jurídica<sup>76</sup> derivada de la incontrolable concentración y tráfico urbanos, cada vez más crecerá el caso de personas que trabajen desde su casa, obtengan la información de Internet y otras bases de datos, además de la que indispensablemente tengan almacenada en su computadora y CD-ROMs o *pen-drives* personales y manden sus trabajos por fax, modem, correo electrónico, video conferencia o lo que siga en el cambio tecnológico; reciban el pago acreditado en su cuenta y lo gasten con compras y gastos hechos con tarjeta de crédito, por Internet, teléfono, televisión.

3.7.7. Tal vez esto reduzca el número de interacciones sociales y a la inversa aumente los contactos familiares. Posiblemente contribuya a mejorar el nivel de vida al disminuir parte del *stress* laboral y con ello tal vez aumente las expectativas de vida. Pero se tratará de una vida de más trabajo, no menos, con lo cual el principio de Confucio será central: “Elige un trabajo que ames y no trabajarás un sólo día en tu vida.” Esto lo están experimentando las administraciones privadas, pero la pública también lo está haciendo desde hace tiempo. El Consejo de Estado de Francia es la más vieja institución pública seria que practica este método de trabajo. Las promesas de hace algunas décadas de que nuestro problema en la edad madura sería cómo administrar el ocio, se ven ahora enfrentadas con el dilema de cómo seguir siendo competitivo en un mundo en el cual uno es siempre obsoleto y se ve permanentemente amenazado con devenir obsoleto del todo. No queda lugar para el ocio, a ninguna edad, cuando la seguridad social disminuye. Ahora hay que luchar contra la continua declinación y obsolescencia personal, no ya en el solo plano de la salud física y mental, no ya solamente en saber buen inglés<sup>77</sup> y mantener habilidades básicas en computación e informática,<sup>78</sup> sino globalmente en la capacidad de supervivencia como miembro útil de

<sup>75</sup> La Ciudad de Buenos Aires ha comenzado en 2008 a restringir el uso del automóvil privado limitándoles el número de carriles utilizables, en beneficio de ómnibus y taxis, como en otras ciudades de países desarrollados.

<sup>76</sup> Ver MARTINO, ANTONIO A., “El gobierno digital para la emergencia,” en AHE, *op. cit.*, pp. 49-67.

<sup>77</sup> Así, la CABA introduce el estudio obligatorio del idioma inglés desde la escuela primaria.

<sup>78</sup> La Provincia de San Luis ya tiene instalado el wi-fi en todo el territorio de la Provincia. Es algo que deberían imitar las demás provincias.

una sociedad siempre cambiante, cuyos individuos deben también vivir en la reeducación, actualización de destrezas y habilidades laborales y readaptación constantes, con habilitaciones profesionales que ya no serán permanentes, sino transitorias, sujetas a nueva evaluación y rehabilitación periódicas. Muchos ni siquiera se presentarán.

3.7.8. En suma, en el largo plazo seguirá produciéndose la fractura y transferencia de poder político y normativo del Estado a las regiones; se incrementarán los órganos y las normas supranacionales, se multiplicarán los organismos de control del poder político y del poder económico; aumentarán los jueces, la policía y las cárceles. Continuará la privatización de la economía, la desregulación, la desmonopolización. Crecerá la libre competencia. Por supuesto, hay siempre burbujas económicas, sociales o políticas que algunos creen ser realidad y no imaginación o ficción. Allí los problemas se agravan en cada oportunidad que la burbuja explota.<sup>79</sup>

Continuará el progreso de la libertad de circulación de bienes y personas pero se utilizará tal vez algo menos la movilidad de las personas para el trabajo diario; los agentes de las oficinas públicas también atenderán desde el teléfono, correo electrónico, fax y modem de su casa y los particulares harán los trámites de igual modo, tanto administrativos como judiciales. Tendremos mejores condiciones tecnológicas de comunicación y de trabajo, más derecho efectivo a la información, pero menos seguridad social y menos Estado de Bienestar, poca o ninguna seguridad laboral, menos seguridad de la vida y de los bienes.

Nuestro ocio serán el trabajo y la reeducación permanente. Aumentará el *stress* por subsistir competitivamente ante la propia obsolescencia, pero a cambio lo podremos administrar mejor desde nuestras propias casas. Si lo logramos y logramos sacar constantemente el mayor uso posible de la siempre cambiante tecnología, nuestra productividad irá siempre en aumento y podremos entonces disfrutar plenamente de nuestro trabajo, según el sabio consejo de Confucio: “Elige una profesión que ames y no trabajarás un sólo día en tu vida.”

3.7.8. Mientras tanto, transitamos por una notoria concentración del poder y restricción de las libertades y los derechos individuales, como ya explicamos más arriba, lo que nos coloca mucho más atrás en el sentido de la posible evolución. Será necesario previamente desandar mucho camino hasta ahora mal transitado,

<sup>79</sup> DIANA, NICOLÁS, “La teoría de la burbuja,” *Res Publica Argentina, RPA*, 2009-1, en prensa; del mismo autor, “Apuntes sobre la idea del conflicto permanente,” *RPA*, 2008-1, 55-62. El rol de la ficción en la construcción de una cultura jurídica es explicado también por DROSSOS, YIANNIS Z, “Una conferencia en Harvard y una cena en Buenos Aires o: La realidad de la imaginación en la doctrina legal y la cultura nacional de Grecia del siglo diecinueve,” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2008-1, pp. 7-30. O sea, la ficción en sí no es buena ni mala, depende de qué ficción sea y a qué sirve; por supuesto, es necesario tener conciencia de la existencia de la ficción como tal, para no caer en el error de verdaderamente creerla. Nuestras experiencias locales son que los gobernantes se creen las ficciones, y por eso las burbujas terminan siempre de la peor manera posible.

pero abrigamos la esperanza que el año 2009 marque una creciente tendencia de mejoramiento institucional, luego de un punto de inflexión tentativo en el año 2008.<sup>80</sup> Los particulares, los colegios de abogados, las múltiples ONGs dedicadas a la cosa pública, los abogados actuando individualmente como agentes de la democracia y control del poder público, pueden contribuir mucho a este proceso, como se puede apreciar en los ejemplos de pronunciamientos judiciales que desgranamos a lo largo de la presente obra y que fueron iniciados por particulares y diversas ONGs. Todo ello, en el contexto mundial que ya explicamos en el prefacio y retomamos en el cap. V,<sup>81</sup> entre otros lugares.

<sup>80</sup> Lo analizamos en “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009. También en “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Buenos Aires, Rap, 2009.

<sup>81</sup> Ver esp. § 5, “No es solamente derecho interno. El derecho administrativo internacional y el derecho administrativo global o mundial,” pp. V-10/16, y sus referencias, con más las referencias adicionales del prefacio a esta décima edición.

## Capítulo V

### EL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### 1. *Su objeto es el estudio del ejercicio de la función administrativa*

Según se verá más adelante, un elemento de síntesis que refleja el primer objeto de estudio de esta rama del derecho es “el ejercicio de la función administrativa.” Esta perspectiva de síntesis abarca:

El estudio del *sujeto* que ejerce dicha función o sea la administración pública centralizada y descentralizada, a través de sus *órganos* jurídicos (con los consiguientes principios de competencia, jerarquía, delegación, etc.), de los *agentes* que se desempeñan en esos órganos y estructurada en forma de administración central (centralizada o desconcentrada), o descentralizada (entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades anónimas con participación parcial o total del Estado, etc.), con más la figura del ente independiente regulador de servicios públicos que dimana del art. 42 de la Constitución.

También puede a veces la función pública ser delegada o atribuida a personas no estatales y aparece en ese caso el fenómeno de las personas *públicas no estatales* (algunas sociedades de economía mixta, corporaciones profesionales, etc.), o a personas que ejercen un monopolio o privilegio para la explotación de un servicio público, aspectos que entran también dentro del objeto del estudio del derecho administrativo.

Forman parte del ejercicio de la función administrativa el estudio de las *formas jurídicas* que dicho ejercicio presenta, es decir, los hechos, actos, contratos y reglamentos administrativos, el procedimiento administrativo, la licitación pública, las audiencias públicas, los servicios públicos; el análisis de algunas falsas *facultades*, “potestades,”<sup>1</sup> o seudo “poderes” que se le atribuyen por parte

<sup>1</sup> Es en este ámbito de los llamados “poderes” del Estado donde se encuentran las teorías de más escaso carácter científico, pero con particular utilidad para el uso abusivo del poder público. Después, cuando llegan o vuelven los gobiernos autoritarios, ya no es sino la hora de los lamentos. Pero la responsabilidad estuvo al principio de todo, en la doctrina que dió base a la jurisprudencia.

de alguna doctrina: “potestad jurisdiccional de la administración,” “poder de policía,” “zona de reserva de la administración,” “actos de gobierno,” etc.

Es indispensable el estudio de los *límites* sustantivos y adjetivos de tales facultades, como contrapartida necesaria al ejercicio del poder en un Estado de Derecho. Entre los límites sustantivos cabe mencionar los principios jurídicos superiores del orden constitucional y supraconstitucional: razonabilidad, no desviación de poder, imparcialidad, buena fe, no autocontradicción, adecuación de medio a fin, sustento fáctico suficiente, motivación adecuada, procedimiento regular previo a la emisión del acto, etc.

Entre los límites adjetivos o procedimentales encontramos los recursos y remedios del procedimiento administrativo (recursos de reconsideración o revocatoria, jerárquico, jerárquico menor, alzada, reclamación administrativa previa, denuncias, etc.) y las acciones y recursos del proceso judicial (acción ordinaria, acción de amparo, amparo por derechos de incidencia colectiva, amparo por mora de la administración, *habeas data*, interdictos, recursos especiales de apelación; en el orden provincial, acciones de plena jurisdicción, de anulación, de interpretación, etc.); por último, la sanción por el agravio causado, a través de la responsabilidad de los funcionarios públicos (civil, penal, administrativa, política) y del Estado (responsabilidad extracontractual por hechos y actos ilícitos de sus agentes). A ello cabe agregar la intervención que pueda tomar el Defensor del Pueblo en virtud de la legitimación constitucional que le otorga el art. 86 para actuar en justicia, sin perjuicio de sus funciones como mediador o persuasor ante las autoridades públicas y los particulares que ejercen funciones administrativas públicas.

Es también de interés el estudio de los *medios materiales* puestos a disposición de esa actividad, a través del crédito público, el dominio público y privado del Estado: en general, el estudio de la propiedad en su relación con la función administrativa, sea a través de la propiedad pública, sea a través de las limitaciones que el Estado impone a la propiedad privada (meras restricciones, servidumbres administrativas, ocupación temporánea, expropiación, etc.), sea a través de vinculaciones contractuales de contenido económico (los contratos administrativos).

En suma, el estudio del “ejercicio de la función administrativa” es comprensivo no sólo del *quién* ejerce la función, sino también del *cómo* y con *qué fundamento*, con *qué medios* y fundamentalmente *hasta dónde*, con qué limitaciones se la ejerce.

## 2. La protección judicial contra el ejercicio de la función administrativa

Si bien acabamos de decir que los elementos que integran la disciplina no deberían en principio ser incluidos en la definición de ésta, sino que debería buscarse

una expresión que pudiera servir de síntesis a todos ellos, existen razones de otra índole que justifican aislar a uno de esos elementos y elevarlo a la categoría de caracterización conceptual de la materia.

Nos referimos a los *límites* de la actividad administrativa y dentro de estos especialmente a la *protección judicial* del particular frente a la administración y los que ejercen poder económico de carácter monopólico. La protección judicial existe hoy en día no solamente en el plano nacional sino también en el plano supranacional, p. ej. a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás tribunales supranacionales que puedan crearse en el siglo XXI.

Uno de los pilares esenciales de la temática del derecho administrativo es así la protección del particular contra el ejercicio irregular o abusivo de la función administrativa;<sup>2</sup> si relegáramos este problema a ser uno de los aspectos secundarios de la disciplina, estaríamos quitándole a ésta una de sus notas características en el Estado de Derecho y por lo tanto su diferenciación con las normas administrativas totalitarias.

Es, pues, muy importante destacar que el problema central de esta materia no es la administración pública (su organización, sus actos, sus facultades, etc.), sino su contraposición frente a los derechos individuales de los habitantes. El derecho administrativo debe estar orientado hacia el estudio de los derechos individuales y, en definitiva, de la libertad humana. Su protección contra el ejercicio abusivo o ilegal de la función administrativa y del poder en general debe transformarse en una de sus más trascendentales finalidades. Debe quitársele al derecho administrativo su apariencia de disciplina interesada casi exclusivamente en la administración pública y sus fines y, en cambio, dársele una estructura externa y conceptual que claramente represente su búsqueda consciente y constante de un equilibrio razonado entre el individuo y el Estado, entre el individuo y el poder.

Asimismo, ha de advertirse que se habla aquí de protección *judicial* y no “jurisdiccional” como lo indican otras definiciones,<sup>3</sup> las que se refieren más particularmente a la protección que existe dentro del mismo ámbito de la administración pública, en especial “lo contencioso-administrativo.” En rigor de verdad, tales definiciones son correctas para un sistema como lo es p. ej. el francés, en que las contiendas entre los particulares y la administración son resueltas en forma definitiva por un tribunal emanado de la misma administración, que es el Consejo de Estado, pero no lo son para un sistema judicial como el nuestro,

<sup>2</sup> En igual sentido en cuanto al carácter esencial de la revisión judicial, especialmente de constitucionalidad de todos los actos estatales, incluidas las leyes, BREWER CARÍAS, ALLAN R., *Estado de derecho y control judicial*, Madrid-Alcalá de Henares, INAP, 1987, p. 9. Ver también TAWIL, GUIDO SANTIAGO, *Administración y justicia*, 2 vols., Buenos Aires, Depalma, 1993; MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, LORENZO, *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid, IEAL, 1983; *Administración y Constitución*, Madrid, IEAL, 1981. Comp. GUASTAVINO, ELÍAS P., *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, 2 vols., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1989.

<sup>3</sup> BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 39 y ss.

en que tales contiendas son siempre resueltas en última instancia por el Poder Judicial,<sup>4</sup> sin perjuicio de que existan medios complementarios —no sustitutos— de contralor.<sup>5</sup>

Lo expuesto no empece otros medios de tutela de los derechos de los particulares frente a los abusos de los titulares del poder político o económico: entes reguladores independientes, el Defensor del Pueblo, tribunales administrativos que dejen abierta la plena revisión judicial, mecanismos de arbitraje o mediación, etc.

### 3. *El contenido de la protección judicial*

Al tratarse de la protección judicial de los individuos contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder de la administración, no se incluye en su totalidad el *procedimiento* que debe seguirse ante el Tribunal Judicial al impugnarse un acto, hecho u omisión administrativa, pues ello forma parte del derecho procesal.<sup>6</sup> Se estudia en cambio, preferentemente, aquello en que tal protección judicial difiere de la que el juez otorga habitualmente a un particular frente a otro.

3.1. Así es como se pueden impugnar y anular actos de la administración que no hayan contravenido una norma jurídica positiva, pero sean arbitrarios, irrazonables, incausados, desviados, de mala fe, etc.

Sin perjuicio de que lo anteriormente señalado es una caracterización importante del sistema del derecho administrativo, la propia legislación positiva reconoce ya estos principios, como ocurre con el art. 7º del decreto-ley 19.549/72, que consagra la prohibición legal de la desviación de poder y la desproporcionalidad, tipificándolos como vicios del acto administrativo.

3.2. Así es también como debe existir un remedio judicial que permita impugnar un acto administrativo, aunque no afecte los derechos subjetivos del recurrente sino incluso sus intereses legítimos o difusos. Esta protección existe en algunos países (clásicamente, Francia) y también en algunas provincias argentinas, en forma limitada (Córdoba, Jujuy, etc.), o amplia. (Formosa, Corrientes, Mendoza, Provincia y Ciudad de Buenos Aires, etc.) En el orden nacional no existía, antiguamente,<sup>7</sup> salvo en materia de medio ambiente. Pero a partir

<sup>4</sup> Ello en virtud de los arts. 18, garantía de la defensa en juicio y 109, prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales. Ver BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, Buenos Aires, 1951.

<sup>5</sup> *Supra*, cap. II *in fine* y cap. III, sección I; nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1982. Entre las definiciones que siguen el criterio expuesto en el texto encontramos, menos enfático, a REVIDATTI, GUSTAVO A., *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1984, p. 130.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Derecho procesal administrativo*, t. I, Madrid, 1955, p. 125 y ss.; ULE, CARL HERMAN, *Verwaltungsprozessrecht*, Munich y Berlín, 1961, 2ª ed., p. 14 y ss.; comp. DIEZ, MANUEL MARÍA, "Control judicial de la administración. El proceso administrativo," *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 1: 11,16, Buenos Aires, 1971.

<sup>7</sup> Ver nuestro art. "Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos (Confusiones que origina «lo contencioso-administrativo»)," en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965-III, 111.

de la Constitución de 1994 se ha impuesto la tutela judicial de los derechos de incidencia colectiva en general.<sup>8</sup> La tendencia que se viene observando es hacia la ampliación de la legitimación para acudir a la justicia en defensa de los derechos afectados por el poder político o económico.

3.3. Del mismo modo, el juez en materia administrativa debe extremar su cuidado en proteger los derechos del particular frente a la administración; y esto es importante recordarlo, pues “los jueces de esos tribunales parecerían olvidar que tal tipo de jurisdicción se implanta, no para proteger al Estado contra el individuo, sino al individuo contra el Estado.”<sup>9</sup>

3.4. El juez tiene la misión de hacer respetar la Constitución por encima y a pesar del legislador y del administrador, pues “Las disposiciones constitucionales establecidas en garantía de la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes del país, constituyen restricciones establecidas *principalmente contra las extralimitaciones de los poderes públicos*.”<sup>10</sup>

3.5. Debe tenerse presente que en nuestra interpretación (que es la norteamericana) de la división de los poderes, corresponde al Poder Judicial el control de la administración, a diferencia del sistema francés en que se considera que no corresponde que la justicia controle la actividad administrativa. De aquel principio se desprende la importante función del juez, como contrapeso fundamental de la administración pública. De esta corta enunciación de razones que otorgan especial realce al contenido y alcance que la protección judicial tiene en el derecho administrativo, se desprende la necesidad de elevarla a la categoría de elemento fundamental de la disciplina. *No habrá derecho administrativo propio de un Estado de Derecho, mientras no haya en él una adecuada protección judicial de los particulares contra el ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa.*

Como dice ADAMOVICH,<sup>11</sup> el control de la legalidad<sup>12</sup> de la actividad administrativa, por órganos estrictamente judiciales, independientes, es fundamental en la materia: “En esta especial relación de la Administración como objeto del control y de la Justicia como órgano de control, encuentra el moderno Estado de Derecho el medio más eficaz para [...] el aseguramiento del principio de la legalidad de la Administración.” Ya recordamos también anteriormente la opinión de BODENHEIMER, quien da carácter fundamental a la función de control en

<sup>8</sup> Ello ha tenido un amplísimo desarrollo reciente, que explicamos *infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, caps. II y III. En el 2009 un fallo de Cámara admitió la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación en una acción de amparo colectivo por el aumento de las tarifas eléctricas.

<sup>9</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, “Lo contencioso-administrativo en la justicia nacional federal,” *LL*, 94: 919.

<sup>10</sup> CSJN, *Fallos*, 137: 251, *Salazar de Campo*, 1922.

<sup>11</sup> ADAMOVICH, LUDWIG, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, t. I, Viena, 1954, 5<sup>a</sup> ed., p. 138.

<sup>12</sup> Se trata no solamente del cumplimiento de la ley sino también de la Constitución y demás normas y principios jurídicos supranacionales y constitucionales, principios generales del derecho, etc. Al respecto nos remitimos a los caps. VI y VII.

el derecho administrativo, a punto tal que sostiene: “Debe definirse el *Derecho administrativo como el Derecho que se refiere a las limitaciones puestas a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas.*”<sup>13</sup>

“Esta rama del Derecho tiene como misión *salvaguardar los derechos de los individuos y grupos frente a invasiones indebidas por parte de los órganos administrativos.* Determina y circunscribe la esfera de acción dentro de la cual deben operar los órganos administrativos; indica también los remedios que quedan abiertos a los ciudadanos o habitantes en caso que el órgano administrativo trascienda su esfera de acción: el control ejercido por los tribunales de justicia sobre los órganos administrativos está destinado, sobre todo, a impedir, prevenir o remediar<sup>14</sup> cualquier violación de los derechos individuales por actos administrativos.<sup>15</sup> La delimitación de esta área de control es, por tanto, una de las funciones más esenciales del Derecho administrativo.”<sup>16</sup>

Por eso no compartimos una crítica que se ha hecho a nuestra definición, señalándonos que no sería posible disociar el estudio del contenido y del procedimiento en la protección judicial del particular, para llegar así a la conclusión de que, puesto que el procedimiento no forma parte del derecho administrativo, tampoco lo formará el contenido de la protección judicial;<sup>17</sup> no la compartimos porque cuando hablamos del “contenido” de la protección judicial no nos referimos exclusivamente a la “teoría de las acciones,” sino a la manera en que el sistema judicial influye o debe influir sobre el derecho de fondo.

No es lo mismo para el derecho administrativo que sólo exista un tribunal desprendido de la propia administración pública, o también un tribunal judicial para resolver las contiendas que se planteen, bajo el control de un Consejo de la Magistratura y un Jurado de Enjuiciamiento que sean independientes y no meros apéndices del Poder Judicial o peor aún, del Poder Ejecutivo o Legislativo; ni que haya jueces en cantidad suficiente o insuficiente; no es lo mismo que se admita o que se niegue la llamada “jurisdicción administrativa,” que se admita

<sup>13</sup> BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, México, 1964, p. 116.

<sup>14</sup> Cuando el derecho administrativo no puede prevenir y evitar el daño, y cae solamente en remediarlo, está en realidad fallando gravemente. Es el caso, cabe decirlo, de nuestro país, con el aditamento que la responsabilidad del Estado tampoco funciona, como ya hemos explicado en otro lugar: “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

<sup>15</sup> Si bien ésta es la manifestación clásica, no cabe olvidar los hechos y omisiones de la administración, las llamadas vías de hecho, y la inconstitucionalidad de las leyes por control difuso de constitucionalidad a través de todos los jueces de cualquier jurisdicción.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 117.

<sup>17</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, 1ª ed., p. 147.

o niegue la revisión judicial de los “actos de gobierno” en sus diversas variantes semánticas (actos no justiciables, actos institucionales, actos constitucionales, etc.), de la actividad administrativa discrecional, etc.

No es lo mismo que el juez entienda que su deber es proteger a la administración y sus concesionarios o licenciatarios, o en cambio al particular, usuario o consumidor; no es lo mismo que el individuo sólo pueda defender su derecho subjetivo, cuando encuentre una norma positiva expresa, a que pueda defender también su interés legítimo o difuso, especialmente cuando el acto es arbitrario o irrazonable, exista o no una regla concreta que lo autorice o condene. Y así sucesivamente, cada una de estas cuestiones van decidiendo automáticamente, objetivamente, el carácter autoritario o no del derecho administrativo que se define. Por cierto, la tutela judicial es necesaria y fundamental, pero no suficiente; de allí que deban también perfeccionarse otros órganos y mecanismos complementarios de contralor.<sup>18</sup> Pero en última instancia el pueblo se equivoca si cree que con reformas constitucionales o legislativas arregla los problemas del control del poder público: Es él mismo quien día a día debe ejercer ese control sobre todos quienes ejercen funciones públicas de cualquier naturaleza. Si cada uno de nosotros no hace lo que la tutela de nuestros derechos indica, entonces sobre nosotros recaerán las consecuencias de la falta de control suficiente, adecuado y oportuno del poder público. Las hegemonías autoritarias no vienen solas, las llamamos nosotros mismos cuando nos permitimos no tener un sistema de control efectivo del poder.<sup>19</sup>

#### 4. *Es un derecho en formación. Conjeturas y refutaciones*

##### 4.1. *El carácter primario, en formación, etc., del ordenamiento jurídico-administrativo*

Las normas y principios que son objeto de estudio por parte del derecho administrativo no forman, según ya hemos dicho, un verdadero sistema coherente, sino tan solo un conjunto de normas jurídicas positivas, de principios de derecho público y de reglas jurisprudenciales, frecuentemente asistemáticas; tampoco las normas legislativas asumen la misión de proteger al individuo, a veces pretenden cercenarle sus derechos.

<sup>18</sup>Nos remitimos a nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1982 y a lo dicho en el cap. II, § 3-5.

<sup>19</sup>Parte de la culpa viene de nuestro hiperpresidencialismo empírico, en que demasiadas atribuciones —incluso algunas inconstitucionales— se concentran en una sola persona: eso es terreno fértil para las hegemonías de todo tipo. Algo hemos dicho en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), Serie de Estudios; “Los derechos humanos en un mundo nuevamente en crisis y transformación,” reproducción del capítulo I de *Derechos Humanos*, en el libro de CLÉMERSON MERLIN CLÈVE, INGO WOLFGANG SARLTET, ALEXANDRE COUTINHO PAGLIARINI (coords.), *Direitos humanos e democracia*, Río de Janeiro, Forense, 2007, pp. 1-10.

En todo ello juega un papel preponderante la doctrina, que en nuestro país arrastra una inexplicable tendencia a favorecer las teorías cesaristas y no las que enfatizan el control judicial, parlamentario o por entes o autoridades independientes.<sup>20</sup>

A diferencia de otras ramas del derecho positivo, no se halla ésta completamente legislada y por ello debe recurrirse frecuentemente a elaboraciones jurisprudenciales o a principios constitucionales o de derecho supranacional para configurar una institución de derecho administrativo: eso lo torna bastante impreciso, muy librado a disquisiciones, contradicciones y oscuridades doctrinarias, arbitrariedades de los órganos administrativos cuando los jueces no imponen en tiempo oportuno la protección de la persona humana; a evoluciones e involuciones.

#### 4.2. *Las conjeturas y refutaciones en la ciencia del derecho administrativo*

Por lo mismo que es un derecho en *formación*, como generalmente se expresa,<sup>21</sup> o un derecho *joven* o *reciente*, como también se ha dicho,<sup>22</sup> no siempre resulta convincente en sus construcciones, sobre todo cuando la doctrina se dedica a cuestiones puramente teóricas y carentes totalmente de sustrato empírico.

Sus hipótesis y conjeturas resultan frágiles ante la contrastación con la experiencia cotidiana, al menos en nuestro país,<sup>23</sup> en la medida que los principios explicados en los libros, como derivación razonada del derecho legislado y aplicado por los tribunales, no llevan a una administración respetuosa de los derechos ya que la arbitrariedad administrativa subsiste a despecho, o al amparo, de las teorías y hasta de las normas.<sup>24</sup> Nuevas conjeturas e hipótesis son así constantemente necesarias.

<sup>18</sup>Hemos expuesto más detalladamente las influencias asistemáticas en el ordenamiento administrativo en el prólogo de nuestra obra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. VII-XVI, que también hemos descrito en nuestro libro *Derechos Humanos*, desde la lejana 1ª ed. hasta la sexta actual, en colaboración.

<sup>21</sup>VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 47; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 147; BIELSA, *op. cit.*, t. I, 6ª ed., p. 37; DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 281. Estas expresiones pertenecen a un pasado romántico en que se idealizaba al derecho codificado, como hemos explicado en nuestra *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007. Claro está, nosotros hemos cometido el mismo error, cuando hicimos en 1964 un Proyecto de Código Administrativo que sirvió de base a mucha legislación provincial y nacional posterior. En la medida que era un proyecto garantista, que lo hayan seguido es bueno. Pero ocurre que las iniciativas oficiales, salvo este caso excepcional en que se nos encomendara este trabajo sin condicionamientos, suelen buscar el reaseguro de la libertad del poder político, la impunidad, el descontrol, el gasto ilimitado, la corrupción misma. Sólo los tratados internacionales que suscribimos vienen con una impronta distinta, por lo cual no somos de aquellos que se quejan de la globalización. Gracias a ella tenemos muchas normas protectoras que internamente no habríamos jamás dictado.

<sup>22</sup>RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, p. 27, 1983, 10ª ed., p. 31; CLARKE ADAMS, JOHN, *El derecho administrativo norteamericano*, Buenos Aires, 1964, p. 21; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 148.

<sup>23</sup>Un ej. notorio lo dá la diferencia entre la responsabilidad del Estado que declaman los autores y su práctica real, como explicamos en los diversos trabajos publicados que recordamos en la nota 14: "La responsabilidad del Estado en la práctica."

<sup>24</sup>MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Cuadernos Res Publica Argentina, Rap, Buenos Aires, 2007.

A juicio del autor, en esta materia existen muchas construcciones, teorías e “instituciones” que no siempre tienen una base lógica o jurídica fuerte. Frente a ellas es necesario adoptar una drástica actitud, un espíritu crítico cartesiano de duda permanente. Hay que estar decidido de antemano a cortar de raíz con aquellas teorías y doctrinas que no tengan un fundamento evidente y que en la experiencia sirvan para el autoritarismo y no para la libertad.

Conjeturamos que una explicación psicológica de esta peculiaridad del derecho administrativo puede ser una inconsciente tendencia a tratar de crear principios propios y específicos que den un falso color de legitimidad al ejercicio del poder, sea éste bien o mal ejercido; que “justifiquen” la existencia autónoma de la materia, frente al derecho común;<sup>25</sup> de ese modo el poder ostentar una serie de teorías extrañas es la mejor demostración práctica de que la autonomía existe y de que alguna extralimitación del poder es válida.<sup>26</sup> Pero eso queda o debería quedar<sup>27</sup> para el pasado; no estando ya en tela de juicio la autonomía científica de la materia, es hora de que madure definitivamente y se despoje del ramaje y la fronda innecesaria, que le impide a veces ver claramente la realidad.

Para superar las observaciones de que es una materia muy “oscura,” “teórica,” “inventada” o muy difícil, nada mejor que atacar directamente las causas de su oscuridad, dificultad, irrealidad, etc.; es necesario entonces tratar de dar fundamentos empíricos lógicos y jurídicos a los principios e hipótesis que se enuncian y en caso de no encontrarlos, pronunciarse decididamente por la supresión del supuesto principio.<sup>28</sup> Es lo que hacemos, p. ej., con las conocidas teorías del “poder de policía,”<sup>29</sup> de la “zona de reserva de la administración,” los “actos de gobierno” (terminología hoy en día desprovista ya de su significación originaria, porque los autores de esta orientación político jurídica autoritaria prefieren emplear

<sup>25</sup> Véase una aguda comparación práctica entre derecho civil y administrativo, en cuanto a su evolución, en WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Munich, 1971, 8ª ed., p. 1. Ver también NASS, OTTO, *Reforma administrativa y ciencia de la administración*, Madrid, 1964, pp. 175-6, a quien sigue MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *El proceso de la definición de derecho administrativo*, Madrid, 1967, p. 43.

<sup>26</sup> Comparar MEILÁN GIL, *op. cit.*, pp. 42-3: “Este es el drama íntimo del Derecho administrativo: su innata aspiración a ser un Derecho común, cuando la inestabilidad de su materia le inclina a un carácter de Derecho episódico.” Hemos oído a un eminente colega nuestro, antes citado, que así como la moneda local no sirve sino para las operaciones cotidianas, pero que en cualquier operación de importancia se usa el dólar, así también ocurre con el derecho y la jurisdicción: Si la operación es muy importante, son los propios ciudadanos argentinos que piden el sometimiento del contrato a la ley y a la jurisdicción de un país desarrollado, pactando entonces la jurisdicción extranjera.

<sup>27</sup> REVIDATTI, *op. cit.*, pp. 240-1: “Así como el Estado [...], se forma tras el triunfo que el rey consiguió sobre los señores feudales, a los que debía tributo y al poder temporal de la Iglesia, al que debía obediencia, así esta nueva disciplina, poco a poco deja de pagar tributo y de rendir obediencia [...] La separación, por supuesto, nunca fue absoluta.”

<sup>28</sup> O en otras palabras, verificar su falsedad a través de hechos y experiencias que demuestran que tales teorías son sustento de comportamientos autoritarios, excesos, abusos, etc., no censurados ni controlados, que son la antítesis del derecho administrativo.

<sup>29</sup> De explicable persistencia en los países con tendencia autoritaria, como hemos explicado en “Policía y poder de policía,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41. Ver también *infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. V, “El “poder de policía”.”

palabras menos evidentes, a su juicio, como actos no justiciables, actos institucionales, actos constitucionales, etc.: Pero la denegación de justicia nadie deja de advertirla, aún cuando quieran ocultarla enfatizando la tutela judicial “efectiva,” la “jurisdicción administrativa,” la “ejecutoriedad” del acto administrativo, la “doble personalidad” del Estado, las “potestades” administrativas, etc. Si se acepta continuar repitiendo las construcciones y conjeturas elucubradas sin base real en el pasado,<sup>30</sup> el derecho administrativo estará condenado a seguir siendo una materia a despecho constante de la realidad, en un falsamiento permanente de sus dogmas. Su madurez intelectual sólo la alcanzará cuando no sea necesario ocuparse de tales falsas teorías y principios, y pueda omitirse su consideración sin peligro de que el error reaparezca en la mente de los juristas de un mundo libre y un Estado moderno, democrático, constitucional, post-feudal. Que quede el camino abierto para conjeturas renovadoras, ideas nuevas, contrastaciones. Como dice POPPER: “No sabemos: sólo podemos adivinar [...] Pero domeñamos cuidadosa y austeramente estas conjeturas o «anticipaciones» nuestras, tan maravillosamente imaginativas y audaces, por medio de contrastaciones sistemáticas [...] nuestro método de investigación no consiste en defenderlas para demostrar qué razón teníamos; sino, por el contrario, tratamos de derribarlas.”<sup>31</sup> Agrega más adelante que “el único medio que tenemos de interpretar la Naturaleza son las ideas audaces, las anticipaciones injustificadas y el pensamiento especulativo: [...] los que no están dispuestos a exponer sus ideas a la aventura de la refutación no toman parte en el juego de la ciencia [...] La petición de objetividad científica hace inevitable que todo enunciado científico sea provisional para siempre: sin duda, cabe corroborarlo, pero toda corroboración es relativa a otros enunciados que son, a su vez, provisionales.”<sup>32</sup>

##### 5. *No es solamente derecho interno. El derecho administrativo internacional y el derecho administrativo global o mundial*

Ha sido en el pasado una afirmación corriente, en el derecho administrativo antiguo, que éste o su régimen era interno. Esa afirmación era a nuestro juicio inexacta ya hace algunas décadas,<sup>33</sup> pero lo es cada vez mas hoy en día. Por

<sup>30</sup> O peor aun, conjeturas verificables en la realidad del Estado feudal o absolutista, o en ciertos gobiernos *de facto*, nacidos o devenidos como tales, pero que son falsas en la contrastación con un Estado moderno y democrático de Derecho. Ver THEA, FEDERICO G., “Los trasplantes legales al servicio del Poder,” *LL. Sup. Adm.* 2008 (diciembre), p. 26; VIÑA, GONZALO E.D. y CASAS, PABLO G., “Con garantistas así...,” *RPA*, 2006-3, 51. Comp. REVIDATTI, *op. loc. cit.*

<sup>31</sup> KARL L. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973, pp. 259-60; desde luego, estamos reiterando citas ya transcriptas en el cap. I. Como expresa en igual sentido con su siempre brillante pluma NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho Administrativo Mexicano*, México, D.F., F.C.E., 1995, p. 56: “es obra inacabada siempre.”

<sup>32</sup> POPPER, *op. loc. cit.*

<sup>33</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, t. I, *op. cit.*, p. 77; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 149; DIEZ-HUTCHINSON, *Manual de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Plus Ultra, 1985, p. 67; REVIDATTI, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 81.

nuestra parte, nos apartamos de ella en 1962, en ocasión de publicar la primera ed. de nuestra *Introducción al derecho administrativo*<sup>34</sup> y con el tiempo no hemos sino encontrar crecientes ejemplos que permiten ratificar y si cabe intensificar dicha idea.

Es claro que puede avanzarse hacia la noción de un derecho administrativo no solamente nacional sino también internacional.<sup>35</sup> La tendencia es tan fuerte y evidente, como explicaremos a continuación en este mismo acápite, que algunos autores, en el segundo caso, han puesto de moda la tendencia a denominarlo más bien global,<sup>36</sup> en un cambio de nombres que no cambia la realidad,<sup>37</sup> a menos que se interprete global en algún sentido restringido.<sup>38</sup>

### 5.1. *El régimen administrativo internacional*

Veamos:

1º) Cabe señalar la organización de los organismos internacionales: ONU, OEA, OIT,<sup>39</sup> BID, BM,<sup>40</sup> FMI, OEDP, etc., en todos los cuales hay un régimen

<sup>34</sup> Buenos Aires, Perrot, 1962.

<sup>35</sup> Ampliar *infra*, t. 2, cap. XVI, “La justicia administrativa internacional,” cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional;” “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2005, 326: 391-400; “La creciente internacionalización del derecho. Consecuencias en el régimen de las fuentes del ordenamiento jurídico,” en *Doctrina Pública*, 2004-XXVI-2, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 213-226; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en *ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10; SALOMONI, JORGE LUIS, “La internacionalización del contencioso administrativo en la República Argentina,” *RPA* 2006-1, 7,

<sup>36</sup> KINSBURY, BENEDICT; KRISCH, NICO y STEWART, RICHARD B., “El surgimiento del derecho administrativo global,” *RPA* 2007-3, pp. 25-74; los trabajos en el libro de homenaje a GÉRARD TMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS, *Values in Global Administrative Law*, en prensa, 2009, en que participamos cuestionando la denominación: “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” texto y nota 2. Para mostrar la labilidad del lenguaje y la falta de carácter técnico o preciso de cualquier palabra de derecho, como se explicara en el cap. I de este vol., hemos escogido otra palabra, mundial, reenfatizándola con unidad del orden jurídico mundial, para demostrar una vez más que con las palabras no se cambia nada: “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Buenos Aires, Rap, 2009. Pero el avance parece irrefrenable: ver *Congreso Internacional sobre Derecho Administrativo Global*, [http://www.facydc.uanl.mx/avisos/derecho\\_administrativo/index.html](http://www.facydc.uanl.mx/avisos/derecho_administrativo/index.html). BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 225, sostiene que el derecho administrativo debe relacionarse con el derecho administrativo comunitario y global, influyendo y decidiendo sobre aquél. Interpretamos que sugiere la prelación del derecho administrativo internacional sobre el interno, como no puede ser de otro modo en el mundo de hoy.

<sup>37</sup> Como siempre, nos remitimos nuevamente al cap. I del presente t.

<sup>38</sup> Como hace CASSESE, SABINO, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laera, 2003; versión castellana como *La globalización Jurídica*, INAP y Marcial Pons, Madrid, 2006, con prólogo de LUIS ORTEGA. Tanto el autor como el prologuista dejan en claro que se refieren solamente a la Unión Europea, sin perjuicio de recordar, con JEAN MONNET, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, p. 617, que ella no es sino “una etapa hacia formas de organización del mundo de mañana.” Ver CASSESE, *La globalización jurídica*, op. cit., p. 31.

<sup>39</sup> Al TA de la OIT, solamente, se han sometido más de medio centenar de otras organizaciones internacionales. Ver <http://www.ilo.org/public/english/tribunal/membership/index.htm>

<sup>40</sup> El BM, además de su propio TA, tiene el sistema de tribunales arbitrales del CIADI.

administrativo del *personal*, con tribunales administrativos de resolución de diferendos.<sup>41</sup>

Si bien en el ámbito externo de aquellos entes se aplica el derecho internacional público, su régimen de derecho administrativo no es interno a ninguno de los países contratantes y tampoco integra el derecho internacional público,<sup>42</sup> aunque en ocasiones los miembros de los tribunales administrativos internacionales pertenecieron a esa rama del derecho. Ello hace que los principios jurídicos aplicados vayan teniendo mayor uniformidad.

Los principios de competencia, jerarquía, deber de obediencia, estabilidad, derechos y deberes del cargo, carrera, retiro, privacidad, derecho de agremiación, requisitos de validez y competencia de los actos, límites a la discrecionalidad administrativa (sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin, proporcionalidad, buena fe, doctrina de los actos propios, etc.) y otras formas del debido proceso adjetivo y sustantivo, son todos propios del derecho administrativo<sup>43</sup> y no del derecho internacional.<sup>44</sup>

La integración de los tribunales administrativos internacionales se hacía antiguamente con juristas provenientes del campo del derecho internacional público, pero ya es clara la tendencia a preferir juristas provenientes del campo del derecho administrativo de sus respectivos países, como ocurre con la reciente integración del Tribunal Administrativo de Apelaciones de la ONU.<sup>45</sup>

La discusión no es ociosa,<sup>46</sup> porque cuando se parte de la hipótesis que se aplica el derecho internacional y no el derecho administrativo internacional, los clásicos supuestos de control en el derecho administrativo tienden a no ser aplicados, como ocurre frecuentemente con los tribunales del CIADI, que comienzan por tener una cláusula de privacidad totalmente incompatible con

<sup>41</sup> Ampliar *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XVI.

<sup>42</sup> Ver IPSEN, HANS PETER, "Deutsche Verwaltung und europäische Wirtschaftsintegration," en la revista *Die öffentliche Verwaltung*, 13/14: 441, Stuttgart, 1968.

<sup>43</sup> Ver VELASCO, EUGENIO, *Los tribunales administrativos en general y el del Banco Interamericano de Desarrollo en particular*, BID, Washington, 1985, cap. II, p. 16 y ss. y pp. 36-9.

<sup>44</sup> Algunos autores distinguen entre Derecho administrativo internacional y Derecho internacional administrativo: REVIDATTI, *op. cit.*, pp. 80-1; en el derecho penal distingue derecho penal internacional y derecho internacional penal ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § II, 1, p. 187; § 15, VI, "Interdisciplinarietà con el derecho administrativo," p. 204-8. En el derecho administrativo nos parece que él es nacional o supranacional o internacional, pero no vemos dentro del derecho internacional una rama referida al derecho administrativo. Hemos integrado diversos tribunales administrativos internacionales en nuestra vida, seis hasta el presente (BID, OEA, FMI, ONU, OIT, OEDP) sin encontrar una respuesta diferente. Por supuesto, no se puede demostrar que algo no existe, pero a nuestro juicio no haberlo encontrado hasta el presente sugiere que la hipótesis es poco probable, o incluso improbable. Lamentamos discrepar con nuestro querido amigo REVIDATTI cuando ya no se encuentra entre nosotros para replicarnos.

<sup>45</sup> En inglés y otros idiomas es *Appeals Administrative Tribunal*, pero en castellano se prefirió la denominación francesa y española clásica, también propia de algunos países sudamericanos, de llamarlos de lo Contencioso Administrativo.

<sup>46</sup> Ello, sin perjuicio que la terminología que objetamos encuadra perfectamente dentro de la crítica de POPPER, KARL, "Contra las grandes palabras," en su libro *En busca de un mundo mejor*, Paidós, Barcelona, 1996, pp. 113-129.

el derecho administrativo de cualquier país del mundo y por supuesto también del derecho administrativo internacional.<sup>47</sup>

2º) Los acuerdos de integración, tales como el MERCOSUR, NAFTA, ALCA, la Unión Europea, etc., en mayor o menor medida dan nacimiento a un derecho comunitario (con normas que en gran parte son de derecho administrativo) y tribunales supranacionales.<sup>48</sup> El fenómeno está en constante expansión, pero algunas propuestas son a muy largo plazo,<sup>49</sup> pues es evidente que movimientos como el de la Unión Europea llevan largas décadas, con avances y retrocesos, y el derecho o hasta el gobierno eventualmente mundial, como en las novelas de ciencia ficción avanza con el lento e imperceptible movimiento de un glaciar.

Pero no nos engañemos, aunque no siempre esté a la vista no agudizada del funcionario, abogado asesor o litigante e incluso magistrado en la vida cotidiana, todos los cuales no necesariamente están o pueden estar atentos a la evolución de la realidad normativa internacional, no por eso ella deja de avanzar continuamente.

Como no tenemos el entrenamiento de los internacionalistas de estar atentos a los tratados que el país celebra sin cesar para mantenerse al menos comunicado con el mundo desarrollado, resulta con frecuencia que los abogados que estamos en disciplinas concretas no estamos al tanto de los cambios que se van produciendo operativamente en las diversas disciplinas a resultas de la celebración de tratados internacionales.

Estamos ilegal e inconstitucionalmente acostumbrados a que se dicten leyes y a esperar su reglamentación para recién entonces comenzar a aplicarlas, y podemos entonces caer en la ilusión que la ratificación de un tratado por el Congreso, su promulgación por el Poder Ejecutivo y el depósito del instrumento de ratificación en el órgano internacional que corresponda, todavía necesitan de algo más para ser derecho interno vigente y aplicable, sin más. Craso error.

Podemos así llegar a ignorar, no sólo como particulares que operamos el derecho desde una u otra función, sino sobre todo como gobiernos, la verdadera extensión de las obligaciones internacionales asumidas y exigibles por la sociedad de las naciones civilizadas, no solo por la vía diplomática, sino por la pertenencia misma a mecanismos o redes como el Grupo de los 20; pero también

<sup>47</sup> Ampliar *infra*, t. 2, cap. XVIII, "El arbitraje administrativo internacional;" MONTI, SANTIAGO, "What international investment law and Latin America can and should demand from each other. Updating the *Bello/Calvo* doctrine in the BIT generation," *RPA* 2007-3, pp. 75-106; BARRAGUIRRE, JORGE A., "Los tratados bilaterales de inversión (TBI) y el convenio CIADI. ¿La evaporación del derecho administrativo doméstico?" *RPA* 2007-3, pp. 107-122; NINO, EZEQUIEL, "Inversiones extranjeras en países en desarrollo: alguien debería intervenir a nivel global?" *RPA* 2007-3, pp. 123-141y sus respectivas remisiones.

<sup>48</sup> Ver FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO (tesina inédita), 2008, "Derecho Administrativo Internacional: El panel de Inspección del Banco Mundial y otros mecanismos de Inspección Independientes en las principales organizaciones internacionales dedicadas al desarrollo," pp. 8 y 9; *supra*, nota 31.

<sup>49</sup> P.ej. la referida en nuestro libro *The Future of Latin America: Can the EU Help?* Londres, Esperia, 2003, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS.

por la aplicación de jurisdicción internacional en el CIADI y de jurisdicción extranjera en los delitos de lesa humanidad y los de corrupción, y además en la deuda externa.<sup>50</sup>

3º) A ello cabe agregar el progresivo dictado de tratados con elementos de derecho administrativo internacional, p. ej. en materia de tutela del medio ambiente,<sup>51</sup> derecho comunitario,<sup>52</sup> derecho del mar,<sup>53</sup> control de la corrupción tanto nacional como internacional,<sup>54</sup> lavado de dinero,<sup>55</sup> etc.

La corrupción y sus delitos conexos, como lavado de dinero, soborno transnacional, narcotráfico, terrorismo,<sup>56</sup> van en camino de constituirse en un nuevo derecho de gentes, asimilable a los delitos imprescriptibles de lesa humanidad.

Ya nuestro país ha sido citado por el GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, para dar explicaciones acerca de su cumplimiento o incumplimiento de normas internacionales de lavado de dinero por la ley de blanqueo impositivo dictada el año 2008, sin establecer la obligación de denunciar el origen de los fondos,<sup>57</sup> y nuestro país envía a Francia en el 2009 una misión presidida por el Ministro de Justicia,<sup>58</sup> que será seguida de una misión de inspección del GAFI

<sup>50</sup> Así, la responsabilidad interna disminuye y la externa se incrementa, como explicamos en el capítulo XX del t. 2, y en “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en *XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, RAP, año XXVIII, Buenos Aires, 2005, 326: 391-400. La disminución de la responsabilidad interna es casi pública y notoria ante hechos que no han podido ser impedidos, como la confiscación de los fondos privados de jubilaciones y pensiones o la pesificación asimétrica, y tantas otras violaciones a nuestro sistema constitucional. Ver nota 14, *supra*.

<sup>51</sup> Ver AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1992, p. 131 y ss.

<sup>52</sup> CARTOU, LOUIS, *L'Union européenne*, París, Dalloz, 1994, p. 87 y ss.; ISAAC, GUY, *Droit Communautaire général*, París, Masson, 1983; CHITI, MARIO P., *Diritto Amministrativo Europeo*, Milán, Giuffrè Editore, 1999.

<sup>53</sup> ROZAKIS, CHRISTOS L. y STEPHANOU, CONSTANTINE, A. (eds.), *The New Law of the Sea*, Amsterdam, North-Holland, 1983.

<sup>54</sup> “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción”, *LL*, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción”, *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, La Plata, Asesoría General de Gobierno, 1998, pp. 101 a 119; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 2000-IV-1269; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *VIII Encuentro de Asesores Letrados. Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

<sup>55</sup> El cumplimiento nacional es escaso o inexistente. Ver p. ej., ROBLEDO, DANIEL, “La ley de lavado de dinero y la «tronización» del secreto de las actuaciones,” *RPA* 2006-2, 53-8; ello se refuerza negativamente con el omnicompreensivo y ultragenérico “blanqueo” impositivo de 2008/9, etc. Ver el texto y notas siguientes.

<sup>56</sup> Se puede objetar la lógica de la asimilación plena, desde luego, pero en todo caso la conexión la hace expresamente el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

<sup>57</sup> A la fecha de entrada en imprenta de este libro, sólo se pensaba exigir una declaración jurada de que el origen de los fondos no era delictivo...

<sup>58</sup> KANENGUISER, MARTIN, “El Gobierno ride un examen internacional por el blanqueo,” *La Nación*, *Sección Economía & Negocios*, 17 de febrero de 2009, p. 1.

en el mismo 2009, más una visita de inspección del FMI. Todos los apartamientos al orden internacional que se ha suscripto tienen consecuencias y ellas empiezan, pero no se agotan, en el orden interno.<sup>59</sup> Si le agregamos confiscaciones sin indemnización, mantenimiento y agravamiento del *default*, tolerancia a delitos internacionales,<sup>60</sup> bien se comprende que nuestra inserción en el mundo nos crea muchas obligaciones, nos querramos dar por enterados o no. Además, no querer darnos por enterado que este tipo de lesiones al orden jurídico internacional tiene consecuencias, es contraproducente, pues da lugar no solamente a la falta de acceso a los mercados internacionales de capitales, al retraimiento de la inversión externa, el aislamiento internacional, sino también, por si fuera poco, al nacimiento de la jurisdicción extranjera, como ocurrió antes de ahora con los delitos de lesa humanidad de la dictadura militar y ocurre ahora con el *default* a los *holdouts*, las acciones ante el CIADI, etc. Los caprichos o delitos de nuestros gobernantes cuestan bien caro tanto a los contribuyentes como a los excluidos del sistema social, aunque se los cometa supuestamente en defensa de los segundos.

### 5.2. *El régimen supranacional de garantías individuales*

Donde más claramente se advierte que el derecho administrativo no es meramente derecho interno, es en la existencia y aplicabilidad de un régimen internacional o supranacional de garantías individuales y libertades públicas, como es el establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La ratificación de dicha Convención por nuestro país y nuestro igual sometimiento a la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana, con más su expresa inclusión constitucional en 1994, es clara demostración de que rigen en nuestro país los principios y normas de derecho administrativo de carácter supraconstitucional y supranacional,<sup>61</sup> que son una de sus bases elementales,<sup>62</sup> de aplicación operativa y directa;<sup>63</sup> más aun, nuestra Corte Suprema ha recono-

<sup>59</sup> P. ej., ya nuestro mercado de valores está seriamente afectado: GABIN, LEANDRO, "La bolsa argentina rezagada: es la que menos dinero mueve en la región después de la de Venezuela," *El cronista comercial*, sección *Finanzas y Mercados*, 17 de febrero de 2009, p. 1. En el orden internacional, es la pérdida del acceso a los mercados de capitales, y la pérdida de países compradores, fruto de nuestras políticas aislacionistas. Todo se puede hacer desde el gobierno, pero el país paga las consecuencias. Por la prohibición de exportación de carnes, entre otras medidas de igual tenor, se produce lo que CRETZAZ, JOSÉ, llama "Fuerte caída del *soy* ganadero," con la posibilidad de que un país ganadero tenga que llegar a importar carne: *La Nación*, Sección *Economía & Negocios*, 17 de febrero de 2009, p. 1.

<sup>60</sup> Salvo, claro está, los delitos de lesa humanidad cometidas en la última dictadura militar.

<sup>61</sup> Se ha generalizado la terminología de un derecho internacional de los derechos humanos, p. ej. SÁNCHEZ MORÓN, en el libro de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1983, 2ª ed., p. 27; ZAFFARONI, *op. cit.*, § 15, III, p. 194 y ss.

<sup>62</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 15, destaca "un estándar mínimo y común de libertad en todo el espacio europeo, por encima tanto de Estados y regímenes políticos, como, sobre todo, en el orden práctico, de sistemas y tradiciones jurídicas."

<sup>63</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 16, recuerda su "valor en derecho interno."

cido la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional, incluidas las opiniones consultivas.

### 5.3. *El régimen supranacional contra la corrupción*

Cabe igualmente reiterar la importancia de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención Internacional contra el soborno transnacional y el lavado de dinero, que tienen diversas normas y principios operativos. Reconocen la jurisdicción de otros países sobre hechos acaecidos en nuestro territorio (art. Vº de la primera y 7º de la segunda), del mismo modo que lo hace el tratado contra la tortura (art. 5º) y otros. Su expresa vinculación de corrupción, crimen organizado y narcotráfico debe así ser un llamado de atención para quienes incurran en tales hechos, ya que los tribunales norteamericanos, p. ej., han comenzado a juzgar hechos de soborno transnacional, así definidos porque la pretensión normativa es su juzgamiento por cualquiera de los Estados parte aún cuando ellos hubieran ocurridos fuera de su país,<sup>64</sup> al igual que admiten, en asuntos vinculados al narcotráfico, el principio *male captus, bene detentus*.<sup>65</sup> Un conocido corrupto argentino, al escucharnos hace algunos años esta exposición, se acercó a decirnos “¿Qué problema para FUJIMORI, no?” Pero el problema no es solamente de FUJIMORI, es de todos quienes se enriquecen con la función pública, cualquiera sea el mecanismo utilizado.

### 5.4. *Primeras conclusiones*

Por tales motivos nos inclinamos por no hacer la limitación antedicha en la definición de la materia, máxime cuando una creciente tendencia del mundo hacia la integración subregional, regional y mundial hace cada vez más importante el mentado aspecto internacional de la disciplina.<sup>66</sup>

## 6. *Otros criterios excluidos*

### 6.1. *No se refiere exclusivamente a la administración pública*

Algunas definiciones muy antiguas<sup>67</sup> y otras algo más recientes<sup>68</sup> consideraban que el derecho administrativo estudia la actividad de la administración pública, o lo que es lo mismo, del Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes, olvidando tanto la función administrativa de los otros poderes, las autoridades

<sup>64</sup> Por eso las empresas con sede en EE.UU. que tienen actividades en países con riesgo de corrupción, encargan a consultores externos la realización de estudios de *due diligence* sobre el propio cumplimiento en el exterior de la legislación federal norteamericana contra el soborno transnacional.

<sup>65</sup> Ver *infra*, cap. VI, § 1.4.2 y sus remisiones a los casos *Weltover* y *Alvarez Machaín* de 1992.

<sup>66</sup> Ver también los párrafos finales de los caps. II, III y IV, y el prefacio a esta décima edición.

<sup>67</sup> SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1903, p. 38; SARRÍA, FÉLIX, *Derecho Administrativo*, Córdoba, 1950, 4ª ed., p. 50.

<sup>68</sup> DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 263 y ss.; ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, vol. I/1, Madrid, Tecnos, 1989, 9ª ed., p. 29.

administrativas independientes, los entes reguladores, etc., como las funciones administrativas de personas públicas no estatales. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina contemporánea amplía el campo del derecho administrativo al estudio objetivo de toda la actividad de tipo administrativo, sea o no realizada por órganos administrativos.<sup>69</sup> En la actualidad, con el retorno al sistema de servicios públicos privatizados, han aumentado las razones para no utilizar aquellos criterios orgánicos como definitorios, incluso aunque se hayan reestatizado algunas empresas como AYSA, el Correo Argentino y Aerolíneas Argentinas. De mantenerse la misma composición parlamentaria actual es posible que el proceso continúe, pues algunas medidas fueron aprobadas aún con el voto de parte de la oposición.

La cuestión está supeditada al criterio que se adopte al definir qué es la función o la actividad administrativa: Si se interpretara que sólo el Poder Ejecutivo y sus órganos dependientes realizan actividad regida por el derecho administrativo, entonces es coherente definir a este último de ese modo. En cambio, si se acepta que también los Poderes Legislativo y Judicial realizan actividad de tipo administrativa sujeta a los principios de esta disciplina, la conclusión contraria es inevitable. No podrá sostenerse que haya actividad administrativa de estos poderes regida por los principios del derecho administrativo y no comprendida, sin embargo, en la definición de este último.<sup>70</sup>

En consecuencia, el derecho administrativo no sólo estudia la actividad del *órgano* administración pública, sino más bien el total de la *actividad* de índole administrativa, sea que la realice el órgano administrativo o los órganos Poder Judicial o Poder Legislativo, e incluso las personas no estatales en cuanto ejercen poderes públicos.

Este último es el caso de los concesionarios o licenciarios de poderes monopólicos o exclusivos otorgados por el Estado. Para ser congruentes con el sistema constitucional deben ser interpretados restrictivamente, bajo el principio de que en la duda debe estarse a favor del usuario. Esto es materia de derecho administrativo, como todo lo demás establecido al respecto en el art. 42 de la Constitución. Lo mismo ocurre con el derecho a un ambiente sano, claro principio de derecho administrativo establecido en el art. 41, que es oponible tanto a las administraciones públicas como a los particulares que lo lesionen, incluso mediante la acción de amparo por los derechos de incidencia colectiva, a tenor

<sup>69</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Civitas, 1993, 6ª ed., p. 42; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Tecnos, 1989, 11ª ed., p. 114; PARADA, RAMÓN, *Derecho administrativo*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 1990, 2ª ed., p. 10; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, *Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1992, 9ª ed., p. 82 y ss.; COSCULLUELA MONTANER, LUIS, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1994, 5ª ed., p. 47.

<sup>70</sup> Acerca del problema de si existen o no actividades de los otros poderes regidos por el derecho administrativo, ver lo que desarrollamos *infra*, cap. IX, "Las funciones del poder," § 20, "Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres poderes."

del art. 43. La Corte Suprema ha dado un fuerte impulso al amparo colectivo en el fundamental fallo *Halabi*, de febrero de 2009,<sup>71</sup> y otros tribunales inferiores están adoptando el mismo criterio, p.ej. la CMNAC. CA, SALA DE FERIA, en el amparo colectivo iniciado por el Defensor del Pueblo de la Nación contra lo que reputa un arbitrario aumento de las tarifas eléctricas, también en 2009.

## 6.2. *No sólo estudia las relaciones de la administración pública*

Aun tomando al concepto de administración pública en sentido amplio —abarcando todo órgano que ejerza función administrativa, sea él o no órgano administrativo—, no será suficiente con indicar que el derecho administrativo estudia las relaciones “entre los entes públicos y los particulares o entre aquéllos entre sí,”<sup>72</sup> porque también estudia la organización interna de la administración, su estructura orgánica y funcional, los medios de la actividad administrativa y la forma que ella adopta.<sup>73</sup> Por tales razones se prefiere denominar al derecho administrativo en el sentido que abarca “la estructura y el funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa,”<sup>74</sup> o “la organización y la actividad de la administración pública,”<sup>75</sup> o “la organización y el funcionamiento de la administración pública, así como la regulación de las relaciones interorgánicas, interadministrativas y las de las entidades administrativas con los administrados.”<sup>76</sup>

Estas definiciones, sin embargo, pecan en parte por exceso y en parte por insuficiencia. Son excesivas en cuanto enumeran los dos elementos en cuestión —organización administrativa y relaciones— lo que puede parecer un poco superfluo si se tiene en cuenta que dado que la organización administrativa hace al estudio del sujeto u órgano que ejerce la función administrativa, se puede abarcar ambos elementos diciendo que el derecho administrativo *estudia el ejercicio de la función administrativa*.

En esta tesitura, hemos sostenido que no es necesario aclarar expresamente que dentro del “ejercicio de la función administrativa” se incluye el estudio del órgano que la ejerce, pues dicha inclusión es obvia.<sup>77</sup> En efecto, si no resultara

<sup>71</sup> LL, 4-III-09, p. 3 y nota de GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?” Para los antecedentes ver nuestro art. “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” LL, 1997-F, 1318. Reproducido, con modificaciones, bajo el título “Los grandes fallos de la actualidad,” en la 2ª ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998.

<sup>72</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 77.

<sup>73</sup> Ver ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, Milán, 1958, 8ª ed., pp. 26-7: “la parte del derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de actividad de la administración pública y las consecuentes relaciones jurídicas entre la misma y los demás sujetos.”

<sup>74</sup> SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 21.

<sup>75</sup> DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 264.

<sup>76</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 149.

<sup>77</sup> Lo sostuvimos en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1962, 1ª ed., p. 46.

claro que hablar de la actividad administrativa presupone también la consideración de la organización administrativa, *a pesar de que el autor lo diga expresamente*, entonces nada es suficiente: en tal actitud sería necesario hacer una enumeración de todas las cosas que el derecho administrativo comprende, ya que muy pocos las captarían por sí mismos en forma directa de la definición. Habría que señalar entonces que el derecho administrativo estudia la “estructura administrativa, la organización centralizada y descentralizada, la función pública, el acto administrativo, los reglamentos, los contratos administrativos, el procedimiento administrativo, la responsabilidad del Estado, el dominio público, las limitaciones a la propiedad privada,” etc., lo que no sería conveniente.

La definición de una disciplina debe buscar un elemento de síntesis que en lo posible pueda ser comprensivo de todas las partes que la componen. No por buscar mayor claridad debe caer en la mera enumeración. Justamente, la definición será una síntesis que por sí sola es insuficiente para el conocimiento de la materia. Debe ser completada con los demás elementos que proporcionará la lectura de la obra.

Si, en consecuencia, los autores que incluyen la “organización” como un elemento *conceptual* del derecho administrativo, además de las “relaciones” administrativas, no están dispuestos a agregar todos los demás elementos mencionados (contratos, función pública, responsabilidad, etc.), entonces tales definiciones o son insuficientes o tienen exceso al enumerar en el concepto lo que no constituyen sino elementos particulares; no ciertamente los fundamentales de la disciplina.

### 6.3. *No se refiere principalmente a los servicios públicos*

Ese conjunto de normas y principios no se refiere exclusivamente a la creación y gestión de los *servicios públicos*,<sup>78</sup> sino que abarca a toda la *función administrativa*, trátase o no de servicios públicos: la función pública, los contratos administrativos, la responsabilidad del Estado, el dominio público, etc., son materia del derecho administrativo a pesar de no tener una conexión necesaria con la institución y funcionamiento de los servicios públicos. Con todo, es de reconocer que a fines del siglo XX los servicios públicos privatizados ocuparon el centro de la escena política y jurídica. Por ello es de interés, en ese aspecto, la definición de BIELSA: “conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración Pública.”<sup>79</sup>

<sup>78</sup> Como explicaremos a continuación en el texto, en algún momento adherimos a la idea de la supresión de la noción de servicio público, cuando todos se hallaban en manos del Estado. Ahora ya no lo hacemos, pero de todos modos no creemos que la noción desempeñe un rol tan fundamental como el que algunos quieren darle, discutiendo para más cuestiones carentes de referencia empírica interesante, como la “publicatio.”

<sup>79</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 37.

Si bien el derecho administrativo francés tradicional se construyó sobre la noción de “servicio público,” han surgido otros temas de importancia que tienen una relación directa con aquélla: la teoría del *acto* y del *procedimiento administrativo*, de las autoridades administrativas independientes, las empresas estatales que no prestan servicios públicos sino que realizan actividades comerciales o industriales; de la protección de los usuarios y consumidores frente a quienes venden bienes o prestan servicios, especialmente si lo hacen en forma monopólica; la licitación pública, el control judicial de la administración, otros medios de contralor de la actividad del poder público y económico, el control de la corrupción. Por ello, si bien la noción de servicio público ha vuelto a ser imortante después de las privatizaciones, no es la única de la materia y no justifica que se defina en base a ella al derecho administrativo.<sup>80</sup>

Por nuestra parte, la hemos considerado superflua cuando todos los servicios estaban en manos del Estado, pues era indiferenciable del resto de la función administrativa;<sup>81</sup> luego de las privatizaciones, en que hay servicios que nuevamente vuelven a ser prestados por particulares, bajo concesión o licencia monopólica o exclusiva del Estado y sujeta al control de entes reguladores independientes de base constitucional, puede retomarse como parte del derecho administrativo actual la concepción preexistente a las nacionalizaciones,<sup>82</sup> pero no por ello se justifica ordenar *todo* el derecho administrativo en torno a tal noción.

Es más, la propia idea de monopolio o exclusividad que era parte natural del concepto de servicio público está, a su vez, sometida a un proceso de evolución hacia la desmonopolización y la libre competencia, en cuanto se encuentre en manos particulares.

Claro está que en los comienzos del siglo XXI se advierte un incipiente pero quizás no duradero proceso de vuelta al viejo sistema de prestación estatal de servicios públicos: AYSA,<sup>83</sup> Aerolíneas Argentinas, etc. El despropósito, o más exactamente el propósito político coyuntural, de algunas de estas iniciativas es manifiesto, como ocurre específicamente con el caso de Aerolíneas Argentinas, pero se torna extremadamente incierto poder definir cuál será la evolución futura. Se ha hecho un argumento emotivo respecto del mantenimiento de los viajes aéreos a las Provincias y se quiso quedar bien con los importantes gremios aeronáuticos, pero se olvidó que la empresa estaba en cesación de pagos y no era gratis expropiarla, por más que el Estado considerara que su valor final

<sup>80</sup> Confr. VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 55; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 138; REVIDATTI, *op. cit.*, pp. 104-8, etc. Ello, sin perjuicio que hay autores que se deleitan con explicar sus teorizaciones al respecto, como la *publicatio* y cosas por el estilo.

<sup>81</sup> Primera edición del t. 2, *op. cit.*, cap. XIII.

<sup>82</sup> “Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos,” *LL*, 106: 1187, Buenos Aires, 1962, reproducido en el libro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963.

<sup>83</sup> Que a pesar de ser deficitaria, se le ha obligado a ser prestamista de la administración central.

fuera cero. Ante la presión internacional, tendrá que seguir buscando soluciones amistosas que le cuesten dinero, o enfrentar el juicio en el CIADI. Al final de cuentas, hasta parte de la oposición que votó favorablemente esta expropiación, también lo hizo con la confiscación por el Congreso de los depósitos de jubilados y pensionados en manos de las AFJP, en 2008, incrementando así la responsabilidad del Estado a largo plazo y la deuda pública ya de por sí excesiva, todo para aumentar el gasto público descontrolado sin ninguna ventaja perceptible en materia de disminución de los índices de pobreza y de exclusión social, sin reducción tampoco de la deuda pública externa.

## 7. *El derecho administrativo como ciencia o como conjunto de normas jurídicas*<sup>84</sup>

### 7.1. *Derecho público y privado*

El derecho público (penal, tributario o fiscal, constitucional, etc.) se distingue del derecho privado (civil —obligaciones, contratos, sucesiones, familia—, comercial) en que en el primero se trata de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, o entre entes estatales entre sí.<sup>85</sup> Esto es así al menos en el derecho argentino, donde no hay actividad estatal que se halle sometida única y exclusivamente a normas de derecho común: cuando tales normas se aplican al Estado, están siempre modificadas o interconectadas con normas de derecho público, de forma tal que se integran al complejo normativo del derecho público. Ello ha llegado a ser así debido a que, generalmente, toda vez que el legislador o el juez han considerado una relación jurídica establecida entre el Estado y otro sujeto de derecho, se han inclinado a dar soluciones particulares antes que aplicar al pie de la letra la legislación común. Una consecuencia de esto es que en el derecho público hay a menudo una relación de *subordinación* (porque se le confiere al Estado una cierta superioridad jurídica sobre el particular, un número de atribuciones superiores a los derechos individuales del habitante), a diferencia del derecho privado, en que es más frecuente la *coordinación*: Los sujetos se encuentran allí en un plano de más igualdad. Esa diferencia de régimen tiene en parte por raíz sociológica que por lo general tales relaciones afectan el “interés público,” (“bien común”), o el “interés privado,” individual, respectivamente. Pero la distinción entre derecho público y privado no es *a priori*; no se trata de que las normas de derecho público tengan una estructura diferente de las del derecho privado, ni que matemáticamente unas y otras contemplen situaciones de interés general y de interés individual, sino tan sólo que las leyes que rigen las relaciones del Estado con los particulares van acumulando prerrogativas y

<sup>84</sup> En igual sentido, más recientemente, NAVA NEGRETE, *op. cit.*, p. 13.

<sup>85</sup> Comp. GARCÍA MAYNEZ, CARLOS, *Introducción al estudio del derecho*, México, 1944, p. 130 y ss. Otras teorías son expuestas por VILLEGAS BASAVILBASO, t. I, p. 63 y ss. y por SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 17 y ss.; CIRNE LIMA, RUY, *Preparação à dogmática jurídica*, Porto Alegre, 1958, 2ª ed., pp. 27-41.

privilegios para el Estado. Además, algunos de los principios de tales leyes deben regular situaciones que no se dan sino en el caso del Estado: todo lo relativo a la organización, funcionamiento y actividad de los poderes públicos y el control de los servicios públicos monopolizados emplea principios diversos de los del derecho común. Esas prerrogativas y disposiciones peculiares constituyen un todo estructurado y regido por principios propios: las que empiezan siendo excepciones se tornan norma general y así las reglas del derecho privado se ven desplazadas por aquéllas. Es lógico independizar metodológicamente a ese conjunto de principios correlativos y concordantes entre sí, que resultan discordantes y extraños al derecho privado, aunque en los últimos tiempos diversos autores consideran que el fenómeno dista de ser nítido, lo cual es cierto.<sup>86</sup>

## 7.2. *Los conceptos de fuente*

Tradicionalmente se distinguen las fuentes formales de las fuentes materiales del derecho. Las primeras serían aquellas que directamente pasan a constituir el derecho aplicable. Las segundas son las que promueven u originan en sentido social-político a las primeras. Sin perjuicio de que tanto unas como otras pueden estar amenazadas de extinción conceptual,<sup>87</sup> como ocurrió con el tema de la causa que sólo pocos utilizan ya en derecho excepto los carecen de una teoría general del derecho,<sup>88</sup> de todas maneras constituyen un tema convencional de ineludible referencia.

Fuentes en sentido formal serían así los tratados, la Constitución, las leyes, los reglamentos; fuentes en sentido material la jurisprudencia, doctrina y costumbre. Algunos autores no distinguen entre uno y otro tipo de fuentes,<sup>89</sup> o agregan a los hechos como fuente formal;<sup>90</sup> otros tratan directamente del régimen o del ordenamiento jurídico administrativo en lugar de “fuentes.”

Esta cuestión debe vincularse con el concepto de derecho administrativo: si lo definimos como una rama del conocimiento —una disciplina; un saber— que analiza el régimen jurídico relativo al ejercicio de la función administrativa en cualquiera de los tres poderes del Estado, las fuentes de la disciplina serán todas

<sup>86</sup> CARLOS F. BALBÍN, *Curso de derecho administrativo*, t.1, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 242-2, refiere al nuevo derecho administrativo como mixtura de derecho público y privado haciendo referencia a un fenómeno bifronte, por un lado la privatización del derecho público, y por otro, la publicización del derecho privado. Así puede observarse casos de inserción de regímenes propios del derecho privado dentro de instituciones típicamente administrativas: a) régimen de empleo de los agentes que prestan servicios en entes reguladores (ENRE y ENARGAS) que se rigen por la ley de contrato de trabajo; b) sociedades anónimas de propiedad del Estado cuyo régimen jurídico es la ley de sociedades comerciales 19.550. En nuestro modo de ver el segundo supuesto puede existir temporalmente, pero la tendencia nacional es incorporarlos al derecho público, como lo desarrollamos en el cap. XV.

<sup>87</sup> POPPER, “Acerca de las llamadas fuentes del conocimiento,” *En busca..., op cit.*, pp. 67-75.

<sup>88</sup> *Supra*, cap. I.

<sup>89</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 75.

<sup>90</sup> JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, p. 125 y ss.; Offenburg, 1948, reimpresión de la 3ª ed., pp. 125-6.

las normas y principios que integren dicho régimen jurídico; en otras palabras, las reglas y principios que sean imperativos. Si, en cambio, se prefiriese definir al derecho administrativo como el conjunto mismo de esas reglas y principios, no resultaría coherente expresar que la ley, p. ej., sea fuente del derecho administrativo, pues ello significaría que es fuente de sí misma;<sup>91</sup> en este concepto del derecho administrativo no se podría hablar de fuente<sup>92</sup> sino “derecho administrativo objetivo,” ordenamiento o régimen jurídico administrativo, etc.<sup>93</sup>

Conceptuar el derecho administrativo de una u otra manera es secundario; solamente debe cuidarse que la noción de fuente sea compatible. Si lo consideramos una rama de la ciencia del derecho, sus fuentes serán aquellas normas y principios que integran el orden jurídico positivo.<sup>94</sup> Todo lo que pueda contribuir al nacimiento de una regla o principio imperativo, pero que no sea imperativo en sí mismo, es fuente en sentido material, social o político, pero no en sentido jurídico formal.<sup>95</sup>

Entre las fuentes incluimos a los principios generales del derecho, que suelen dar dificultades de interpretación en su confrontación con los textos normativos expresos, pero que están fuera de discusión: nadie admite que la arbitrariedad pueda ser causal de nulidad del derecho positivo, ni la mala fe, la desviación de poder, la desproporcionalidad, la falta de sustento fáctico suficiente, etc. Por esa razón tienen importancia, aunque no sean fuentes en sentido formal sino material, la jurisprudencia, la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación y la doctrina en general, del derecho comparado incluso. Ellas ayudan a resolver el confornte entre el texto de las múltiples y cambiantes normas positivas de distinto grado jerárquico que integran el ordenamiento administrativo, con

<sup>91</sup> ZANOBINI, *op. cit.*, p. 59.

<sup>92</sup> Es decir, “fuente” en el sentido de condiciones sociales, económicas, etc., de un pueblo que originan que el legislador establezca nuevas normas. Ver SARRÍA, *op. cit.*, t. I, p. 172 y ss.

<sup>93</sup> Como lo hace ZANOBINI, *op. cit.*, p. 60. No incurrir en esta contradicción y siguen el criterio del régimen u ordenamiento administrativo, BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1993, 4<sup>o</sup> ed., p. 15 y ss.; DROMI, *op. cit.*, 4<sup>o</sup> ed., p. 141 y ss.; VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA, *Curso de direito administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1995, 2<sup>o</sup> ed., p. 36; COSCULLUELA MONTANER, *op. cit.*, p. 57 y ss.; BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, p. 124 y ss. Mantiene el concepto de fuentes PARADA, *op. cit.*, p. 29 y ss. En la doctrina española se puede encontrar el origen y desarrollo del criterio del ordenamiento, a partir de la doctrina italiana. Una y otra forma de utilizar el vocable son admisibles, en tanto no haya contradicción en su empleo, como advertimos en el texto.

<sup>94</sup> Es un tema recurrente en el derecho administrativo, en el cual puede hoy considerarse pacífico que, aún sin necesidad de recurrir al derecho natural o a concepciones religiosas del derecho, es con todo posible afirmar la necesaria prevalencia de ciertos valores fundamentales por encima de las normas positivas, cualquiera sea su rango. Nos referimos al tema en los citados trabajos “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, antes publicado como *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003, e *Une Introduction au Droit*, Londres, Esperia, 2003, todos con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS. Esas ideas pueden verse resumidas en el cap. I del presente vol.

<sup>95</sup> También puede decirse, en sentido similar, que las fuentes se clasifican en “directas,” las basadas en normas jurídicas positivas e “indirectas,” las que no se basan en normas positivas. Así, MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 197.

los principios y valores<sup>96</sup> superiores de interpretación del orden jurídico y la experiencia universal.

Conviene por fin señalar que hoy en día las fuentes pueden ser clasificadas con provecho en fuentes supranacionales y nacionales del derecho. Mientras las segundas pueden ser modificadas por la sola voluntad nacional, las primeras dependen del consenso de las naciones y la única posibilidad del país es:

a) Sumarse al proceso, participando en el debate, suscribiendo el tratado, integrándose a las redes intergubernamentales contemporáneas, o :

b) Sustraerse a la comunidad internacional, lo cual no es siempre una opción fácilmente viable ni indolora, pues tiene no solamente claros costos diplomáticos, como verse excluido de reuniones a las que le hubiera gustado ser invitado, sino sobre todo un altísimo costo económico-financiero: Tasa de interés que el país paga, calificación de “riesgo de país,” flujo de inversiones, sanciones comerciales, pérdida de acceso a los mercados internacionales, exclusión de las redes intergubernamentales, etc.

Así y todo hay economistas que sugieren el aislacionismo, el “vivir con lo nuestro.” Pero es casi una suerte de colbertismo, renunciando incluso a exportar e importar bienes y servicios.<sup>97</sup> Carece a nuestro juicio totalmente de realismo en el mundo, y sus consecuencias son extremadamente caras en todo sentido imaginable.

Entre las primeras, a su vez, estarán no solamente los textos escritos (los tratados internacionales de derechos humanos; las convenciones de regulación del comercio, medio ambiente, etc.; los convenios o acuerdos de integración; las normas sobre derecho del mar, etc.) sino también los principios jurídicos generales, la jurisprudencia internacional, las opiniones consultivas de los organismos supranacionales, el derecho comparado y la doctrina, y por sobre todo, finalmente, los valores inherentes a la persona humana.

### 7.3. *El derecho administrativo como fuente u objeto de conocimiento*

Distinguimos pues al derecho administrativo a) en cuanto *rama del conocimiento* y b) al derecho administrativo *como parte del orden jurídico positivo*, como *conjunto de normas jurídicas*.<sup>98</sup> Es la misma distinción que efectuamos en otro

<sup>96</sup> Son, por supuesto, sinónimos en derecho.

<sup>97</sup> Hasta se habla de volver a la nacionalización del comercio exterior, como en la antiguamente llamada década infame de 1930, luego de la caída de la democracia, pero ahora por el Congreso y aparentemente contando con los votos de algunos opositores, como ocurrió con la confiscación de las AFJP y la expropiación de Aerolíneas Argentinas. Ver DI MATEO, LUCIO, “El Gobierno analiza nacionalizar el comercio exterior de granos y carnes,” *El cronista*, sección *Economía y política*, 27 de febrero de 2009, p. 5. Por eso es que dicen que la milenaria frase china “Que vivas tiempos interesantes” es en verdad una maldición.

<sup>98</sup> En tal sentido de LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité de droit administratif*, t. 1, 9ª ed. actualizada por VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, París, 1984, p. 12; REVIDATTI recoge esta distinción, *Derecho administrativo*, op. cit., pp. 94-95.

lugar entre el derecho como objeto y como rama del conocimiento.<sup>99</sup> Es como otras palabras del derecho que tienen significaciones diversas, sólo cabe advertir cuál estamos utilizando. Así como al hablar del derecho civil podemos referirnos tanto al Código Civil y leyes complementarias, como a la disciplina que estudia las normas y principios de ese código y esas leyes, así también al hablar de derecho administrativo podemos pensar tanto en el conjunto de normas y principios constitucionales y supraconstitucionales, tratados, leyes administrativas y demás reglas que integran la *normación positiva, el régimen jurídico positivo* de la función administrativa, como en la *disciplina que los estudia*.

Dado que el conjunto de normas y principios que integran el régimen jurídico positivo del caso llega a nuestro conocimiento y valoración a través de su estudio y análisis y que, por lo tanto, nuestro primer contacto cognoscitivo se realiza con la disciplina que efectúa tal investigación, damos preferencia al concepto de rama del conocimiento antes que al de *conjunto de normas positivas*.

El derecho administrativo se define pues, en primer lugar, como una disciplina o una rama de la ciencia<sup>100</sup> del derecho. No creemos convenientes, en consecuencia, las definiciones que conceptúan al derecho administrativo como un “conjunto de normas y de principios de derecho público,”<sup>101</sup> pues hacen prevalecer el carácter normativo antes que el aspecto cognoscitivo.<sup>102</sup> Definir al derecho administrativo como rama del conocimiento no significa que deje de usarse la segunda acepción como “conjunto de normas positivas,” pues la noción de “derecho” recibe casi siempre esa doble significación; ello no quita que al darse la definición *metodológica* deba efectuarse una opción semántica.<sup>103</sup> Así como nadie definiría al derecho civil como “el conjunto del Código Civil y sus leyes complementarias,” así tampoco es adecuado definir al derecho administrativo como un “conjunto de normas y de principios de derecho público.”

### 8. Definición de derecho administrativo

Por todo ello hemos definido al derecho administrativo como “la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.”

*Rama del derecho público:* o sea, que es una rama del conocimiento o una dis-

<sup>99</sup> Que ya señalamos en ALEJANDRO NIETO / AGUSTÍN GORDILLO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, p. 86, nota 16.

<sup>100</sup> Al igual que la medicina, tiene algo de ciencia y algo de arte. La palabra *ciencia*, es utilizada *cum grano salis*, pues no se trata sino de una determinada rama del conocimiento humano.

<sup>101</sup> Así BIELSA, *op. cit.*, t. I, p. 37; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 77; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 149; DIEZ, *op. cit.*, p. 264.

<sup>102</sup> Siguen nuestro criterio ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 10; DIEZ-HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 67; REVIDATTI, *op. cit.*, p. 130.

<sup>103</sup> Comp. similar distinción en REVIDATTI, *op. cit.*, p. 95, “una forma de concebir el derecho administrativo” como “subsistema jurídico” y una forma “de definir el Derecho Administrativo” como “disciplina que estudia ese subsistema y que es parte de la Ciencia Jurídica;” ver también pp. 128-30.

ciplina científica; dentro de la distinción entre derecho público y privado, forma parte del primero.

*Qué estudia el ejercicio de la función administrativa:* debe recordarse aquí que función administrativa es toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales, como así también las funciones de poder jurídico o económico ejercidas por particulares merced a una potestad conferida por el Estado.

Por lo tanto, el derecho administrativo estudia *toda* la actividad que realizan órganos estructurados jerárquicamente o dependientes de un poder superior. *También* la actividad del Congreso que no sea materialmente legislativa y de órganos independientes (jueces) que no sea materialmente jurisdiccional.

Estudia asimismo la actividad de los órganos y entidades administrativas independientes, tales como los entes reguladores,<sup>104</sup> el Defensor del Pueblo, la Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento, la SIGEN, etc., junto al derecho constitucional.

Igualmente corresponde al derecho administrativo el estudio del ejercicio de la función administrativa, cuando ésta aparece otorgada a entidades o instituciones privadas o públicas no estatales; en tales casos, con todo, la aplicación del derecho administrativo se limita a los aspectos que constituyen aplicación o ejercicio estricto de dicha función.<sup>105</sup>

En tales supuestos aparece el régimen jurídico administrativo y los órganos propios de éste a través de la intervención de los entes reguladores, del Defensor del Pueblo, etc.; también los remedios jurisdiccionales otorgados a los usuarios y consumidores por los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución, que incluyen la acción de amparo y *a fortiori* la acción ordinaria (y la acción sumarísima de la ley de defensa del consumidor) para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, la tutela del derecho subjetivo a un medio ambiente, la protección de los intereses económicos de los usuarios frente a los monopolios naturales o legales, el derecho a la elección y a la información, etc. También allí se produce una superposición con el derecho constitucional, después de la reforma de 1994.

Al analizar el ejercicio de la función administrativa, se estudia no sólo la actividad administrativa en sí misma, sino también quién la ejerce (organización administrativa, agentes públicos, entidades estatales, etc.), qué formas reviste (actos administrativos, reglamentos, contratos, etc.), el procedimiento que utiliza, de qué medios se sirve (dominio público y privado del Estado), en qué atribuciones se fundamenta (facultades regladas y discrecionales de la administración, etc.) y qué controles y límites tiene (recursos administrativos y judiciales, otros

<sup>104</sup> *Infra*, cap. XV.

<sup>105</sup> Ampliar *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, op. cit., cap. I, § 11 y 12. Para una explicación analítica del concepto y alcances de las funciones del poder, ver *infra*, cap. IX.

órganos y medios de control, responsabilidad del Estado, sus agentes y concesionarios o licenciarios, etc.).

Por fin, en esta época en que la administración concede o da licencia para el ejercicio de importantes actividades monopólicas que antes eran servicios públicos prestados por el Estado, el derecho administrativo estudia también la protección del usuario o administrado frente a dicho poder económico concedido o licenciado por el Estado.

*Y la protección judicial existente contra ésta:* una de las notas diferenciales entre el derecho administrativo totalitario y el del Estado de Derecho, consiste en que este último considera esencial la protección judicial del particular frente al ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa, dando una especial protección al individuo para compensar así las amplias atribuciones que se otorgan a la administración, y remarcando el necesario control sobre la actividad administrativa, sin dejar zonas o actos excluidos del mismo. Ese control se ha visto notablemente mejorado con la definitiva aceptación del amparo colectivo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re Halibi*, febrero de 2009.

También importa destacar que nuestro sistema de control constitucional difuso por todos los jueces permite una mayor participación ciudadana en el debate de los asuntos públicos, tan esencial a una vida democrática. No imitemos otros modelos, éste es el adecuado para nosotros, por la enorme cantidad de infracciones constitucionales que se cometen.

Ello no obsta a la necesaria existencia de muchos otros órganos y procedimientos de control, que comentamos en diversas partes de esta obra. Hacemos aquí meramente la remisión, pues la hipótesis originaria de MONTESQUIEU, que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él, hasta que encuentra límites,<sup>106</sup> ya no se refiere meramente a la tripartición de poderes que él observara en Estados Unidos en la época de la constitución de 1776, aunque para nosotros el control judicial sigue siendo el más importante. Hay que sumarle, desde luego, el control social y de la opinión pública, de la prensa independiente, etc., sobre el funcionamiento del sistema judicial como mecanismo fundamental de control del poder político en un sistema democrático.

También ocurre que después de la reforma constitucional ha aumentado notablemente el número de órganos independientes tanto dentro del Poder Judicial como del Poder Legislativo o de la misma administración pública, sino también los controles internacionales que son cada vez más importantes en el mundo globalizado contemporáneo y todo indica seguirán aumentando en cantidad y calidad.

Están los mecanismos internacionales formales como el CIADI o la jurisdicción extranjera para determinados asuntos, pero están también los infinitos meca-

<sup>106</sup> Como lo explicamos en el cap. IX, "Las funciones del poder."

nismos informales o en red a que ya hemos hecho mención en este cap. y que se tratan en otras partes de esta misma obra, o en arts. separados.

Su estudio es tan indispensable como el de la jurisprudencia de nuestros propios tribunales, y en algún caso pueden llegar a producir resultados al justificable antes que los mecanismos de justicia interna: Uno de los argumentos, precisamente, que ha permitido a los demandantes serles permitido demandar al país ante el CIADI sin necesidad de agotar el procedimiento judicial interno aún cuando está exigido por el tratado bilateral de que se trate; es que el costo y la duración de nuestros juicios en el orden interno<sup>107</sup> son ya materia de público y notorio conocimiento.<sup>108</sup>

<sup>107</sup> Para ejemplo, la responsabilidad del Estado. Ver “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

<sup>108</sup> Ver caps. II, III, XII y XV y nuestros ya citados *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, op. cit.; *La Administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión 2001; *Participation in Latin America*, Nueva York, 1982; “An Ombudsman for Argentina: Yes, but...,” *International Review of Administrative Sciences*, Bruselas, vol. L-1984, 3: 230; *Revista de Direito Público*, 75: 75, San Pablo, 1985; *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 105: 16. “Tribunales administrativos internacionales,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Rap, 2006, pp. 803-806; “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” *Res Publica Argentina*, RPA, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), Serie de Estudios; “Experiencias comparadas en la justicia administrativa,” en el libro de la Asociación de Magistrados de Tribunales de lo Contencioso Administrativo de los Estados Unidos Mexicanos, *Memoria del Tercer Congreso Internacional de Justicia Administrativa. Modernización y actualización de la justicia administrativa*, Ixtapan de la Sal, Estado de México, Abril 2005, pp. 39-56; “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32; “Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas,” *European Public Law Review*. “Por la creación de una agencia regulatoria independiente para el manejo de la deuda externa,” *LL*, 2003-E, 1495; *Revista Iberoamericana de derecho público y administrativo*, año 3, n° 3, San José, 2003, pp. 37-8; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *VIII Encuentro de Asesores Letrados, Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10. “Hay jueces en la Argentina: La inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos,” *LL*, 2004-C, 152-5, nota al fallo *D’Ormea*, JNF CA n° 4; en la publicación el título salió truncado luego de “imponer.”

## Capítulo VI

# FUENTES SUPRANACIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

## I. Introducción

### 1. *El rango normativo*

#### 1.1. *Los antecedentes*

La pregunta que el lector se formula de inmediato es ¿por qué supranacionalidad? ¿No es acaso la Constitución la primera y más importante de las fuentes, la cúspide del ordenamiento jurídico? Es una pregunta que se responde de a poco y satisfará solamente con el correr del tiempo.<sup>2</sup>

De acuerdo con el art. 31, “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación.” En consecuencia, “puede afirmarse que, en principio, la sola aprobación de los tratados internacionales, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación.”<sup>3</sup>

La Constitución de 1853/60 establecía un orden jerárquico dentro del ámbito de su competencia territorial, en consonancia a los tiempos de su dictado. Lo relativo a determinar si el contenido normativo del tratado pasaba a ser, sin

<sup>1</sup> Hay una primera cuestión terminológica: algunos internacionalistas distinguen entre lo supranacional, que son normas superiores a sólo un número determinado de naciones (Unión Europea) y lo internacional, que serían normas universales. Pero la gran diversidad de las segundas ha obstado mucho en nuestro derecho interno a su reconocimiento y efectiva aplicación por los tribunales. Por ello, entre otras razones, preferimos por ahora concentrar la atención en lo supranacional, sin olvidar lo internacional. A lo largo del cap. se verán otros fundamentos de esta metodología. Conviene recordar, a su vez, que dentro de lo internacional se subdistingue lo imperativo que hace al orden público internacional (*ius cogens*), que se ha ido ampliando con el tiempo.

<sup>2</sup> La pregunta-objeción es de todo abogado medio en un curso de postgrado; la reacción dubitativa frente al planteo, también. Este cap. quiere mostrar la obsolescencia de esas dudas.

<sup>3</sup> PTN, *Dictámenes*, 58: 222 (1956). Ver también BARBERIS, JULIO A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980.

otro requisito que el de la aprobación por el Congreso, legislación interna, había dado lugar a soluciones diversas<sup>4</sup> según las particularidades que presentara la convención e incluso la ley de aprobación.

Cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derechos humanos) carecía de asidero pretender que la ratificación valía sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del país respectivo;<sup>5</sup> la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas que también son internas.<sup>6</sup>

Pero es más, a partir de allí son ya derecho supranacional o aun orden público internacional,<sup>7</sup> cuyo ámbito de aplicación y contenido se va extendiendo con el correr del tiempo y puede algún día llegar a cubrir el narcotráfico, el crimen organizado, el lavado de dinero y la corrupción,<sup>8</sup> delitos estos que se hallan intervinclados según el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción.<sup>9</sup> Es el *ius cogens superveniens, in statu nascendi*. Ese desarrollo es constante. Nuestro país ha suscripto la convención internacional contra el soborno transnacional, que admite la jurisdicción de cualquier Estado parte sobre el lavado de dinero producto de tales delitos, sin importar el lugar de comisión del hecho.<sup>10</sup> Nuestra legislación interna establece el mismo principio de

<sup>4</sup> Dictamen citado y CSJN, *Fallos*, 150: 84, S.A. “*Quebrachales Fusionados*,” 1928.

<sup>5</sup> Aunque, bueno es recordarlo, la legitimación abarca a “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros,” quienes pueden actuar “en su propio nombre o en el de terceras personas,” art. 26 del reglamento de la Comisión; art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ver en tal sentido HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II, *Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 335; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 15, III, 4; MAIORANO, JORGE, escrito publicado en *RAP*, 218: 60 (Buenos Aires). También amplían la legitimación el art. 22 inc. 2° y el art. 23 del reglamento de la Corte. Esta amplia legitimación supranacional torna ociosas las dudas sobre el alcance de la legitimación interna en el art. 43; dudas que en todo caso la jurisprudencia ha disipado, tal como explicamos, *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. II y III.

<sup>6</sup> Había seguido este criterio ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 63. Hoy es uniforme el criterio de la aplicación directa: ZAFFARONI, *op. cit.*, § 15, III, 6 y ss., pp. 196-8; ello es más así en el caso del derecho internacional de los derechos humanos. Ver también LILICH, RICHARD B. y NEWMAN, FRANK C., *International Human Rights*, Boston, Little, Brown and Co., 1979; BUERGENTHAL, THOMAS, *International Human Rights*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1988 y sus referencias; GROS ESPIELL, HÉCTOR, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Civitas, 1988, p. 299 y ss., esp. 312; MONROY CABRA, MARCO GERARDO, *Solución pacífica de controversias internacionales*, Santafé de Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1996. Lo expuesto es una regla general que no empece a la existencia de miles de normas internacionales de diverso contenido, como explica BARBERIS, *op. cit.*, pp. 19-65.

<sup>7</sup> Es el caso del denominado “*jus cogens*,” “derecho internacional imperativo,” etc.: ZUPPI, ALBERTO LUIS, “El derecho imperativo (“*jus cogens*”) en el nuevo orden internacional,” *ED*, 147: 863; BARBERIS, *op. cit.*, p. 54 y ss.; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *op. cit.*, p. 78 y ss.

<sup>8</sup> La convención contra el soborno transnacional y su lavado de dinero admite la jurisdicción de todos los Estados; igual solución en nuestro Código Penal, art. 279, inc. 4°. Ello pareciera ubicarlos como crímenes de lesa humanidad. Ampliar *infra*, § 1.4.1, p. 7.

<sup>9</sup> Ver nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091.

<sup>10</sup> Ley 25.319, art. 7°.

jurisdicción universal de cada Estado sobre hechos acaecidos fuera del territorio donde podrán ser juzgados.<sup>11</sup>

### 1.2. Resumen de la evolución a fines del siglo XX y comienzos del XXI

En realidad, desde hace décadas el país celebra contratos de crédito externo sujetos a la jurisdicción extranjera;<sup>12</sup> el proceso ha continuado acentuándose<sup>13</sup> y en la actualidad hay un verdadero orden económico-financiero internacional;<sup>14</sup> en 1983 el país suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos y se sometió a la jurisdicción supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ello en 1990 ya precedimos a la Constitución, en el orden de prelación de las fuentes, por la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>15</sup>

En 1992 la CSJN inició otro importante camino, que continúa desarrollando, de reconocimiento del orden supranacional en el derecho interno (*Ekmekdjian*, 1992, *Fibraca*, 1993, *Hagelin*, 1993, *Girolodi*,<sup>16</sup> 1995, *Arce*,<sup>17</sup> 1997, *Petric*, 1998, *Dotti*, 1998). En 1994, continuando este desarrollo de derecho interno,<sup>18</sup> la Constitución lo consagra claramente, aunque no emplea expresamente el orden de jerarquía de las normas que aquí mencionamos. Pero el camino elegido normativamente no está sujeto a dudas de ninguna índole, como lo demuestran posteriores tratados contra la corrupción que aceptan expresamente la jurisdicción extranjera por hechos cometidos en cualquiera de los países signatarios.

<sup>11</sup> Ley 25.246, art. 4º, inc. 4º. Todas estas modificaciones son percibidas en el derecho interno como asistemáticas al derecho penal liberal conocido y, además, potencialmente peligrosas. Ver p. ej. ZAFFARONI, *op. cit.*, § 15, II, 1 a 17, pp. 186-94. Pero ya no son accidentes de la historia, al menos a nuestro modo de ver.

<sup>12</sup> Nuestro art. "El contrato de crédito externo," reproducido en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. IV.

<sup>13</sup> En ocasiones el país ha sido demandado en el exterior por violación a los derechos humanos y ha llegado a la conclusión de que debía transarlos o perderlos: caso *Blake v. República Argentina*, California, 1984 y 1996. Hoy en día el país contesta las demandas en el extranjero, aceptando entonces la jurisdicción.

<sup>14</sup> Según lo explicamos *supra*, cap. IV; ver y comparar ZUPPI, ALBERTO LUIS, "La noción de soberanía en el nuevo orden internacional," *ED*, 151: 781; "La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública," *LL*, 1992-D: 1118.

<sup>15</sup> "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno," *LL Actualidad*, 17-IV-1990, reproducido en *LL*, 1992-B, 1292; antes reproducido en *Derechos Humanos*: 1990, 1992, 1996, 1997, 1999, cap. III.

<sup>16</sup> *Fallos*, 318: 514, *LL*, 1995-D, 462 y *RAP*, 215: 151 (Buenos Aires, 1996), con nuestra nota "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales" y en *Cuadernos de Fundejus*, año 3, n° 3, Buenos Aires, 1995, p. 23 y ss.; reproducido en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, FCU, 1996, p. 265 y ss. La solución se reitera en *Bramajo*, *DJ*, 1997-2, 195.

<sup>17</sup> *LL*, 1997-F, 697 con nuestra nota "Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado," *LL*, 1997-F, 696, reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 76, pp. 165-71.

<sup>18</sup> Se admite también la jurisdicción extranjera para algunos delitos (p. ej., CP, art. 279, inc. 4º) y hemos adherido por ley a la creación de la Corte Penal Internacional. El proceso continúa, pues y, además, se profundiza. Ver también ZUPPI, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

El derecho internacional público había sentado la superioridad de sus normas (*ius cogens*) sobre el derecho interno;<sup>19</sup> ahora empieza a admitirlo el derecho interno, ante la presión internacional. Más aun, nuestros tratados bilaterales de promoción de inversiones extranjeras autorizan al inversor a someter sus diferendos a un tribunal arbitral internacional,<sup>20</sup> el cual aplicará las normas locales “y los principios pertinentes del derecho internacional.”<sup>21</sup> Esto constituye una clara prelación de los principios tradicionales y contemporáneos comunes a todo sistema jurídico, por sobre eventuales normas concretas que se le opongan.<sup>22</sup>

La Constitución de 1994 reconoce, como mínimo, su propio nivel constitucional a diversos tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22), algunos de los cuales admiten expresamente la jurisdicción extranjera: así los referidos al genocidio<sup>23</sup> o a la tortura, art. 5°;<sup>24</sup> o posteriormente el relativo a la corrupción.<sup>25</sup> La ley 25.319 aprueba la convención internacional contra el soborno transnacional, cuyo art. 7° reconoce jurisdicción a cualquiera de las partes signatarias para juzgar tales delitos de funcionarios públicos extranjeros, “sin tener en cuenta el lugar en que ocurrió el cohecho” (“*without regard to the place where the bribery occurred*”).

Es pues un principio internacional y argentino de extraterritorialidad de la ley penal.<sup>26</sup> La solución es menos novedosa de lo que parece, pues ya nuestro derecho penal clásico admitía que la falsificación de moneda argentina realizada en el exterior se regía por la ley y la jurisdicción del lugar de producción de sus efectos y no por el lugar de comisión del delito.

<sup>19</sup> Ver y comparar ZUPPI, “El derecho imperativo (“*jus cogens*”) en el nuevo orden internacional,” *ED*, 147: 863; “La noción de soberanía en el nuevo orden internacional,” *ED*, 151: 781; “La prohibición «*ex post facto*» y los crímenes contra la humanidad,” *ED*, 131: 765.

<sup>20</sup> Lo explicamos *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional.”

<sup>21</sup> Así la ley 25.352, tratado con Sudáfrica, art. 9°, inc. 4°, primer párrafo *in fine*.

<sup>22</sup> Ver nuestra *Introducción al derecho*, publicada como *e-book* en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com), y también en Buenos Aires, La Ley, 2007, y Londres, Esperia, 2003, en inglés y francés

<sup>23</sup> ZUPPI, *Jurisdicción universal...*, *op. cit.*, y sus referencias.

<sup>24</sup> En su virtud diversos países tramitan procesos en el exterior a ciudadanos o residentes argentinos: Francia, España, Italia, etc. Es de recordar que nuestra ley 23.097 equipara la pena por la tortura a la del homicidio.

<sup>25</sup> Convención Interamericana contra la Corrupción, 1997, art. V; podemos estar aquí ante un naciente *jus cogens superveniens, in statu nascendi*, como lo puntualiza para el narcotráfico JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *op. cit.*, p. 84; algo adelanta en su mayor severidad la Convención de Viena sobre estupefacientes, aprobada por ley 24.390, que nuestra CSJN declaró constitucional en *Arana*, *ED*, 166: 338, con nota de BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *ED*, 166: 339, “La exclusión de ciertos delitos para el beneficio del tope legal en la prisión preventiva,” en igual sentido TORAL Criminal Federal, Tucumán, *Tondato, LL*, 1998-E, 739 (año 1996), con nota en contra de DE LA FUENTE, JAVIER ESTEBAN, *LL*, 1998-E, 738, “¿Es constitucional el art. 10 de la ley 24.390?” Ver también ZUPPI, “La Convención Interamericana contra la Corrupción,” en ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.

<sup>26</sup> Comp. un distinto enfoque valorativo en ZAFFARONI, *op. cit.*, § 15, II, pp. 186–194, que a nuestro juicio lleva demasiado lejos en § 17, IV, 3, p. 234: “la *corrupción*, que afecta la seguridad de inversión productiva, no puede controlarse sino mediante el restablecimiento efectivo de instituciones democráticas que abran espacio social a los excluidos.” Esta frase pertenece al acápite “La contradicción irracional de la legislación penal de la globalización: la descodificación penal.”

Diversos tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones autorizan el sometimiento a arbitraje de los reclamos de los inversores, lo que excluye la jurisdicción nacional en favor de la internacional; en esos tratados también se establecen normas de derecho sustantivo, p. ej. prohibiendo las nacionalizaciones de bienes extranjeros.<sup>27</sup>

La Constitución admite también la cesión de poderes en los acuerdos de integración (art. 75 inc. 24), lo cual da carácter normativo supranacional a la miriada de normas del MERCOSUR y otros; ello incluye las normas de segundo grado en los tratados, como lo admitió la Corte en *Cafés La Virginia S.A.*<sup>28</sup> y *Dotti*.<sup>29</sup>

Admite así el carácter supralegal y para nosotros supranacional de los tratados y sus normas derivadas, algunos de los cuales también reconocen inequívocamente la inexistencia de soberanía (Tratado Antártico),<sup>30</sup> llegando —en su máxima expresión actual— a la admisión de una jurisdicción internacional para ciertos crímenes de lesa humanidad<sup>31</sup> y extranjera para otros ilícitos.

Las soluciones y opiniones consultivas de los órganos de aplicación de los tratados son consideradas derecho interno por la Corte (*Girolodi*,<sup>32</sup> *Arce*<sup>33</sup>).

Igualmente, los acuerdos transaccionales o “soluciones amistosas”<sup>34</sup> que el país celebra en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos producen importantes mutaciones del derecho interno. Y ciertamente es mejor transar a tiempo, antes que perder luego en la Corte como nos pasó en *Garrido y Baigorria*.<sup>35</sup>

El proceso continúa: una mala decisión jurídica, política o económica en violación al orden internacional puede costarnos puntos en la tasa de interés de nuestra deuda externa, reducción de inversiones, etc., con efecto multiplicador. No es gratis violar el derecho supranacional: hay sanción económica, como mínimo.

<sup>27</sup> En varias decenas de tratados el país presta su “consentimiento irrevocable” al arbitraje del C.I.A.D.I., Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados,” para las inversiones extranjeras. Ampliar *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XVII, “El arbitraje administrativo nacional” y cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional.”

<sup>28</sup> *LL*, 1995-D, 277 (10-X-94).

<sup>29</sup> *DJ*, 1998-3, 233 (7-V-98).

<sup>30</sup> Así el decreto-ley 22.584/82, Convención sobre la conservación de los recursos marinos vivos antárticos, que no obstante la reserva argentina importa una resignación de soberanía.

<sup>31</sup> ZUPPI, “El derecho imperativo (jus cogens) en el nuevo orden internacional,” *op. cit.*, nota 57 y texto; *Jurisdicción...*, *op. cit.*

<sup>32</sup> *Girolodi*, *LL*, 1995-D, 462; *Fallos*, 318: 514.

<sup>33</sup> *Arce*, *LL*, 1997-F-696, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado;” reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, § 76, p. 165.

<sup>34</sup> *Birt*, *Verbitsky*, *Maqueda*. La “solución amistosa” se halla prevista en el art. 48, inc. 1º, apartado A, del Pacto y en el art. 45 del reglamento. Para más detalles del segundo caso ver VERBITSKY, HORACIO, *Un mundo sin periodistas*, Buenos Aires, Planeta, 1997, pp. 232-41.

<sup>35</sup> CUIRIEL, ALICIA y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: el primer fallo contra el Estado argentino,” *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, 8: 36 (Buenos Aires, 1996); CUIRIEL, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Guillermo José Maqueda c/República Argentina,” *LL*, 1997-E, 515.

### 1.3. *Continuación. Los tratados o convenciones sobre integración económica*

El tema de los tratados se vincula con la cuestión de la existencia y alcances de un derecho comunitario latinoamericano y también con la observación de qué pasa en la Unión Europea, pues ella nos muestra, como otras veces, un seguro camino. Los fallos europeos comienzan a campear en nuestra jurisprudencia<sup>36</sup> y pronto veremos que la jurisprudencia europea de derechos humanos será equiparable a la americana en cuanto fuente de derecho interno.

La integración económica no formaba parte de las estrategias nacionales reales y era común acordar a estos pactos el carácter de un tratado-marco, faltándoles el sentido dinámico de los tratados de la comunidad europea. Se seguía de ello que la Corte Suprema interpretara que un tratado posterior no prevalecía sobre leyes nacionales anteriores, solución hoy abandonada. Los instrumentos jurídicos latinoamericanos comunitarios carecían pues de la vigencia jurídica que algunos intentaban darle, pero ello cambió en *Cafés La Virginia S.A.*<sup>37</sup> y la Constitución de 1994 y se reafirmó posteriormente (*Dotti*<sup>38</sup>). La discusión europea entre los partidarios de los derechos nacionales soberanos y los sostenedores de la tesis del cuasi-federalismo llega a nosotros resuelta de antemano, como luego veremos, pero fluye también naturalmente de la aceptación en 1983 del Pacto de San José de Costa Rica y su jurisdicción supranacional y de los progresos en materia de integración, como es el caso del Mercosur.

Ciertamente, el paso interno de mayor significación ha sido el reconocimiento constitucional en 1994 tanto de los tratados de derechos humanos como de los de integración; externamente hay datos previos de mayor trascendencia, como es el sistema económico y financiero internacional.

### 1.4. *La realidad económica y jurídica supranacional a fines del siglo XX y comienzos del XXI*

#### 1.4.1. *El conflicto entre derecho interno y supranacional. Los crímenes de lesa humanidad*

El estudioso del derecho local puede encontrar dificultades para aceptar la supremacía del derecho supranacional convencional<sup>39</sup> sobre el derecho constitucional interno. Pero ya en 1932 la Corte Permanente de Justicia declaró que un Estado no puede aducir “su propia constitución para evadir obligaciones incumbentes para el derecho internacional o para los tratados en vigor.”<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Así el voto de BOGGIANO en *Cafés La Virginia S.A., LL*, 1995-D, 277 (1994).

<sup>37</sup> CSJN, *LL*, 1995-D-277.

<sup>38</sup> CSJN, *Fallos*, 321-1: 1226, cons. 8° y 9°.

<sup>39</sup> Con el aditamento del denominado derecho de gentes que menta el art. 118 de la Constitución y el art. 21 de la ley 48.

<sup>40</sup> Caso *Danzig*, cit. en ZUPPI, “El derecho imperativo («jus cogens») en el nuevo orden internacional,” *op. cit.*, nota 26; luego 1935 en *Comunidades Greco-Búlgaras o Minority Schools in Albania*, ZUPPI, *op. cit.*, nota 27 y texto.

Nuestra Constitución peca de ambivalencia cuando ubica a los tratados por encima de las leyes —no, al menos no expresamente, de la Constitución—<sup>41</sup> pero acepta la cesión de competencia y jurisdicción a órganos supranacionales; también admite la jurisdicción extraterritorial para juzgar los delitos cometidos contra el derecho de gentes. El art. 118 reconoce el principio de orden público internacional (*jus cogens*), conforme al cual nuestros tribunales tienen jurisdicción extraterritorial para juzgar *aquí* delitos contra el derecho de gentes cometidos *fuera* de nuestro territorio. Esto conlleva tanto la obligación del Estado de defender esa competencia, como que por “razones de reciprocidad y para preservar dicha jurisdicción, la rama ejecutiva del gobierno”<sup>42</sup> — y también la judicial, agregamos nosotros— “no debe oponerse a que tribunales extranjeros ejerzan su competencia extraterritorial cuando se trata de juzgar precisamente aquellos delitos a los que se refiere el art. 118 de la constitución.”

Nuestro país reconoce normativamente a la corrupción de sus funcionarios públicos y el consecuente lavado de dinero como delitos de lesa humanidad.<sup>43</sup> Siguiendo el precepto constitucional, la ley 25.246 establece en su art. 4º, inc. 4º, “Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación especial de este Código, en tanto el hecho precedente también hubiera estado amenazado con pena en el lugar de su comisión.”<sup>44</sup> Es el principio de extraterritorialidad jurisdiccional que tiene la convención internacional contra el soborno transnacional de funcionarios públicos nacionales o extranjeros y el lavado de dinero proveniente de esos delitos. Si bien es inconcebible un conflicto interpretativo entre las normas supranacionales y la Constitución,<sup>45</sup> caaabe estar a favor del desarrollo progresivo de los derechos humanos y de la jurisdicción universal para su tutela.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> Comp. el desarrollo que hace GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed.

<sup>42</sup> COLAUTTI, CARLOS E., “El art. 118 de la Constitución y la jurisdicción extraterritorial,” *LL*, 1998-F, 1100.

<sup>43</sup> El narcotráfico y la corrupción son delitos de lesa humanidad *in statu nascendi*; el soborno transnacional y el lavado de dinero de ese origen tienen reconocida la jurisdicción universal (tanto en nuestro CP, art. 279 inc. 4º, como en el convenio internacional contra el soborno transnacional), lo cual es una de las notas distintivas de los delitos de lesa humanidad *stricto sensu*.

<sup>44</sup> Con esta ley queda redactado de ese modo el art. 279, inc. 4º del Código Penal.

<sup>45</sup> Como explica ZAFFARONI, una lectura correcta y garantizadora de nuestro texto constitucional lo hace compatible con el desarrollo universal de los derechos humanos: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal,” *RDP*, 2: 61. (Buenos Aires, 1987.)

<sup>46</sup> *Derechos humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999. PESCATORE destaca que: “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver.” “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad.” Del mismo modo, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

En la medida que los tratados amplían la esfera de derechos de los individuos y los derechos de incidencia colectiva garantizados en la primera parte de la Constitución, no se contraponen a ella sino que la complementan.<sup>47</sup> En cuanto al juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, la jurisdicción extranjera y universal parece un principio reconocido; la lista de delitos sometidos a jurisdicción extranjera y universal se extiende. La más reciente expansión es la ley 25.319 aprobando el tratado internacional contra el soborno transnacional, que consagra la jurisdicción universal.<sup>48</sup> La corrupción transnacional y su lavado de dinero son, pues, crímenes de lesa humanidad.

#### 1.4.2. *Un caso paradigmático*

En el país hoy más importante del mundo existen quienes expresan similares dudas. Estados Unidos aplica a sus habitantes la jurisdicción norteamericana incluso por los actos de corrupción cometidos en el extranjero;<sup>49</sup> no es parte del Pacto de San José para no quedar sometido a la jurisdicción de la Corte de Costa Rica,<sup>50</sup> ni todavía la convención sobre el derecho del mar, por razones de contenido y de jurisdicción. Ejerce su jurisdicción sobre crímenes cometidos en el extranjero —al igual que nosotros con el derecho de gentes por el art. 118 de la Constitución— y además admite la captura internacional del inculpado.<sup>51</sup>

##### 1.4.2.1. *Male captus, bene detentus*

Algo que, dicho sea de paso, también hemos hecho nosotros con *Pico*<sup>52</sup> y otros en Brasil, *Gorriarán Merlo* en México, etc., previo acuerdo entre los servicios. Es el principio *male captus, bene detentus*: el reo ha sido mal capturado en su país de residencia (*Noriega* en Panamá, *Eichmann* en Argentina, etc.), pero está bien

<sup>47</sup> Esta discusión se ve clara en materia de amparo, que tratamos en *Derechos Humanos, op. cit.*, 1999, 4ª ed., cap. XII, “Un día en la justicia. Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución,” reproducido en ABREGÚ y COURTIS, *op. cit.*, p. 201 y ss. Ver también *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. II y III.

<sup>48</sup> Lo refuerza la ley 25.390, adhiriendo a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Ampliar en ZUPPI, *Jurisdicción universal...*, *op. cit.*

<sup>49</sup> Se trata de la ley sobre prácticas corruptas en el extranjero, *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977, que complementa la ley contra la mafia o ley sobre organizaciones corruptas, ley *RICO, Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*, 18. U.S.C. Secs. 1962 *et seq.*; otra ley contempla la confiscación lisa y llana de todos los sobornos (18. U.S.C. Sec. 3666), sin perjuicio de otras figuras penales concurrentes. Nuestro derecho se ha aproximado con la convención contra el soborno transnacional. Ver también GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La ética en la administración pública*, Madrid, 2000, 2ª ed.; NIETO, ALEJANDRO, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997; CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

<sup>50</sup> Sin embargo, al ser parte de la OEA, no puede escapar a la jurisdicción de la Comisión IDH, como lo recuerda ZAFFARONI, *op. cit.*, § 15, III, 5 *in fine*, p. 196.

<sup>51</sup> GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL, *Secuestrar para juzgar. Pasado y presente de la justicia extraterritorial*, México, UNAM, 1998; ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, § 15, II, 14, p. 193 y su referencia de nota 253. Pero, como veremos a continuación en el texto, hacemos mal en cargar sólo sobre EE.UU. una práctica en que también nosotros incurrimos. Y no se podría honorablemente criticar a Israel por haber capturado a *Eichmann*!

<sup>52</sup> Un preciso relato, de público y notorio conocimiento, nuevamente en *Clarín*, 11-I-01, p. 6, 1ª columna, último párrafo. Dice lo mismo, menos directamente, *La Nación*, p. 12.

detenido en el país que lo capturó en el extranjero y le aplica su jurisdicción: *Alvarez Machaín*.<sup>53</sup> Mas allá de la dogmática jurídica,<sup>54</sup> cabe advertir la importancia que en EE.UU. tienen los hechos mencionados en la nota 1 del fallo<sup>55</sup> y en el primer párrafo de éste (el conjunto potenciado de narcotráfico, corrupción, crimen organizado, tortura y muerte, etc., todo en un caso) y su cotejo con *Noriega* en Panamá, *Eichmann* para Israel, *Argoud* para Israel y Alemania, *Ramírez* —(a.) “Carlos”— para Francia, etc. (Los casos de genocidio, claro está, son un género en sí mismos: a nada se los puede comparar). Esa combinación sinérgica se advierte, con algunos de estos delitos y otros, en el preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Igual efecto multiplicador se encuentra en la ley 25.319, tratado internacional contra el soborno transnacional. Si bien nuestra doctrina reaccionó adversamente al fallo *Alvarez Machaín*, la opinión jurídica norteamericana no, y nada hace pensar que no se haya de repetir la experiencia en el futuro, dada su antigua raigambre en el derecho norteamericano interno y clásico. También los tribunales de California admiten su jurisdicción en materia de derechos humanos respecto de nuestro país. Allí, sin aplicarse el derecho penal sino el resarcitorio de daños, de todos modos se juzgaron hechos ocurridos fuera del país del tribunal, condenándose al país demandado por lo acaecido en su propio territorio.<sup>56</sup> Nosotros admitimos la jurisdicción extranjera y contestamos demandas contra el país interpuestas en tribunales judiciales o arbitrales extranjeros.<sup>57</sup>

#### 1.4.2.2. *Otros casos*

Aquel mismo país citado también postula y ejerce su jurisdicción nacional sobre contratos de crédito allí celebrados por *nuestro* país: el caso *Weltover* resuelto por su CS en 1992.<sup>58</sup> No solamente *nuestro* país celebra el contrato de crédito externo

<sup>53</sup> ED, 148: 157, con notas de ZUPPI, ALBERTO LUIS, “Los Estados Unidos de contramano: el voto de Rehnquist en el caso «Alvarez Machaín»,” ED, 148: 155; OUTEDA, MABEL N., “El fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos como violatorio de la integridad territorial y de la soberanía de los Estados,” ED, 148: 163; BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Secuestro de presuntos delincuentes en un Estado extranjero y juzgamiento en Estados Unidos,” ED, 148:170; BIANCHI, ALBERTO B., “La Corte de los Estados Unidos ingresa a la lucha contra el narcotráfico. (De cómo un fallo judicial puede ser una declaración de guerra),” ED, 148:173; LEGARRE, SANTIAGO, “¿Es realmente monstruosa la sentencia Alvarez Machaín?,” ED, 148: 187.

<sup>54</sup> Ver p. ej. GONZÁLEZ OROPEZA, *Secuestrar para juzgar. Pasado y presente de la justicia extraterritorial*, op. cit.

<sup>55</sup> ED, 148: 157-59 (1992).

<sup>56</sup> Como en el caso *Susana Siderman de Blake, et al., v. la República de Argentina, et al.*, transado en virtud del decreto 996/96, B.O. 4-IX-96, cons. 2º, 7º y 8º.

<sup>57</sup> Ver Decreto 1.116/00 y res. de la Procuración del Tesoro de la Nación n° 2/2001, B.O., 5-I-01, p. 13. En los juicios arbitrales, una vez cumplidos los pasos previstos en el respectivo tratado, no atender el juicio significa que éste continúa en rebeldía. Es por ende absolutamente indispensable atenderlo.

<sup>58</sup> LL, 1992-D, 1124, con nota de ZUPPI, “La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública,” LL, 1992-D, 1118; nuestra visión en *Después de la reforma del Estado*, op. cit., cap. IV, “El contrato de crédito externo.”

en el exterior, recibe allí el dinero y se obliga a devolverlo allí, con lo cual la base fáctica y jurídica de la jurisdicción extranjera que también se pacta es indubitable. También realizamos otros actos de voluntario sometimiento a autoridades extranjeras, como es inscribir en la *SEC* los títulos de la deuda pública.<sup>59</sup> Las diferencias parecerían insuperables. Sin embargo, *aquel* país, a pesar de todo ello, ha suscripto y ratificado el NAFTA, que como todo tratado de integración lleva a la creación de normas supranacionales. Suscribió igualmente el tratado de la OMC o WTO<sup>60</sup> y seguramente tendrá que suscribir otros análogos, como el relativo al soborno transnacional,<sup>61</sup> el tribunal internacional de crímenes contra la humanidad,<sup>62</sup> etc. La tendencia a la integración jurídica supranacional aun para Estados Unidos es, pues, un buen indicador de qué podemos esperar del futuro los demás países.

#### 1.4.3. *La interdependencia*

Agréguese a ello la interdependencia mundial, la globalización de la economía, el incremento de las empresas transnacionales, nuestra condición de deudores crónicos,<sup>63</sup> las sentencias<sup>64</sup> y transacciones internacionales<sup>65</sup> y se comprenderá que el orden de prelación de las normas supranacionales escapa a nuestro poder de determinación<sup>66</sup> si queremos movernos dentro de la economía mundial; en *default* del 2002 lo ha demostrado penosamente.

De todas maneras es la tendencia universal y cada vez que suscribamos un tratado o una transacción internacional (necesitados, obligados o convencidos), el principio de la buena fe impide oponer posteriormente la supuesta violación del derecho interno, así sea constitucional: suscripto un tratado, ratificado y

<sup>59</sup> Res. ME 1090/2000, *B.O.*, 10-I-01, p. 7; Res. SH 1/2001, *B.O.*, 10-I-01, p. 6. La inscripción de los títulos en la *Securities and Exchange Commission* hace a su viabilidad comercial. Los bonos en yens se inscriben en los registros públicos japoneses, res. ME 14/2001, *B.O.*, 17-I-01, p. 4.

<sup>60</sup> *World Trade Organization*, u OMC, Organización Mundial del Comercio (ley 24.425).

<sup>61</sup> Que ya es ley para nosotros: 25.319. El nombre completo de la convención es "Aprobación de una convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales."

<sup>62</sup> Que CLINTON firmó pero el Senado por ahora no ratificará. La administración BUSH, claro está, se ha opuesto frontalmente a la Corte Penal Internacional.

<sup>63</sup> *Supra*, cap. IV; *infra*, cap. XI, § 8.3; "El contrato de crédito externo," en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. IV. Esa situación lleva a que nuestros comportamientos nacionales, cuando son al margen de las normas internacionales, aumentan la calificación del "riesgo país" y con ello arrastran una suba de las tasas que el país paga para obtener créditos con los cuales pagar los intereses de la deuda, dificultan los *waivers*, provocan disminución de las inversiones externas nuevas, huida de capitales, etc.

<sup>64</sup> Ver CURIEL y GIL DOMÍNGUEZ, *op. loc. cit.* Ver también, en general, MARTINS, DANIEL HUGO, "Los Tratados Internacionales como fuente del Derecho Administrativo," en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. I.

<sup>65</sup> Ver CURIEL, *op. loc. cit.*

<sup>66</sup> Ver asimismo ZUPPI, "La noción de soberanía en el nuevo orden internacional," *ED*, 151: 781; EKMEKDJIAN, MIGUEL A., *Introducción al derecho comunitario latinoamericano con especial referencia al MERCOSUR*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 10 y ss.; p. 17.

depositado, no le es oponible norma alguna del derecho interno.<sup>67</sup> En cualquier caso, cada vez son más los tratados ratificados por nuestro Congreso que prevén su prelación y la de sus normas secundarias o derivadas por sobre el orden jurídico interno,<sup>68</sup> lo que también recepta la jurisprudencia (*Dotti*).<sup>69</sup>

### 1.5. *La interpretación de los pactos de derechos humanos*

La CSJN ha dicho que su interpretación debe efectuarse “tal como la Convención citada rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.” “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y art. 2º ley 23.054),” incluyendo las opiniones consultivas del tribunal.<sup>70</sup>

### 1.6. *Las soluciones amistosas o transacciones internacionales*

De las más de sesenta denuncias en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el país ha comenzado a transar algunas a fines del segundo milenio y comienzos del tercero, con la consecuente modificación legislativa y jurisprudencial de nuestro derecho interno.<sup>71</sup> Algunas que no ha transado, comienza de todos modos a cumplirlas.

No transarlas, cuando hay dictamen adverso de la Comisión, implica que ésta da carácter de resolución pública a su pronunciamiento e inicia la acción ante la Corte de San José, con el consiguiente bochorno y reproche internacional, no desprovisto de efectos prácticos.<sup>72</sup> No es una situación que se pueda sostener *sine die*.

<sup>67</sup> *Supra*, § 1.4.1 y notas 1.38 y 1.44.

<sup>68</sup> Ley 24.936, Constitución de la Unión Postal de las Américas, España y Portugal, art. 26.

<sup>69</sup> CSJN, *Fallos*, 321-1: 1226 (año 1998), cons. 8º y 9º; *DJ*, 1998-3, 233.

<sup>70</sup> *In re Giroldi*, C.S.J.N., *LL*, 1995-D, 462, con nuestra nota en *RAP*, 215: 151 (Buenos Aires, 1996), reproducida en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996, p. 265 y ss.; esa solución de la CSJN fue ampliada en *Arce*, publicado en *LL*, 1997-F, 697, con nuestra nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” *LL*, 1997-F, 696, reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, § 76, pp. 165-71. BUERGENTHAL, THOMAS, *International Human Rights*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1988, p. 166.

<sup>71</sup> Los ya citados *Birt*, *Verbitsky*, *Maqueda*, *Giroldi*, *Bramajo*, *Arce*, etc. El caso *Chocobar*, *LL*, 1997-B, 247 (1996) de nuestra CSJN, que dictó su demorada sentencia al poco tiempo de denunciar su mora ante la COMISIÓNIDH del Defensor del Pueblo de la Nación: ver el texto de su presentación en *RAP*, 218: 58. (Buenos Aires.)

<sup>72</sup> Se cuenta que una entidad multilateral de crédito suspendió el otorgamiento de uno a Mendoza cuando no coadyuvaba a la solución de los casos *Maqueda* o *Garrido* y *Baigorria*. Anécdotas similares abundan. Tampoco ha de olvidarse el efecto sobre las tasas internacionales, la calificación de “riesgo país,” el flujo de inversiones, etc. Ver el cap. VIII de nuestra *Introducción al derecho*, *op. cit.*

La presión y el *lobby* diplomáticos no están excluidos salvo en el caso de algunos tratados de arbitraje a que nos referimos a continuación.

### 1.7. *El arbitraje administrativo internacional*

En un nivel más normativo que empírico, existe una larga lista de tratados que autorizan el derecho de todos los inversores extranjeros a acudir a un tribunal arbitral internacional.<sup>73</sup> Esos tribunales aplicarán la ley local como base, pero a la luz de los principios jurídicos internacionales.<sup>74</sup> Claro está que tales principios pueden también ser tomados en lo referente a conflictos de leyes y estos reenviar a las normas de la parte contratante al respecto.<sup>75</sup> Por otra parte lo empírico siempre funciona, a tal punto que en ocasiones se lo quiere restringir.<sup>76</sup>

## 2. *Distintos tipos*

### 2.1. *Tratados*

Nuestro país está sometido a dos tipos de órdenes jurídicos supranacionales:

#### 2.1.1. *Con jurisdicción supranacional, internacional o extranjera*

Por un lado están los tratados que tienen un órgano judicial supranacional de aplicación, como es el Pacto de San José de Costa Rica, o que sin tener órgano judicial tienen al menos órganos de aplicación.<sup>77</sup> En parecida situación se encuentran los tratados que admiten la jurisdicción extranjera, como la Convención Interamericana contra la Corrupción, art. V; el tratado contra la Tortura, art. 5°; los contratos de crédito externo;<sup>78</sup> los crímenes de lesa humanidad.<sup>79</sup> Lo mismo los casos sometidos a una jurisdicción extranjera que el país decide transar.<sup>80</sup>

<sup>73</sup> *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XVII, “El arbitraje administrativo nacional” y cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional.”

<sup>74</sup> Así el tratado con Sudáfrica, art. 9.4, ley 25.352. A veces el tratado hace inaplicable la legislación local de ambos países y expresa que el tribunal decidirá sobre la base del respectivo acuerdo, “de los principios del Derecho Internacional en la materia y de los Principios Generales de Derecho reconocidos por las Partes Contratantes,” art. X inc. 6 del tratado con Guatemala, ley 25.350.

<sup>75</sup> Así lo dispone el tratado con Nicaragua, ley 25.351, *B.O.* del 5-XII-00, art. 11 inc. (4).

<sup>76</sup> Ver p. ej. el tratado con Guatemala, ley 25.350, art. IX, inc. 6 “Las Partes Contratantes se abstendrán de tratar, por medio de canales diplomáticos, asuntos relacionados con controversias sometidas a proceso judicial o a arbitraje internacional, de conformidad a lo dispuesto en este artículo, hasta que los procesos correspondientes estén concluidos, salvo en el caso en que la otra parte en la controversia no haya dado cumplimiento a la sentencia judicial o a la decisión del Tribunal Arbitral, en los términos establecidos en la respectiva sentencia o decisión.”

<sup>77</sup> El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5.

<sup>78</sup> Ver *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. IV, “El contrato de crédito externo” y sus remisiones.

<sup>79</sup> Y los casos de países que, ante ciertos crímenes múltiples (narcotráfico, más crimen organizado, más corrupción, más tortura y muerte) capturan personas en el exterior y las traen a juzgamiento a su propio país: el *male captus, bene detentus* de *Alvarez Machaín* en la Corte Suprema de EE.UU. (1992), *supra*, § 1.4.2.1 e *infra*, § 2.3 y 2.4. Ver ZUPPI, *Jurisdicción...*, *op. cit.*

<sup>80</sup> *Blake*, 1996, *supra*, nota 1.56 *in fine*.

### 2.1.2. *Sin otra jurisdicción —para los individuos— que la interna*

Un segundo grupo lo integran los tratados incorporados a la Constitución pero que carecen de tribunal supranacional, internacional o extranjero: Así, los tratados de integración autorizados por el inc. 24 del art. 75 de la C.N., que no tienen tribunal supranacional. Es posible que con el correr del tiempo los tratados de integración tengan tales tribunales, como ya ocurre en Europa, con lo cual podrán ser clasificados junto al de San José como un derecho comunitario más efectivo por la existencia de tribunales de aplicación; esos tribunales seguramente extenderán su competencia en el siglo XXI.

### 2.2. *El caso de la Convención Americana de Derechos Humanos*

En 1983 el Congreso argentino sancionó por ley 23.054 la sumisión del país a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus procedimientos supranacionales,<sup>81</sup> en especial el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica<sup>82</sup> y luego realizó el acto formal de su depósito internacional.<sup>83</sup> Posteriormente la Constitución de 1994 le dio “jerarquía constitucional,” al igual que a otros tratados, “en las condiciones de su vigencia,” lo cual remite al modo en que los organismos supranacionales los aplican e interpretan. (*Giroldi*, 1995; *Arce*, 1997.)

Pondremos énfasis en dicho pacto, por ser el único<sup>84</sup> que cuenta con un tribunal supranacional. Ello no cambia la obligatoriedad que todos tienen en el derecho interno, pero fuerza es reconocer que desde un punto de vista práctico no es lo mismo que la interpretación del tratado termine en el propio país, o pueda continuarse ante un tribunal internacional o supranacional. No es lo mismo introducir el caso federal para ocurrir en su oportunidad por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sea por violación a la Constitución o a los tratados, que introducir también el caso supranacional para ocurrir en su oportunidad por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>85</sup> Ya algunos órganos del

<sup>81</sup> TREJOS, GERARDO, “Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana,” en HERNÁNDEZ, RUBÉN y TREJOS, GERARDO, *La tutela de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Juricentro, 1977, p. 59 y ss.

<sup>82</sup> Ver GROS ESPIELL, HÉCTOR, *op. cit.*, pp. 119-43; CARRIÓ, GENARO, *El sistema americano de derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba, 1987; C. A. DUNSHEE DE ABRANCHES, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos,” en O.E.A., *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, 1980, pp. 91-143; TREJOS, GERARDO, “Organos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana,” *op. loc. cit.*

<sup>83</sup> *Revista de Derecho Público*, n° 2, Buenos Aires, FDA, 1987.

<sup>84</sup> Queda como caso dubitativo el art. 5° del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>85</sup> No hace falta, a diferencia de la “oportuna” introducción del caso federal en nuestro recurso extraordinario; es tan solo un modo de recordarle al juez interno que por encima de él están el orden jurídico y la justicia internacionales; razones de economía procesal le obligan a acatarlos. Y el día llegará en que será causal de juicio político no haber cumplido los pactos internacionales según la jurisprudencia internacional. El art. 36 de la Constitución preanuncia el camino.

país comienzan a cumplir las normas supranacionales con la sola denuncia ante la Comisión, sin esperar la segura condena (el caso del Defensor del Pueblo y la Corte Suprema en materia del pronto despacho de las jubilaciones, fines de 1996 y comienzos de 1997).

En cualquier caso y así como ya nuestra Constitución, en una lectura no excesivamente atada al pasado, permitía leer en ella lo que el Pacto de San José se limita a explicitar, lo mismo ocurre con los demás pactos de derechos humanos: pueden y deben ser aplicados por nuestros tribunales.<sup>86</sup> En cuanto a los de integración, pareciera evidente que la negociación no es suficiente medio de resolución de diferendos, con lo cual de avanzarse en la integración la creación de los tribunales deviene un complemento indispensable de su funcionamiento y aplicación eficaces.

La Convención Americana de Derechos Humanos, al igual que los demás tratados internacionales de Derechos Civiles y Políticos contienen una importante enumeración de garantías individuales y libertades públicas, que en su gran mayoría constituyen un avance sobre el estado previo de nuestra legislación y que además definen, con mayor amplitud que nuestra Constitución, muchos derechos individuales;<sup>87</sup> ella tiene en primer lugar una importancia práctica como propósito normativo de acrecentamiento material del ámbito de libertad y de la esfera de derechos de los individuos.

Desde este primer punto de vista práctico y con independencia de cuán eficaces<sup>88</sup> sean o dejen de ser sus procedimientos de contralor jurisdiccional internacional, atento el procedimiento previo ante la Comisión<sup>89</sup> y el carácter excluyente de la legitimación de los individuos lesionados,<sup>90</sup> lo cierto es que constituye un importante progreso en materia de derechos individuales. Toda persona deseosa de ver mejorar sus derechos debe advertir que la Convención y sus mecanismos constituyen un importante adelanto de nuestro ordenamiento jurídico. Por ello debe interpretarla y aplicarla con amplitud.

<sup>86</sup>Y, como dijimos, aumentan los supuestos de jurisdicción extranjera (tortura, corrupción, contrato de crédito externo, etc.) o arbitraje internacional (inversiones extranjeras).

<sup>87</sup>Ampliándolos, no reduciéndolos, por lo que no existe conflicto normativo alguno.

<sup>88</sup>A pesar del derogado “filtro” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 44, 57, 61, inc. 1°), nuestro gobierno prefiere transar casos antes que comprometerse a una sentencia pública de la Corte. Se ha comenzado a dar aplicación imperativa en el derecho interno a tales compromisos internacionales, como surge del noveno voto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re Birt*, que comentamos en *LL*, 1995-D, 292 y de los casos *Giroldi* (1995), *Bramajo, Arce* (1997), etc.

<sup>89</sup>El art. 44 establece: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta convención por un Estado parte.”

<sup>90</sup>Art. 57: “La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.” Y el 61, inc. 1, concluye el ritual restrictivo: “Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.” Sin embargo, como explicamos *supra*, nota 1.5, ante la CIDH puede actuar, incluso en nombre “de terceras personas,” cualquier entidad no gubernamental “reconocida en uno o más Estados Miembros:” ni siquiera hace falta que sea una ONG del propio Estado denunciado.

Lo mismo cabe decir del resto del ordenamiento supraconstitucional. Sostuvimos la supranacionalidad operativa del pacto en 1990, antes de su reconocimiento jurisprudencial en 1992 y constitucional en 1994; ahora que éste se extiende simultáneamente a los demás tratados de derechos humanos y a los de integración, pensamos que cabe nuevamente mirar hacia el futuro.<sup>91</sup>

### 2.3. *Convención Interamericana contra la Corrupción*

Cabe igualmente reiterar la importancia de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que tiene diversas normas y principios operativos. De acuerdo a lo ya explicado en otro lugar, son los principios los más importantes.<sup>92</sup>

Reconoce, p. ej., la jurisdicción de otros países sobre hechos acaecidos en nuestro territorio (art. V), del mismo modo que lo hace el tratado contra la tortura (art. 5°).

Su expresa vinculación de corrupción, crimen organizado y narcotráfico debe así ser un llamado de atención para quienes incurran en tales delitos ya que los tribunales norteamericanos, p. ej., han comenzado a juzgar hechos de soborno transnacional ocurridos fuera de su país, al igual que admiten, en asuntos vinculados al terrorismo, narcotráfico, etc., el principio *male captus, bene detentus*.<sup>93</sup> La sumatoria de tales delitos está generando un nuevo orden público internacional (*jus cogens superveniens, in statu nascendi*). Por cierto, es mejor un tribunal internacional<sup>94</sup> que uno simplemente extranjero. Ya se ha implementado la Corte Penal Internacional,<sup>95</sup> pero es probable que subsista durante una etapa intermedia la jurisdicción nacional en temas tales como cohecho internacional (ley 25.319). Esto último es un sucedáneo inevitable hasta tanto superemos el incumplimiento nacional a las órdenes internacionales de captura canalizadas por Interpol. El país que se aparta de las normas de la comunidad internacional en materias como éstas, no se halla luego en situación congruente para invocar el derecho internacional que ha transgredido, por el principio *nemo turpitudinem suam allegare potest*. Por ello sigue tan vigente el antiguo principio romano *fraus omnia corrumpit*. Hay que aprender del pasado para auscultar el futuro y no olvidar que estas decisiones tienen efecto en las inversiones, la tasa de interés en el crédito externo, los *waivers*, etc. También cabe señalar que la Convención impone en el derecho interno el principio de la publicidad, equidad y eficiencia de las contrataciones públicas (art. III, inc. 5°), lo que transforma de pleno derecho

<sup>91</sup> Es lo que también hace BENVENUTI, FELICIANO, *Designo dell'Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Venecia, CEDAM, 1996, p. 459 y ss.: "Introducción al futuro."

<sup>92</sup> Ver *supra*, cap. I, "El método en derecho," § 1.2, "Principios y valores, no «conceptos»" y sus remisiones.

<sup>93</sup> Que explicamos *supra*, § 1.4.2.1, con sus remisiones a los casos *Weltover* y *Alvarez Machaín* de 1992.

<sup>94</sup> Ver nuestro art. "Una reflexión actual," en el libro colectivo AA.VV., *El derecho público de finales de siglo*, Madrid, Fundación BBV y editorial Civitas, 1997, p. 263 y ss.

<sup>95</sup> ZUPPI, *Jurisdicción...*, *op. cit.*

en antijurídicas las adjudicaciones y los precios finales a su extinción<sup>96</sup> que no se publiquen en el *B.O.* o fueren inequitativas<sup>97</sup> para los usuarios (*pacta tertiis non nocent*), o impliquen dispendio incausado de fondos públicos, etc., como también las teñidas por soborno, que arrastran la responsabilidad de los fiscales.<sup>98</sup>

#### 2.4. *La Convención Internacional contra el Soborno Transnacional (ley 25.319)*

Esta convención internacional tiene por objetivo permitir a los demás Estados partes juzgar a *nuestros* funcionarios públicos por los delitos de soborno transnacional y lavado de dinero vinculado al cohecho. Aclara expresamente que cualquier Estado tiene jurisdicción, sin importar el país donde el delito hubiere sido cometido. No poseemos el vigor institucional de una democracia sólida, con poder rigurosamente distribuído y compartido, como debe ser, por una miríada de órganos. Nuestra excesiva centralización presidencial, imbuida de una vieja cultura caciquista, hace difícil investigar, juzgar y castigar a nuestros grandes corruptos transnacionales. Es bueno que otro Estado pueda hacerlo. Así el derecho tal vez pueda llegar a funcionar un poco más cercano al ideal de cumplirse, ante la amenaza real y cierta de sanción en caso de incumplimiento.

#### 2.5. *Otras fuentes*

Las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana; por ahora no son fuente cuantitativamente importante, pero sí cualitativamente, su carácter de fuente se ha reconocido en nuestro país.

También tienen importancia práctica y jurídica los compromisos y transacciones que el país realiza ante la COMISIÓNIDH, para evitar ser llevado ante la CORTEIDH y que luego debe honrar como los propios fallos. Así en el caso 11.012 (*Verbitsky c. Belluscio*)<sup>99</sup> se arribó a una solución amistosa por la cual el país derogaría por ley la figura del desacato; otras recomendaciones de la COMISIÓNIDH llevaron al dictado de las leyes 24.043, 24.321 y 24.411 (*Birt*). La causa 11.012 permitió que el actor hiciera desistir al país de un proyecto de ley limitativo de la libertad de prensa: anticipó así el resultado que en 1996, en materia diversa, lograra el Defensor del Pueblo con su sola presentación ante la COMISIÓNIDH.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> Ahora sí el primer paso, la licitación pública, es un requisito normativo de validez de toda contratación pública, salvo las excepciones razonablemente previstas en la ley (urgencia, especialidad, etc.) o en ordenanzas expresas que prevean la contratación directa de servicios públicos locales a las cooperativas de usuarios del servicio, eventualmente con ratificación por referendum popular. Lamentablemente, nuestros tribunales se han pronunciado en contra de esta última alternativa, tal como lo explicamos y criticamos en nuestro art. "Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos," *LL*, 2002-A, 954.

<sup>97</sup> *Infra*, cap. XI, § 5.2.

<sup>98</sup> *Infra*, cap. XII, § 14.5.

<sup>99</sup> Para más detalles ver VERBITSKY, *op. cit.*, pp. 232-41.

<sup>100</sup> *Infra*, cap. XII, § 14.1, Díaz Molina y Chocobar, 1996.

Del mismo modo pueden nacer otros órganos judiciales supranacionales y nuevas normas de segundo rango,<sup>101</sup> ya admitidas en *Cafés La Virginia S.A.*<sup>102</sup> y *Dotti*.<sup>103</sup> El derecho interno cede ante el derecho supranacional: corresponde a los jueces locales aplicar dicho derecho supranacional de manera inmediatamente operativa y en base a la jurisprudencia e interpretación internacional, so pena de ver su propia conducta antijurídica denunciada o invalidada ante jurisdicciones supranacionales o extranjeras.

### 3. Caracteres generales

Una interpretación *a)* realista y sensata, *b)* valiosa o justa, *c)* teleológica o finalista, *d)* que tome cuenta de la circunstancia fáctica<sup>104</sup> que determinó nuestra adhesión,<sup>105</sup> no puede sino buscar aquellos métodos de interpretación que en cada caso aseguren mejor la efectividad y vigencia de tales normas y principios. O sea, debemos buscar y aceptar de corazón las innovaciones del sistema que nos permitan gozar de una mayor efectividad de nuestros derechos.

No se trata entonces de hacer una suerte de “neutra” orfebrería o albañilería jurídica, un trabajo de dogmática o de lenguaje formal de textos positivos en el cual busquemos de qué modo interpretar cada art. para llevarlo a su inexigibilidad, no vigencia o inaplicabilidad. La única interpretación finalista congruente con la circunstancia rectora del sometimiento a la Convención y al derecho internacional de derechos humanos y comunitario en general, será aquella que busque construir soluciones en el sentido de afirmar la vigencia, garantía y aplicabilidad o exigibilidad inmediata de los derechos individuales y la integración regional. No pues a la inversa, la indefensión de los individuos y su sometimiento a la autoridad o gobierno de turno, además aislado del contexto internacional.

Es claro por lo demás que la globalidad del mundo, en las comunicaciones y economía, incluso en las políticas e ideologías dominantes, no deja lugar para países que elijan quedar como parias de la comunidad internacional: el precio es demasiado caro.

#### 3.1. Derecho interno

Una de las primeras conclusiones es que estas normas y principios jurídicos constituyen no solamente derecho supranacional sino *también* al propio tiempo,

<sup>101</sup> Han avanzado además las normas técnicas internacionales, que por cierto resultan de aplicación interna: PEDRIERI, ALBERTO, “Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità,” en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Módena, Mucchi Editores, 1996, p. 1413 y ss. Ver también al respecto el t. 2 de este tratado, cap. VII, “La regulación económica y social.”

<sup>102</sup> *LL*, 1995-D, 277.

<sup>103</sup> CSJN, *Fallos*, 321-1: 1226; *DJ*, 1998-3, 233, cons. 8º y 9º.

<sup>104</sup> O arcóntica, rectora, determinante, que fue “causa” en suma de la sanción legislativa.

<sup>105</sup> Que no es otra que la insuficiencia previa de tales derechos en su funcionamiento o aplicación práctica.

derecho interno, vigente, operativo,<sup>106</sup> aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en ellos. Esa adicional nota de derecho interno es ahora de nivel constitucional.

La Convención y otras normas supranacionales tienen así el doble carácter señalado, que implica la obligación de las autoridades nacionales de cumplirlas y ejecutarlas, sin perjuicio de la aplicación que también harán de ellas las autoridades judiciales supranacionales existentes según el caso.

### 3.2. *Derogación ipso jure*

De lo expuesto surge que toda norma contraria preexistente ha cesado automáticamente en su vigencia. Es obvio que toda otra norma legislativa anterior que se oponga directa o indirectamente a estas normas ha quedado inmediatamente derogada o carente de vigencia, por incompatibilidad con la legislación posterior. Una interpretación que pretendiera que estos pactos supranacionales, o al menos de rango constitucional, no son sino una expresión de deseos (salvo, claro está, su única norma claramente programática), insusceptible de aplicación directa por los jueces, no invocable por los individuos, constituiría una burla al orden jurídico y a las libertades y garantías públicas. Es cierto que hubo doctrina y fallos que inexplicablemente sostuvieron el carácter programático de toda<sup>107</sup> la Convención, pero fueron los primeros tiempos de aplicación del Pacto y era todavía muy reciente el retorno a la democracia. La jurisprudencia y doctrina actuales han iniciado lo que parece una tendencia segura de cambio.

Una norma legislativa posterior sería igualmente ineficaz para apartarse de sus normas, en tanto el país no retire su adhesión y sometimiento al derecho supranacional: si el Congreso quiere apartarse de las normas supranacionales a las que válidamente se sometió, debe previamente retirarse de esa comunidad jurídica internacional, conforme al procedimiento allí establecido. Sería un paso atrás hacia la barbarie, muy difícil de realizar por nuestro país en el actual contexto internacional, ya explicado en el cap. IV.

De todas formas, si así ocurriese, debe realizarse la siguiente salvedad: el principio de irreversibilidad de los derechos humanos expresa que ni siquiera la denuncia de un tratado internacional provocaría en ese ámbito, el internacional, el cese de sus efectos y compromisos asumidos por el Estado. Tampoco en el derecho interno: esas prerrogativas y su consecuente protección se mantienen

<sup>106</sup> Ver HYNES, LUISA MARÍA, "La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos," en *Revista de Derecho Público*, n° 2 (Buenos Aires, 1987). Precedentes dubitativos antes de *Ekmekdjian c. Sofovich* (Fallos, 315: 1492, año 1992) eran como CSJN, *Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.*, Fallos, 312: 2490 (1989). Ver la nota siguiente.

<sup>107</sup> Así el caso *E., F.E.*, en nuestro libro *Derechos Humanos*, 1998, cap. VIII; 1999, 4ª ed., cap. IV; a la inversa, no todos los arts. son operativos, como lo explicamos en el cap. VI del mismo libro. Ver y comparar ALBANESE, SUSANA, "Operatividad y programaticidad de las cláusulas de los tratados internacionales," *LL*, 1987-C, 974. Ver también la nota 3.7.

vigentes;<sup>108</sup> así como se mantiene vigente su jerarquía constitucional. Además de retenidos de pleno derecho a través del art. 33 de la C.N.,<sup>109</sup> están incorporados al patrimonio cultural y jurídico de la comunidad nacional e internacional; no hay retorno de ello, por más actitud aislacionista que tengamos.

Los derechos humanos constituyen un *standard* mínimo de derechos que por su calidad de resultar inherentes a la persona humana, sólo pueden progresar, extenderse, ampliarse. Pero no restringirse ni suprimirse. Hablamos aquí de tres principios rectores que interactúan en forma constante: el principio de irreversibilidad de los derechos humanos, el de progresividad y el de razonabilidad. Cualquier norma que quiera reducir la virtualidad y el ámbito de aplicación de estos derechos, inevitablemente conducirá a la irrazonabilidad y, en consecuencia, a su inconstitucionalidad. Podemos concluir que el sistema de derechos humanos, como *standard* mínimo, solo puede proyectarse, constitucionalmente, en un único sentido razonable: su progresividad cuantitativa y cualitativa.

### 3.3. *Aplicación legislativa y jurisdiccional*

En el caso de la Convención, los Estados signatarios se han obligado *ipso jure* “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” (art. 1º, inc. 1º) y a “garantizar su libre y pleno ejercicio” a través de la tutela jurisdiccional y por aplicación directa de los tratados y sus principios; ello, sin perjuicio de la obligación que también tienen de instrumentarlos con los mecanismos complementarios que fueren convenientes,<sup>110</sup> sin poder mientras tanto pretender negarles operatividad y aplicación directa e inmediata. Esa obligación alcanza a los órganos jurisdiccionales, que deben aplicar tales normas en forma directa e inmediata.

No todos los juristas han aceptado esta conclusión, entre ellos algunos legisladores, que a veces prohíban leyes dando a entender que están “creando” determinados derechos que ya están consagrados en la Convención: en ello ha de verse nada más que una búsqueda de mejor instrumentación y más efectiva operatividad de la garantía de que se trate, pero no la afirmación de que ella carecía de existencia o vigencia antes de la ley reglamentaria de que se trate. En defecto de ley reglamentaria del Congreso, corresponde lo mismo que en materia constitucional: la aplicación directa de los tratados por los jueces.

<sup>108</sup> PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del «acervo comunitario»,” *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336, pp. 348-9. Ver *supra* nota 1.44; *Derechos Humanos*, op. cit., cap. III, “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” § 1, “La irreversibilidad del derecho supranacional en materia de derechos humanos.”

<sup>109</sup> Ampliar en GIANIBELLI, GUILLERMO y ZAS, OSCAR, “Estado social en Argentina,” en *Revista Contextos*, n° 1, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 197-204.

<sup>110</sup> El art. 2º establece en tal sentido: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” En consecuencia, es claro que la Corte de San José no es el único intérprete que aplica la Convención, sino el último en los casos sometidos a su jurisdicción.

### 3.4. *Carácter supranacional*

La Convención y demás tratados regionales o internacionales similares, como derecho supranacional eliminan, obviamente, el dogma del poder interno de cada país —o gobierno— como poder incondicionado e ilimitado: el precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento en el plano *interno*. Incluso los países con suficiente poder como para pretender aislarse del mundo, terminan reconociendo que no está en su propio interés hacerlo. No hay más poderes nacionales ilimitados en un mundo tan estrechamente interconectado como el actual; menos aun los habrá en el futuro. En nuestro caso particular, es obvio que el rol que nos cabe es hartamente menor.

El país ha reconocido pues en forma expresa la jurisdicción de un tribunal internacional de justicia, con competencia para dictar sentencias en su contra en caso de desconocimiento por éste de las garantías individuales mínimas de sus propios habitantes.<sup>111</sup> Ello se ha hecho extensivo a las opiniones consultivas y pronto tomará también inevitablemente la jurisprudencia de otros tribunales, en especial el europeo de derechos humanos.

Lo menos que se puede decir entonces, en una perspectiva teleológica y de razonable futuro, es que tenemos allí un verdadero derecho supranacional, con todas las notas propias de un orden jurídico supremo. Las características que explicamos anteriormente<sup>112</sup> para la Constitución como orden jurídico superior en el derecho interno, son así en un todo aplicables a las normas de la Convención en cuanto orden jurídico superior supranacional.

Muchos autores e intérpretes se resistirán a considerarlo derecho *supranacional*, más tal vez que los que ya se negaban antes de la reforma constitucional a considerarlo *derecho interno*, o *derecho a secas*.

También están los que negaban a ultranza a la misma Constitución como derecho<sup>113</sup> y no faltaron los que de igual modo razonaron con las leyes. Pero son éstas conjeturas falsas. No pueden entorpecer el razonamiento científico y político del jurista que busque interpretar el mejor orden jurídico con el cual asegurar la paz, la justicia, el orden, etc., en su país.

El camino del futuro es claro: por encima de las vacilaciones, contradicciones y hasta negaciones formales que este nuevo orden jurídico supranacional tenga que sufrir, no serán en suma sino como la misma negación que hasta la Cons-

<sup>111</sup> Y a su vez ha reafirmado el principio aprobando por ley 25.390 el tratado de creación de la Corte Penal Internacional. Ver al respecto ZUPPI, *Jurisdicción...*, *op. cit.*; VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G. J. H. (dir.) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, La Haya, Kluwer Law International, 1998, 3ª ed.

<sup>112</sup> Antes era el primer punto del cap. "Fuentes," hoy es el primer punto del cap. "Fuentes nacionales," precedido de las fuentes supranacionales. Ver *infra*, cap. VII.

<sup>113</sup> Creemos haber probado el error de tales concepciones a partir de la 1ª ed. de nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962 y estimamos ahora oportuno formular la subsiguiente hipótesis de progreso jurídico.

titución debió padecer. Ello no cambia el curso del destino, al menos en el largo plazo. El camino de la evolución europea en materia de derechos humanos, que también avanzó lenta pero seguramente en el sentido de la vigencia de un orden jurídico supranacional, marca también el derrotero.

Por lo demás, parece obvio que en los casos aberrantes ya no existe lugar para el retorno a la barbarie nacional, por lo menos a la barbarie bajo pretendido color de legalidad. Pase lo que pase en los hechos en determinada comunidad nacional, ya no podrá más en derecho decirse “que el genocidio, la tortura o el delito cesáreo de un déspota constituyan asuntos exclusivamente internos, *de jurisdicción doméstica*.”<sup>114</sup> Los demás países y la propia Organización de las Naciones Unidas podrán no siempre tener la voluntad política de intervención multilateral en las masacres internas, pero nadie podrá pretender reconocer el carácter de jurídicas a tales aberraciones. En efecto, “hace al bien común de la humanidad salvaguardar al hombre en todas las partes del globo, cualquiera sea la soberanía del Estado bajo la cual se encuentre. En última instancia, la paz mundial no es la mera ausencia de guerras, ni se reduce al solo equilibrio de fuerzas adversarias, sino que es obra de la justicia.”<sup>115</sup>

## II. Los principios supranacionales<sup>116</sup>

### 4. Normas y principios supranacionales

Conforme los mismos criterios interpretativos que hemos siempre sostenido para la Constitución nacional como orden supremo en el derecho interno, postulamos ahora como hipótesis o conjetura básica,<sup>117</sup> como concepto fundante<sup>118</sup> del nuevo sistema<sup>119</sup> u orden jurídico supranacional, la aplicación en un grado superior de las mismas pautas interpretativas elaboradas en el plano interno.

Por ello caracterizaremos tales normas con los mismos datos que, uno a uno, hemos postulado para la Constitución nacional en la etapa preinternacional de nuestro derecho.

<sup>114</sup> ORTIZ PELLEGRINI, MIGUEL ANGEL, *Introducción a los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1984, p. 63. Más aun, ello se ha efectuado *ex post facto*: ZUPPI, “La prohibición «ex post facto» y los crímenes contra la humanidad,” *ED*, 131: 765; *Jurisdicción...*, *op. cit.*; BARBERIS, *op. cit.*, p. 56.

<sup>115</sup> ORTIZ PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 63, quien cita en tal sentido *Gaudium et Spes*, P. II, c. 5, n° 78.

<sup>116</sup> Como se verá, no nos referimos aquí a los principios generales del derecho internacional que rigen la conducta de los Estados entre sí (que, entre otros, explica JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *op. cit.*, p. 107 y ss.), sino a los clásicos principios generales del derecho, constantemente *aggiornados* desde su origen romanístico (*infra*, § 6 y notas), que se muestran en su carácter universal. Ver también FLOGAITIS, SPYRIDON, “The General Principles of Law in the Jurisprudence of the United Nations Administrative Tribunal,” en prensa en el libro de homenaje a SABINO CASSESE, 2009.

<sup>117</sup> En el sentido de POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973.

<sup>118</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, *Los sistemas dogmáticos en el derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1984, pp. 51-52.

<sup>119</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1975, cap. IV, pp. 92-93 y cap. V.

#### 4.1. *La cuestión de las sanciones por incumplimiento. La invalidación nacional*

Aun en los supuestos en que no exista una sanción puntual y específica prevista en la Convención para el caso de incumplimiento, el tribunal tiene siempre como obligación mínima la de invalidar toda actuación o comportamiento estatal o privado que se haya apartado de tales preceptos jurídicos. Esa invalidación o privación de efectos, que podrá ser constitutiva o declarativa según la gravedad de la infracción,<sup>120</sup> constituye por cierto una sanción.

#### 4.2. *La invalidación y condena pecuniaria supranacional*

El tribunal internacional de la Convención —la Corte de San José— está especialmente facultado no sólo para declarar la antijuridicidad de la conducta y anular los pronunciamientos que se aparten de lo prescripto por la Convención, sino también para aplicar sanciones pecuniarias en favor de la *persona humana*<sup>121</sup> cuyos derechos fundamentales hayan sido lesionados por actos, hechos u omisiones de su propio país, en el plano interno.<sup>122</sup> Conviene recordar que la Convención concede derechos principalmente a las personas físicas y organizaciones actuando en su nombre, no a las personas jurídicas (art. 1º, inc. 2º), aunque ya los tribunales internos en algunos casos han hecho extensivas sus reglas a las personas jurídicas, p. ej. en el caso de la regla *solve et repete*.

Es obvio que se trata de sanciones no demasiado vigorosas, pero tampoco las hay por ahora, en la práctica, de las infracciones constitucionales en el derecho interno. En cualquier caso nuestra Corte Suprema ha demostrado una saludable tendencia, que es de desear se reafirme y continúe, al aplicar en el derecho interno las normas internacionales y su interpretación por el tribunal de San José de Costa Rica, tanto en fallos como opiniones consultivas.<sup>123</sup>

Si se quiere fortificar este aspecto, la figura penal para la emisión de órdenes antijurídicas y su ejecución<sup>124</sup> puede brindar un elemento contundente en ese camino, lo mismo que la reparación no meramente simbólica del daño moral, la publicación de la sentencia a costa del infractor, etc. Es mucho lo que se puede

<sup>120</sup> Según lo desarrollamos para el derecho nacional en el t. 3, *El acto administrativo*, op. cit., cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo.”

<sup>121</sup> La Convención concede derecho sustantivo sólo a las personas físicas (art. 1º, inc. 2º: GROSS ESPIEL, op. cit., pp. 149-50; TREJOS, op. cit., p. 96.); por ello resulta superflua la reserva respecto a los alcances de esta facultad del tribunal. Las personas jurídicas pueden en cambio, como derecho adjetivo o procedimental, denunciar violaciones en perjuicio de derechos sustantivos de terceras personas individuales: art. 26 del reglamento de la Comisión, *supra*, nota 2.13.

<sup>122</sup> Obviamente, es el ciudadano o habitante de su propio país de nacimiento o residencia el que resulta lesionado en sus derechos individuales por su propio gobierno. Hay por ello al mismo tiempo derecho nacional y supranacional violado.

<sup>123</sup> También en la misma tendencia los tribunales inferiores: CNFed. CA, Sala IV, *Telesud*, 18-04-85, causa 8892.

<sup>124</sup> Ver ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General*, § 50, IX, “La obediencia debida: su disolución dogmática,” pp. 725-28.

avanzar, si se quiere hacerlo. Y queda todavía la previsión penal constitucional del art. 36.<sup>125</sup>

#### 4.3. *Hacia la supremacía de la Convención y normas análogas y comunitarias*

No se nos escapa que la afirmación que encabeza este punto podría provocar rechazo en algún jurista de fines de siglo XX, formulamos la conjetura con sentido o proyección para el siglo XXI: esperamos ver reconocido por *todos* nuestros tribunales la vigencia de este principio. La Corte Suprema ha marcado el camino y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo lidera; empecemos ahora a aplicarlo en la administración y primeras instancias de la justicia. Nos acompañan los tribunales extranjeros que al amparo de las renovadas normas y principios de extraterritorialidad, hacen algunas de las cosas que nosotros, solos, no podemos. No tiene sentido resolver el sometimiento a un orden jurídico supranacional y a un tribunal con competencia para aplicarlo y sancionar al incumplidor, para luego pretender *la supuesta supremacía del orden local por sobre el orden internacional*. Entendemos la resistencia psicológica a abandonar los viejos paradigmas, pero es obvio que ellos hoy carecen de realismo y también de justicia. La existencia de la Convención Americana de Derechos Humanos nos plantea el deber ético de una resuelta integración en la comunidad universal civilizada: nos obliga a reconocernos a todos y cada uno de nosotros mismos la condición de ser humano; ello, en términos de convicción que supere los límites de la nacionalidad.

Así como ninguna “nacionalidad” o norma nacional, o carencia de norma nacional, puede hoy en día ser argumento válido para declararse esclarecido y honroso partidario de la esclavitud, la tortura, el asesinato de niños, el genocidio, la persecución de las minorías, etc., así también en pocas décadas más el nuevo milenio deberá verificar en la experiencia que tampoco puede “jurídicamente” argüirse un “derecho” interno, así sea constitucional,<sup>126</sup> para justificar la lesión de un derecho supranacional en materia de garantías, derechos y libertades públicas mínimas de cada individuo en su propio país.

#### 4.4. *La imperatividad de las normas y principios supranacionales*

Del mismo modo, la supremacía del orden supranacional por sobre el orden nacional preexistente, no puede sino ser supremacía jurídica, normativa, provista

<sup>125</sup> Ver BAIGÚN, DAVID, “El delito de atentado al orden constitucional y a la vida democrática” y “La reforma de la Constitución nacional,” en el libro de BIDART CAMPOS, G. J. y SANDLER, H. R., compiladores, *La reforma constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 43 y ss., esp. p. 47; ZAFFARONI, *op. cit.*, § 41, IX, “La defensa del estado,” 3, p. 601.

<sup>126</sup> Ese será, por supuesto, el seudo argumento o la falsa excusa, pues ninguna norma constitucional se halla en pugna con la Convención y ningún conflicto es posible para el intérprete bien inspirado. Así ZAFFARONI, *op. loc. cit.*; EKMEKDJIAN, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano con especial referencia al MERCOSUR*, *op. cit.*, p. 15 y sus referencias.

de fuerza coactiva, de imperatividad. Tanto la coacción —*lato sensu*— interna prevista en todo el sistema jurídico nacional, como la coerción internacional, por la vía jurisdiccional prevista en el tratado, son los medios por los cuales los órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales deberán hacer efectiva tal suprema imperatividad. A lo cual ha de agregarse, a partir de los últimos pronunciamientos, las opiniones consultivas.

#### 4.5. *La aplicación directa de las normas y principios supranacionales*

No podemos, en materia de derechos, retornar a las épocas en que se podía sostener que una garantía determinada era inaplicable “por no existir aun ley que la reglamente.” Ese argumento era y es del mismo nivel que el que invoca cualquier empleado de una mesa de entradas, cuando se resiste a aplicar la ley “porque falta la reglamentación;” o no aplica la reglamentación porque le falta “la orden del superior;” o incumple la orden del superior porque ella no está por escrito, o desconoce la orden escrita del superior porque él no se la reitera en forma verbal en el mismo acto en que le requieren su cumplimiento; etc. Los argumentos de mente burocrática para no actuar son infinitos. En otras palabras, haya o no haya ley nacional que reglamente y desarrolle los preceptos del derecho supranacional y, desde luego, haya o no reglamentación administrativa de la reglamentación legal, sub-orden de la orden, versión escrita de la orden, superior reiteración verbal de la orden escrita, rumor administrativo de cómo o qué criterio es pertinente cumplir, lo único cierto es que debe siempre aplicarse en forma directa e inmediata la Convención, sin requerimiento de “intermediarios normativos.” La irrazonable demora del legislador local que nuestra Corte halló en *Ekmekdjian* como causal habilitante de su inmediata operatividad, aun sin ley que la reglamente, es aplicable a las demás normas de la Convención. Se debe pues cumplir lisa y llanamente los contenidos de la Convención en forma directa, inmediata, sin ambages ni intermediarios superfluos. La misma tesis de la aplicación directa de la Constitución,<sup>127</sup> ha de ser la tesis de la aplicación directa de la Convención.<sup>128</sup>

#### 5. *Los principios jurídicos supranacionales en general*

Los principios del orden jurídico supranacional tienen un contenido tan fuertemente valorativo que requieren una interpretación extensiva, que desborda el simple marco de cualquier interpretación literal. Lo mismo ocurre con el

<sup>127</sup> SÁNCHEZ MORÓN, “La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales: el nuevo derecho de asociaciones,” *REDA*, 22: 442 (Madrid); SAINZ MORENO, “Los casos de aplicación directa de la Constitución: el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos,” *REDA*, 24: 118 (Madrid), § 24, etc.

<sup>128</sup> Salvo en su norma programática del “desarrollo progresivo.” Ver nuestro *Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. VIII, “Derechos sociales, económicos y culturales.” Lo mismo cabe decir de igual cláusula en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

sistema constitucional. No se trata de interpretar “sagazmente” letritas de la Convención o de la Constitución,<sup>129</sup> para hacerlas letra muerta, sino de descubrir su contenido valorativo, su espíritu de justicia y hacer una interpretación talentosa de su contenido y no de su lectura formal. Son principios rectores del sistema, fundantes de otros subsistemas,<sup>130</sup> que tienen un marco normativo pero además una sustancia o contenido valorativo.<sup>131</sup> Dado que los principios supraconstitucionales se integran armónicamente con los constitucionales, pasaremos a efectuar su desarrollo simultáneo.<sup>132</sup>

### 6. Los principios jurídicos constitucionales y supraconstitucionales<sup>133</sup>

La Constitución y el orden jurídico supranacional e internacional no sólo tienen normas jurídicas supremas; tiene también y principalmente *principios* jurídicos de suma importancia.<sup>134</sup> Algunas de las disposiciones constitucionales y supraconstitucionales recogen o desarrollan, o tienen implícitos, principios rectores de todo el ordenamiento, que tienen un contenido tan fuerte y tan profundo como para que su aplicación deba ser extensiva y desbordar el simple marco de su interpretación literal. El principio determina en forma integral cuál ha de ser la orientación del acto de creación o aplicación del derecho.

Un intérprete o ejecutor del derecho no puede ser un mero lector del texto de cada norma, sino que debe fundamentalmente buscar la interpretación que la hace justa<sup>135</sup> en el caso: allí es donde son de aplicación los principios jurídicos. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido axiológico. Pero aun más, esos contenidos básicos rigen toda la vida comunitaria y no sólo los actos a que más directamente se refieren o las situaciones que más expresamente contemplan; por ser “principios” son la base de una sociedad libre y democrática, son los

<sup>129</sup> De “lo contrario [...] estarían expuestas a cualquier artificio tendiente a soslayarlas” (CSJN, *Fallos*, VALDEZ, 304-2: 1340 y su cita, año 1982).

<sup>130</sup> Ver LINARES, *Los sistemas dogmáticos en el derecho administrativo*, *op. cit.*, pp. 51-52.

<sup>131</sup> Ampliar en nuestro libro *Derechos Humanos*, *op. cit.*

<sup>132</sup> Son los principios generales del derecho: BARBERIS, *op. cit.*, p. 221 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, reimpresión 1996; PESCATORE, “Aspectos judiciales del acervo comunitario,” *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981; BENOÎT, JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, LGDJ, 1954; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE; VENEZIA, JEAN-CLAUDE; GAUDEMET, YVES, *Traité de Droit Administratif*, vol. I, L.G.D.J., 1992, 12ª ed., p. 558; AMERASINGHE, C.F., *The Law of the International Civil Service*, vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1994, 2ª ed., pp. 156-7.

<sup>133</sup> Ver nuestra *Introducción al derecho*, *op. cit.* ATALIBA, GERARDO, *Constituição e República*, San Pablo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 14; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Elementos de Direito Administrativo*, San Pablo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 229 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 97-103; *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, *op. cit.*, p. 110; BARBERIS, *op. cit.*, p. 235.

<sup>134</sup> Nos remitimos a lo expuesto en nuestra *Introducción al derecho*, *op. cit.*

<sup>135</sup> A veces, son otros los principios que tienen primacía, pero ello es excepcional. Se trata de evitar el *fiat iustitia, pereat mundo*.

elementos fundamentales y necesarios de la sociedad y de todos los actos de sus componentes.<sup>136</sup>

### 7. La defensa en juicio como principio jurídico y sus aplicaciones

La defensa en juicio es inviolable, dicen p. ej. la Constitución y normas superiores. Ese es un principio que establece un límite de la acción estatal en el caso de una controversia judicial, pero que además tiene un contenido de defensa de la personalidad humana, de derecho a ser oído. El principio se aplica tanto para anular una sentencia que impide a una parte defenderse, como para una sentencia que le permite expresarse, pero ignora arbitrariamente su exposición; como para un procedimiento administrativo del que no se da vista al interesado ni oportunidad de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo de que quiera valerse.<sup>137</sup> También sería congruente para obligar a un periódico que publica una noticia, a rectificarla en caso que la publicación sea en verdad errónea: cuando un juez sobresee definitivamente a una persona que detuvo bajo la acusación de un delito, o deja sin efecto un auto de prisión preventiva; cuando la Cámara revoca el auto de prisión o la sentencia condenatoria, etc. La índole de los medios hace que sólo sea “noticia” el “atroz” o el “vergonzante” negociado; la comprobación y divulgación de que no lo hubo no tiene interés para el público [...] mas cuánta para el inculpado.<sup>138</sup> La solución dominante prefiere tutelar una mayor libertad de prensa a costa de una menor protección al honor.<sup>139</sup> El principio de defensa es también aplicable a la emisión de normas generales, a grandes proyectos de obra pública, a la modificación de las tarifas de servicios públicos monopolizados, que no pueden ser dictadas sin previa realización de una *audiencia pública* (conforme a normas generales preestablecidas y permanentes), para que los interesados hagan oír su voz ante la opinión pública y con la participación del Defensor del Pueblo. Más aun, la garantía de defensa individual o en audiencia pública es la parte adjetiva de un principio superior, que es el del debido proceso legal o

<sup>136</sup> Estos principios suponen variables axiológicas que permiten una adecuación del significado y contenido de las normas a la cambiante realidad: comp. WARAT, LUIS, *Semiótica y derecho*, Buenos Aires, 1972, p. 134 y ss.; OYHANARTE, JULIO, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, Paidós, 1969.

<sup>137</sup> Ver *infra*, t. 2 y 4, *op. cit.*

<sup>138</sup> Ver CSJN, *Petric*, Fallos, 321-1: 885, LL, 1998-F, 58. La doctrina de la “real malicia” (CSJN, *Morales Solá*, LL, 1996-E, 328 y *Gesualdi*, año 1996, LL, 1997-B, 753), no otorga satisfacción suficiente al derecho a la intimidad, honor, etc., lesionado por la libertad de expresión. Comp. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Dimensiones de la «real malicia» y afectación del honor en el caso «Gesualdi»,” LL, 1997-B, 749 y sus referencias; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “Nuestro derecho común interno frente a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la «actual malice» (A propósito de los casos «Morales Solá» y «Gesualdi»),” LL, 1997-A, 936; BIANCHI, ALBERTO B., “Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema,” LL, 1997-B, 994, notas 44 a 48 y texto; BADENI, GREGORIO, “Doctrina de la real malicia,” LL, 1997-B, 1181; BARRANCOS Y VEDIA, FERNANDO N., “La libertad de expresión y el debate de los temas de interés público (El caso Morales Solá),” LL, 1996-E, 325.

<sup>139</sup> El tema, por supuesto, da lugar a brillantes críticas: GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid, Civitas, 1993.

garantía de razonabilidad. Si se quisiera puntualizar el principio cardinal del derecho público constitucional y administrativo, él es así el principio del debido proceso en su doble faz adjetiva y sustantiva: como derecho a ser oído tanto individual como colectivamente antes de que se tome una decisión adversa a sus derechos o intereses —incluidos los derechos de incidencia colectiva— y como el derecho a que la decisión sea intrínsecamente razonable.

Parafraseando al Juez JACKSON de la Corte Suprema de los Estados Unidos, si tuviera que optarse entre vivir bajo el debido proceso legal con leyes autoritarias, o bajo leyes liberales sin el debido proceso legal, la primera alternativa es claramente preferible.<sup>140</sup> Es más importante la razonabilidad, justicia o equidad<sup>141</sup> en los casos concretos, que la ley de cuya aplicación se trata; la mejor ley, aplicada mal es disvaliosa en su resultado final.

### 8. *El principio de razonabilidad. Introducción*

En el caso *Reyes*, del año 1959,<sup>142</sup> la Corte Suprema declaró en efecto que “sin necesidad de norma expresa y con arreglo a los principios que fundan el considerando 10 de esta sentencia (“la denegatoria del recurso del art. 14 de la ley 14.236 no es acertada, si el procedimiento administrativo seguido es objetable por vulnerar la garantía de defensa. Ello ocurre cuando de las constancias de la causa aparece prima facie, como en el caso, que las pretensiones de la recurrente no son arbitrarias”) los jueces intervinientes, poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, *si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios, o implicara denegación de la defensa en juicio*. La mera existencia de esta potestad, de indiscutible fundamento constitucional, posee un valor ciertamente decisivo.”

Es una “Ley razonable [...] lo que debe servir de fundamento inmediato o mediato a las decisiones de la Administración.” La razonabilidad es así el punto de partida del orden jurídico.<sup>143</sup>

“Si los jueces de una causa [...] comprueban que [...] media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema [...] están obligados a desempeñar

<sup>140</sup> Así H.W.R. WADE, *Administrative Law*, Oxford University Press, 1982, p. 414, con referencia a la Corte Suprema de los Estados Unidos, p. ej. en los casos *Shaughnessy v. United States*, 343 U.S. 206 (1953) (JACKSON J.), *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943) (FRANKFURTER J.).

<sup>141</sup> Ver también nuestras glosas a NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 78-80.

<sup>142</sup> *Fallos*, 244: 548, *María Consuelo López de Reyes v. Instituto Nacional de Previsión Social*, 1959; *infra*, t. 3, cap. IX, p. 29.

<sup>143</sup> Como ejemplo de ello: nuestro Proyecto de 1964, arts. 73 y 93 inc. 2°); Bolivia, art. 4° inc. p) y art. 29; Brasil, art. 2°; Perú, art. IV inc. 1°) ap. 4. Ver LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 114; “*El debido proceso*” como *garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944, 2ª ed. bajo el título *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1970; BUDASSI, IVÁN FERNANDO, “El control de razonabilidad en la doctrina de la C.S.J.N.,” *RDA*, 21/23: 211 (Buenos Aires).

la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretenden vulnerarlos.”<sup>144</sup> Este principio es de validez universal; resulta aplicable tanto al legislador<sup>145</sup> como al administrador<sup>146</sup> y al juez,<sup>147</sup> e incluso a particulares.<sup>148</sup> Se incorpora a nuestro derecho como garantía de razonabilidad, por vía del derecho norteamericano,<sup>149</sup> como parte del debido proceso en sentido sustantivo<sup>150</sup> y es el mismo que en el derecho inglés se incluye dentro de la justicia natural.<sup>151</sup> Está también en el derecho belga.<sup>152</sup>

A su vez, bajo el ángulo de la proporcionalidad también ha llegado al derecho francés,<sup>153</sup> alemán, griego y otros.<sup>154</sup> De este modo, bajo diferentes terminologías reaparece siempre la misma idea-fuerza. Es ya un principio de derecho internacional.<sup>155</sup> En el derecho interno aparece receptado incluso por los tribunales de competencia civil. Así p. ej. cabe recordar el pronunciamiento de la C. Nac. Civil según el cual “La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, por lo que los titulares de los poderes estatales no pueden convertir a los actos de la Administración en reflejos de caprichos individuales.”<sup>156</sup> Incluye como supuestos de aplicación la falta de sustento fáctico suficiente, de motivación adecuada, de proporcionalidad en los medios y adecuación de medio a fin,<sup>157</sup> la existencia de

<sup>144</sup> CSJN, Fallos, 251: 246, *Nación Argentina v. Jorge Ferrario*, 1961.

<sup>145</sup> LINARES, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, op. cit. Comp. PADILLA, MIGUEL M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías*. Apéndice, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 71-80.

<sup>146</sup> LINARES, *Razonabilidad de las leyes*, op. cit., p. 107; *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 155 y ss.

<sup>147</sup> CARRIÓ, GENARO, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967; SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

<sup>148</sup> Ver *infra*, t. 3, op. cit., cap. I, “El acto administrativo como parte de la función administrativa,” § 11 a 13.

<sup>149</sup> Y su *Due Process of Law*, que a su vez proviene del derecho británico. Ver LORD DENNING, *Due Process of Law*, Londres Butterworths, 1980.

<sup>150</sup> Ver SCHWARTZ, BERNARD, *French Administrative Law and the Common-Law World*, Nueva York, New York University Press, 1954, p. 211 y ss.

<sup>151</sup> WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1982, 5ª ed., p. 414; CRAIG, PAUL P., *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 4ª ed., parte 1, cap. 1, § 4, ap. 2, pp. 31-4, parte 2, caps. 13 y 14, pp. 401-60.

<sup>152</sup> PERELMAN, CHAÏM, *Le raisonnable et le déraisonnable en Droit. Au-delà du positivisme juridique*, París, LGDJ, 1984.

<sup>153</sup> DE LA CRUZ FERRER, JUAN, “Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa,” *REDA*, 45: 71 (Madrid, 1985); BRAIBANT, GUY, “Le principe de proportionnalité,” en *Mélanges Waline*, París, 1974, p. 297 y ss.

<sup>154</sup> GERAPETRITIS, GEORGE, *Proportionality in Administrative Law. Judicial Review in France, Greece, England and in the European Community*, Atenas, Sakkoulas, 1997.

<sup>155</sup> Tanto de derecho público como privado. En el segundo aspecto ver ZUPPI, “La interpretación en la Convención de Viena de 1980 (CISG) (Compraventa internacional de mercaderías),” *LL*, 1997-F, 1290, § III, 3, d).

<sup>156</sup> CNCiv., Sala A, *Gallardo, F. c. Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.*, ED, 143-407 (1991).

<sup>157</sup> Ampliar en COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, pp. 36-7.

contradicción (o doctrina de los actos propios), la prohibición de la desviación de poder, etc.

Es que como también dijo la Corte Suprema “Debe admitirse el «desvío de poder» como causal de invalidez de los actos de los poderes públicos, entendida dicha causal como el ejercicio de facultades estatales con un objeto distinto al previsto por el legislador.”<sup>158</sup> “la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba.”<sup>159</sup> En igual sentido ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que “Es peligroso sostener que en el caso se obró en uso de facultades legales, si lo que ocurre es que se hizo abuso de aquéllas y se tomó a la ley como medio para consumir la arbitrariedad.” “El carácter legal de una atribución, de una facultad y la observancia de las formalidades no basta para acordar legalidad al acto si hay *abstractum* de arbitrariedad [...] desviación de poder, etc., que es lo mismo que decir ilegalidad.”<sup>160</sup>

Igualmente tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado.” “El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocardos como el que expresa *«venire contra factum proprium non valet»* que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe.”<sup>161</sup>

### 9. El debido proceso como control de las demás fuentes del derecho

En los comienzos del derecho europeo y latinoamericano se partía de una hipótesis distinta del derecho anglonorteamericano.<sup>162</sup> que no se requería tutela jurisdiccional frente a la norma legislativa, pues ésta era precisamente la protección del ciudadano. De allí el principio de legalidad o facultad reglada de la administración. El mismo tipo de razonamiento se aplicó también a la norma

<sup>158</sup> CSJN, LL, 1993-C, 196, *Martínez de Hoz, José A.A.*, (1993).

<sup>159</sup> CSJN, Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, LL, 1992-E,101.

<sup>160</sup> *Dictámenes*, 51: 91; 64:114 y otros.

<sup>161</sup> CSJN, *Cía. Azucarera Tucumana, S.A. c. Gobierno Nacional*, JA, 1989-IV-429. Este principio puede también servir para descalificar, en algunos casos, las conductas que vulneran la doctrina de los actos propios en cuanto desconocimiento de precedentes administrativos válidos; aunque la igualdad ante la ley no ha sido interpretada con el alcance de que debe darse a todos lo reconocido a unos o algunos. (BIANCHI, *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, op. cit., § 8, con cita de PADILLA, *Lecciones sobre derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 192-195.)

<sup>162</sup> SCHWARTZ, BERNARD, *French Administrative Law and the Common-Law World*, Nueva York, New York University Press, 1954, p. 205 y ss. No debe llevar a error una frase aislada del derecho anglosajón, que al fundar antiguamente la inmunidad soberana, expresaba que “no puede haber derechos contra quien crea todo derecho;” ello no es representativo de ese derecho, fundado al contrario en la idea de justicia, razonabilidad, equidad.

reglamentaria, en tanto no fuera contraria a un precepto legal. Ese viejo modo de ver las cosas no se ajustaba a nuestro derecho constitucional, construido sobre la base del sistema estadounidense, con control judicial de la constitucionalidad, por ende de razonabilidad.<sup>163</sup> Es que la norma no siempre es protección del particular frente a la administración, sino potestad que se confiere al funcionario, autor las más de las veces del proyecto que luego hace sancionar por las autoridades políticas<sup>164</sup> y por ende constituye con frecuencia la fuente de arbitrariedad administrativa frente al particular. Se produce de este modo el germen de un retorno a las fuentes del derecho anglosajón y canónico, en que los principios superiores a la norma son la razón, la equidad, etc.<sup>165</sup> Se pone entonces énfasis creciente, contemporáneamente en los *principios* del orden jurídico, tanto de la Constitución,<sup>166</sup> como del orden jurídico supranacional.<sup>167</sup> Se va así perfilando en distintos países, de uno u otro modo, el control de constitucionalidad no sólo de la actividad administrativa particular y concreta sino también de la actividad legislativa<sup>168</sup> y, desde luego, de la actividad reglamentaria de la administración; a ello cabe agregar el control del poder monopólico privado o de abuso de poder dominante, el principio de lealtad comercial y respeto a la libre competencia, etc. Pero no es en modo alguno un proceso que se encuentre terminado.<sup>169</sup> Por lo demás, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en sus arts. 8º y 25 garantiza el principio jurídico supranacional del debido proceso. A su vez, mientras el derecho inglés funda el control de razonabilidad en el principio de justicia natural —que guarda no poca analogía con la idea de los principios generales del derecho— el sistema norteamericano y argentino invocan al mismo efecto la cláusula constitucional del debido proceso, entendida en el doble

<sup>163</sup> Ampliar en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Emergencia económica, inconstitucionalidad sobreviniente y control de razonabilidad en el caso *Tobar*,” en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 143-55; ALLONA, CECILIA MARÍA, “El control judicial de razonabilidad,” MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 97-112.

<sup>164</sup> Por ello dice BREWER CARÍAS, *El estado incomprendido*, Caracas, Vadell, 1985, p. 79, que hay un “excesivo poder discrecional dejado en manos de los funcionarios públicos de todos los niveles, paralelamente al establecimiento de más y más reglamentaciones, permisos, autorizaciones y licencias para la actuación de los particulares.”

<sup>165</sup> Ver MARTÍNEZ-TORRÓN, JAVIER, *Derecho anglonorteamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la “common law,”* Madrid, Civitas, 1991, pp. 73, 77, 85, 102, 162, etc.

<sup>166</sup> Ente otros, ATALIBA, GERARDO, “Eficacia dos princípios constitucionais,” *RDP*, 55/6: 167 (San Pablo, 1980); “Poder regulamentar do Executivo,” *RDP*, 57/8: 199 (San Pablo, 1978); BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Ato administrativo*, San Pablo, 1981, p. 85.

<sup>167</sup> El cual, además de contener igualmente como principio rector el de la razonabilidad y demás principios generales del derecho, tiene también otros principios novedosos como la eficiencia, equidad y publicidad de las contrataciones públicas (Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, inc. 5º).

<sup>168</sup> Es la vieja transición del Estado de la legalidad al Estado de la Constitucionalidad: *supra*, cap. III, hoy superada por la creciente internacionalización del derecho.

<sup>169</sup> Como veremos en los cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” § 9 a § 17 y X, “Clasificación jurídica de la función administrativa,” § 15.

sentido adjetivo (audiencia debida) y sustantivo (razonabilidad, que es lo mismo que decir justicia).

## 10. *El principio del debido proceso como garantía adjetiva*

### 10.1. *En materia de actos administrativos*

Desde el punto de vista *adjetivo*, el debido proceso legal se refiere al derecho a ser oído; se trata de requisitos divulgados pero no siempre cumplidos.<sup>170</sup> Es necesario conocer las actuaciones que se refieren a uno —derecho a la vista y fotocopia de un expediente—;<sup>171</sup> hacerse asistir o representar por letrado, ofrecer y producir prueba de descargo,<sup>172</sup> controlar la producción de la prueba de cargo y de descargo, alegar sobre ella, presentar escritos, etc. Todo ello debe poder hacerse *antes* del dictado de la resolución sobre los derechos o intereses que afectan o puedan afectar a la persona de que se trata.<sup>173</sup> Comprende también el derecho a que la decisión que se dicte sea suficientemente motivada,<sup>174</sup> resuelva todas las cuestiones propuestas y no resuelva cuestiones no propuestas, se haga cargo de los principales argumentos del interesado, etc.

Estos recaudos de validez del acto administrativo pueden igualmente ser encuadrados dentro de la garantía del debido proceso en sentido sustancial, o garantía de razonabilidad. Incluye asimismo, desde luego, el derecho de acceder a una instancia imparcial e independiente —un órgano judicial— a la cual acudir para obtener una revisión suficiente y adecuada de los hechos tenidos en cuenta por la administración y del derecho aplicable; esta revisión debe a su vez continuar respetando los mismos caracteres generales antes enunciados del derecho de defensa. Ello no empece la necesaria existencia de medios alternativos —y voluntarios— de solución de controversias: tribunales administrativos, mediación, arbitraje.<sup>175</sup>

### 10.2. *En materia de normas generales*

Cuando la decisión que la administración va a tomar consiste en la emisión de una norma de carácter general, o en la formulación de un proyecto de alcances sobre el medio ambiente (transportes, etc.), entonces la tendencia es también

<sup>170</sup> *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales.”

<sup>171</sup> *Infra*, t. 4, *op. cit.*, cap. IV, “Vistas y traslados.” También en nuestro Proyecto de 1964, art. 254 y ss.; Bolivia, art. 18; Brasil, art. 3º inc. II) y art. 46; Perú, art. 160.

<sup>172</sup> *Infra*, t. 4, *op. cit.*, cap. VI, “Apertura a prueba. Medios de prueba” y VII, “Producción y valoración de la prueba.”

<sup>173</sup> *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales;” *Teoría General del Derecho Administrativo, op. cit.*, cap. XII, pp. 651-95.

<sup>174</sup> *Infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. X, “Formalidades,” § 6, “La fundamentación o motivación;” *Teoría General del Derecho Administrativo, op. cit.*, pp. 489-95; España, art. 54; nuestro Proyecto de 1964, art. 106; Bolivia, art. 16 inc. h) y art. 63; Brasil, art. 50; Perú, art. 6º.

<sup>175</sup> Éste es un derecho, en el caso del inversor extranjero: *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XVII.

a garantizar el mismo derecho a ser oído, a través de las audiencias públicas (*public hearings o enquêtes publiques*). Habitualmente estos requerimientos —en el caso de normas generales o proyectos que afectan al medio ambiente— están impuestos por normas legales<sup>176</sup> o reglamentarias, pero ya la jurisprudencia lo exige, exista o no norma legal o reglamentaria que lo requiera,<sup>177</sup> pues el sustento constitucional del principio lo hace obligatorio y aplicable de todos modos.<sup>178</sup> En América Latina todavía puede considerarse incipiente el movimiento que nos llevará a tal estado del derecho.<sup>179</sup> Por el momento sólo puede afirmarse que existe sustento jurídico para que esta modificación pueda incorporarse a nuestro derecho viviente por vía jurisprudencial o legislativa. La importancia práctica de permitir la participación<sup>180</sup> del ciudadano, habitante o usuario en la elaboración de las normas administrativas, es que éstas con mucha frecuencia intentan recoger y vehiculizar no los intereses de los particulares sino los de los *funcionarios* que intervienen en su elaboración: “las reglas y las leyes a menudo tienen un origen y una persistencia que poco tienen que ver con lo que la gente realmente piensa. O aun que (los que hacen las reglas) pueden prohibirlo precisamente porque no quieren hacerlo y por ende no les gustan quienes lo hacen.”<sup>181</sup>

Un problema del que se ha tomado conciencia en los últimos años es asimismo el exceso<sup>182</sup> de reglamentaciones<sup>183</sup> que imponen requisitos superfluos, irreales, excesivos, etc. Sin perjuicio de avanzar por el camino de la desregulación y del control de razonabilidad, cabe también contribuir a evitar el problema en su na-

<sup>176</sup> Ver p. ej. SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, 1976, 1ª ed., p. 167; 1984, 2ª ed., p. 166 y ss.; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, pp. 29-33 y 73-6.

<sup>177</sup> Es en cierta medida la situación del derecho inglés, como puede verse en WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 728 y ss.; 1982, 5ª ed., pp. 829-30; CRAIG, *op. cit.*, cap. 13, p. 401 y ss. WILSON, GEOFFREY, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Cambridge University Press, 1979, p. 483 y ss.

<sup>178</sup> Como explicamos en el cap. X del t. 2 y sus remisiones.

<sup>179</sup> Ampliar en nuestro libro *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, tercera reimpresión 2001, pp. 135-6.

<sup>180</sup> Ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, op. cit.*, comentario al art. 42, § 3.4, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” pp. 377-8; “La emergencia y los medios de comunicación social,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2003; D’ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V, § 94, “La intervención activa de la sociedad como modalidad del ejercicio de la función administrativa,” p. 154; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5; SCHEIBLER, “El presupuesto participativo y la emergencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en AHE (coord.), *op. cit.*, pp. 269-81; ALANIS, SEBASTIÁN D., “El acceso a la información pública como elemento transformador de la emergencia,” en AHE (coord.), *op. cit.*, pp. 69-82.

<sup>181</sup> WESTERMARCK, que ya hemos citado en *La administración paralela, op. cit.*, p. 111.

<sup>182</sup> Un estudio cuantitativo hacen CAZZOLA, FRANCO y MORISI, MASSIMO, en *L'alluvione dei decreti*, Milán, Giuffrè, 1980.

<sup>183</sup> Por ello se dice que hoy en día los organismos administrativos acostumbran hacer “derecho” por reglamento ... (“to make law by rule and by order”): BONFIELD, ARTHUR EARL, *State Administrative Rule Making*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1986, p. 97 y ss.

cimiento, en el origen de las regulaciones,<sup>184</sup> a través de las audiencias públicas previas a toda nueva reglamentación.<sup>185</sup> Es necesario tener presente también el defecto intrínseco de la inevitable exacerbación reglamentaria.<sup>186</sup>

### 11. *El debido proceso como garantía sustantiva*

Si trascendente es el lado *adjetivo* del debido proceso (garantía de defensa), tanto o más aun lo es el *sustantivo*, como garantía de razonabilidad de los actos estatales y privados dictados en ejercicio de funciones públicas. El campo de aplicación del principio de razonabilidad fue primero las *leyes* —en el control de constitucionalidad que todos los jueces realizan, en los sistemas concebidos, como el nuestro, a semejanza del norteamericano—<sup>187</sup> y de allí pasó a ser también las *sentencias judiciales* —toda la construcción jurisprudencial sobre la “sentencia arbitraria”—,<sup>188</sup> para llegar por fin a los *reglamentos* y al *acto administrativo*. Este es por lo menos el orden histórico —ya que no el lógico— que el desarrollo y aplicación del principio de razonabilidad ha tenido en el derecho argentino.<sup>189</sup>

La garantía de razonabilidad es la misma tanto si se trata de una norma general o particular, proveniente de cualquier órgano del Estado, o privado con poder monopólico; consiste básicamente en que todo acto estatal o de poder, para ser constitucional, debe tener como mínimo:

a) Sustento fáctico suficiente (o “causa,” “motivo,” etc., según distintas variantes y versiones en otros enfoques); lo cual supone, desde luego, que los hechos invocados sean ciertos, no sean nimios o insignificantes, estén suficientemente probados o acreditados, estén razonablemente apreciados; que no haya “error de hecho;” que no haya falsa invocación de hechos; que no se ignoren o desconozcan hechos ciertos que hacen a la cuestión, etc.

b) El fin perseguido debe ser proporcionado a los hechos que lo sustentan, debe ser una conclusión razonada de tales hechos, que no incurra en falacias formales o informales, ni caiga en soluciones exageradas, desmedidas o despropósitos de cualquier naturaleza.

c) Del mismo modo, los medios empleados deben ser congruentes y proporcionados tanto con el fin razonablemente perseguido como con los hechos ciertos y de entidad suficiente que los fundamentan.

<sup>184</sup> *Infra*, t. 2, cap. VII.

<sup>185</sup> “El procedimiento de audiencia pública,” cap. XI del t. 2.

<sup>186</sup> Ver *infra* cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” § 10.3, “La exacerbación reglamentaria.”

<sup>187</sup> LINARES, *Razonabilidad de las leyes*, *op. cit.*

<sup>188</sup> CARRIÓ, “Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa,” *RJBA*, 1959-IV, 85; *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967; YMAZ, ESTEBAN, “Arbitrariedad y recurso extraordinario,” *LL*, 67: 741; YMAZ, REY y PALACIO, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1962.

<sup>189</sup> Ver LINARES, *Razonabilidad...*, *op. cit.*, p. 107; *Poder discrecional...*, *op. cit.*, p. 155 y ss.

## 12. *Campo de aplicación*

El principio de razonabilidad es uno de los que mayor extensión tiene dentro del sistema jurídico y se encuentra en vías de ser reconocido como el más importante del orden jurídico.

La doctrina ha partido en el pasado de la idea de control *de* legalidad y debe ahora encarar el fenómeno del control *de la legalidad*: la norma legal o reglamentaria, de ser uno de los modos de control, pasa a constituirse en uno de los *objetos* a ser controlados. El criterio de razonabilidad no es solamente un freno a la *discrecionalidad administrativa*, sino también un límite a la arbitrariedad *normativa* tanto del legislador como del administrador o incluso, desde luego, de los órganos jurisdiccionales en la medida que tengan funciones normativas.

El principio de razonabilidad es superior a la ley, a la norma reglamentaria de cualquier tipo y a la decisión individual, como también a la sentencia judicial. Cualquiera sea el alcance que se otorgue al principio, cada vez es más frecuente la expresión “razonabilidad,”<sup>190</sup> o “racionalidad”<sup>191</sup> en distintos derechos, aun fuera del derecho anglonorteamericano<sup>192</sup> y argentino<sup>193</sup> donde tiene frecuente y firme aplicación. Otras veces se emplea el vocablo “proporcionalidad” u otras fórmulas verbales que expresan la misma idea.<sup>194</sup> Esta orientación puede fortalecerse a partir del énfasis que ella misma ha tenido en algunas obras.<sup>195</sup>

Mientras la razonabilidad es un principio supralegal y supraconstitucional, difieren las opiniones acerca de si la justicia es o no un valor sublegal; similares discusiones respecto al carácter de la equivalente equidad<sup>196</sup> quedan zanjadas en 1997: es al menos en parte supranacional, por lo dispuesto en el art. III inc. 5º) de la CICC, en materia de contrataciones del Estado. La Convención internacional contra el soborno transnacional,<sup>197</sup> la carta europea de derechos y otros documentos ratifican su carácter internacional.

<sup>190</sup> PERELMAN, *op. cit.*

<sup>191</sup> BREWER CARIAS, *op. loc. cit.*

<sup>192</sup> Y otros países cuyos derechos conocemos menos: Australia, India, Pakistán, etc.

<sup>193</sup> Ver *supra*, § 8 y ss., e *infra*, § 14 y 16; t. 3, *op. cit.*, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” § 8 y 8.2; nuestro Proyecto de 1964, art. 73, 93 inc. 2º) y art. 135 inc. 2º); Brasil, art. 2º; Perú, art. IV inc. 1º) ap. 4º. El principio es universal, aunque en algunos países se prefieren enfatizar la proporcionalidad: Alemania, Bolivia, Francia, Grecia, etc.

<sup>194</sup> DE LA CRUZ FERRER, JUAN, “Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa,” *REDA*, 45: 71 (Madrid, 1985); BRAIBANT, GUY, “Le principe de proportionnalité,” *op. cit.*, p. 297 y ss.

<sup>195</sup> SCHWARTZ, *Administrative Law, op. cit.*, 1ª ed. De las casi 700 páginas de texto de esa 1ª ed., desde la p. 199, el debido proceso es central de la obra.

<sup>196</sup> Ver BREBBIA, ROBERTO H., “La equidad en el derecho de daños,” *LL*, 1997-B, 1140, § VIII.

<sup>197</sup> Ver también nuestros arts. “Un corte universal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 20-XII-01.

### 13. *El análisis de los hechos*

Ya dijimos que son arbitrarias las normas o decisiones que se fundan en hechos o pruebas inexistentes, o carecen de una situación de hecho que las justifique, etc. A su vez y del mismo modo que en materia judicial, descalifica enteramente una decisión o una norma el que ella se funde en el conocimiento o la ciencia privada del órgano y no en los hechos acreditados en el expediente,<sup>198</sup> salvo el caso limitado del hecho “evidente” y del hecho “público y notorio.”<sup>199</sup>

En esa determinación de la verdad material, o control de los hechos determinantes, la situación es la misma que en el control de la discrecionalidad y en el de la regulación: tanto la norma general como la norma individual deben tener sustento fáctico suficiente para ser razonables.<sup>200</sup>

### 14. *La búsqueda de la solución más razonable*

El principio de razonabilidad obliga a realizar siempre y, en primer lugar, un cuidadoso análisis de los hechos a fin de determinar:

a) cuál es la solución más “razonable” —proporcionada, justa, equilibrada, etc.—<sup>201</sup> o

b) en otra perspectiva, cuáles soluciones resultan desechables por irrazonables.<sup>202</sup>

El supuesto a) —encontrar la solución más razonable o justa— nos parece preferible, pero no por ello cabe desconocer que en la práctica judicial y de control administrativo lo más frecuente será la aplicación de la hipótesis b).

En efecto, en la práctica el órgano de contralor frecuentemente se limitará a verificar si la solución a) predeterminada normativamente, o b) escogida por la administración o el titular de un poder monopólico o de posición dominante en el mercado, cuando no hay norma que la predetermine, constituye o no una solución *irrazonable*. Si a su juicio lo es, entonces deberá declarar la inconstitucionalidad —por irrazonabilidad— de la decisión individual o normativa —reglamentaria o legal, poco importa pues se trata de control de constitucionalidad— y en su consecuencia anular el comportamiento inconstitucional del Estado o del particular. En cambio, el órgano que debe resolver no solamente habrá de pronunciarse sobre la irrazonabilidad de la conducta cuestionada y modificarla si la considera

<sup>198</sup> T. 4, *op. cit.*, cap. VII, § 20.1 y 20.2, pp. 26-29; WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 120 y ss; CRAIG, *op. cit.*, cap. 13, p. 401 y ss., cap. 17, p. 535 y ss., cap. 18, p. 579 y ss.

<sup>199</sup> Lo notorio es “lo conocido por todos; más no lo que conozca el titular del órgano en forma privada.” LÓPEZ NIETO y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, 1960, p. 825; CARNELLI, LORENZO, *El hecho notorio*, Buenos Aires, 1944.

<sup>200</sup> Ver cap. I, § 8 y ss. Para la prueba, t. 2, *op. cit.*, cap. I.

<sup>201</sup> Justa, equitativa. Ver *supra*, § 12 *in fine*, e *infra*, las dos notas que siguen.

<sup>202</sup> Dicho de otra manera, si frente a los hechos del caso la administración ha tomado lo que podría llamarse la solución “correcta,” o si en cambio ha tomado tan sólo una decisión “razonable,” aunque no necesariamente adecuada o correcta: SCHWARTZ, *Administrative Law, op. cit.*, pp. 600-1.

*irrazonable*, sino que debe aun más, encontrar la solución *más razonable*.<sup>203</sup> Pero esto es una cuestión de grado que depende siempre del caso concreto.

### 15. *La racionalidad irracional de la burocracia*

El principio de razonabilidad se hace también indispensable para frenar el crecimiento de normas irrazonables, irreales, excesivas, superfluas, etc. que paralizan tanto a los particulares como a los propios funcionarios públicos.<sup>204</sup>

Se ha mencionado con frecuencia que en las administraciones públicas, luego de haber creado sus propias normas, “la tendencia es ajustarse estrictamente a las disposiciones vigentes, más allá de toda consideración de eficiencia.”<sup>205</sup> Durante un tiempo se procuró medir el grado de eficacia del cumplimiento de los objetivos públicos en las empresas y actividades estatales, pero la tarea resultó casi imposible frente al simple cálculo de rentabilidad privada; nunca se llegó a lograr una medición del grado de efectividad de tales políticas públicas, impidiendo el progreso de su racionalidad cuando ella existía.

Además se comienzan a manejar conceptos de “racionalidad pública” y “racionalidad privada,”<sup>206</sup> con lo cual se llega a “la racionalidad irracional de la burocracia.”<sup>207</sup> lo más importante, en muchos casos, previsible pero irrazonablemente es cumplir “estrictamente” la norma escrita, aunque sea claramente injusta, ineficaz, arbitraria, desproporcionada, incausada, etc., sin siquiera buscar interpretarla para superar esos óbices a su validez constitucional y supraconstitucional. Ello es una defectuosa aplicación del orden jurídico, pues desconoce que los principios jurídicos tienen jerarquía sobre las pequeñas normas o su lectura por una administración también pequeña y mezquina.

<sup>203</sup> Dice “una única solución justa” CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., referencias de la nota 74, p. 116. Acerca de si el Poder Judicial puede modificar o convertir el acto administrativo irrazonable o injusto en uno razonable o justo, ver *infra* t. 3, *op. cit.*, cap. XII *in fine*. Otra cuestión es si puede o no tener, como la equidad con la cual se la equipara, rácter sublegal o suprallegal: BREBBIA, *op. loc. cit.*

<sup>204</sup> Como dice SCHWARTZ, aun existiendo delegación legislativa, no puede interpretarse que la administración ha recibido “*carte blanche*.” *Administrative Law, op. cit.*, p. 154 y así, un supuesto de arbitrariedad *normativa* es cuando la administración “no tenía sustento suficiente para expresar su criterio” (p. 155). Ver nuestro libro *La administración paralela, op. cit.*, cap. I, p. 23 y ss.

<sup>205</sup> BONEO, HORACIO, que transcribimos en *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina, op. cit.*, pp. 76-77.

<sup>206</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 80-1. Una explicación más detallada en WHITE, EDUARDO, “Estudio sobre el régimen legal de las empresas públicas latinoamericanas y su acción internacional,” *Derecho de la Integración*, 14: 155 (Buenos Aires, 1973): la “racionalidad pública” puede estar dada por la regulación del consumo, el desarrollo regional, la creación de empleo, el control de sectores estratégicos, etc., todo lo cual es de difícil o imposible medición para comparar la eficiencia pública vs. la privada, que es de simple observación pues está dada por la rentabilidad de la empresa. La racionalidad pública puede terminar entonces en la irracionalidad, al no poder medirse el cumplimiento de sus objetivos y sobre todo su costo económico.

<sup>207</sup> KLIKSBERG, BERNARDO, “La racionalidad irracional de la burocracia,” en su libro *Cuestionando en Administración*, Buenos Aires, 1973, pp. 158, 162-3 y nuestro *La administración paralela, op. cit.*, p. 116 y ss.

Pero una cosa es que el burócrata adquiera esa “racionalidad irracional” y otra que lo haga un órgano del derecho; si ocurre que para aquél “Lo importante pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento,” no puede sucederle lo mismo a éste. El jurista no puede caer en la trampa burocrática de normas irracionales celosa y cumplidamente aplicadas, sin renunciar con ello a su propia calidad de hombre de derecho.<sup>208</sup>

En cualquier caso, es claro que el jurista, juez, funcionario o tribunal administrativo, no necesita ni debe someterse ciegamente a la racionalidad irracional de la norma burocrática: él debe aplicar el supremo principio de derecho de la razonabilidad, por encima de toda norma que resulte arbitraria por excesiva o irreal.<sup>209</sup>

### 16. *Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo*

Se sigue de todo lo expuesto que el mundo del derecho se encuentra ya maduro para avanzar un paso más en el control de la arbitrariedad administrativa, no ya de la que se produce en ausencia de norma, sino también de la que se instrumenta a través de la norma.

Al mismo tiempo, en la búsqueda de la mayor racionalidad posible<sup>210</sup> para el funcionamiento del sistema, no existe razón alguna para que el intérprete se limite a excluir las opciones más arbitrarias, sino que también debe dedicarse a buscar activamente la solución más razonable posible a cada situación.

Si existe alguna solución más razonable para un problema que aquella que ha escogido la administración, con o sin sustento legal o reglamentario, esa solución más razonable es la que debe buscarse que impere judicialmente, por aplicación directa de la garantía constitucional del debido proceso en sentido sustantivo y adjetivo, por un principio de justicia natural o como derivación razonada de todos los principios generales del derecho;<sup>211</sup> o por aplicación del Tratado Interamericano de Derechos Humanos en cuanto recoge la misma garantía del debido proceso legal.<sup>212</sup>

<sup>208</sup> Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, debe dejarse atrás el “procedimentalismo y leguleyismo” —“típica huida de la responsabilidad de toda burocracia”— que caracteriza la “degradación de la Justicia en burocracia,” *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 110.

<sup>209</sup> Son los dos supuestos más frecuentes —no los únicos— de irrazonabilidad normativa.

<sup>210</sup> Ver GELLI, “Emergencia económica, inconstitucional sobreviniente y control de razonabilidad en el caso *Tobar*,” *op. cit.*, pp. 143-55; ALLONA, “El control judicial de razonabilidad en épocas de emergencia,” *op. cit.*, pp. 79-112.

<sup>211</sup> Ya SCHWARTZ destacó que la jurisprudencia francesa de los “principios generales del derecho” se asemeja al principio inglés de la “justicia natural” y ambos a su vez al “debido proceso legal.” *French Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 211-2. De este modo se resuelve allí la carencia del texto expreso del sistema norteamericano y se produce una aproximación a la solución inglesa.

<sup>212</sup> La lista de documentos internacionales y otras fuentes internacionales no se agota allí, desde luego.

Como se advierte, existen muchos modos de aceptar la vigencia del principio de razonabilidad en un sistema jurídico determinado; su ventaja para el progreso del derecho se nos aparece como evidente. A la inversa, dedicarse a escudriñar el “exacto” texto de una norma cualquiera para de allí derivar su interpretación literal, a más de contravenir lo más simple de la explicación del lenguaje natural (*supra*, cap. I), es una de las formas más primitivas de no cumplir con la esencia del derecho, que no es trabajo de técnicos orfebres de la palabra escrita ni de la redacción, sino de personas imbuidas de espíritu de justicia, corazón y sentimientos, valor e inteligencia para aplicar principios jurídicos superiores a los hechos del caso.

En suma, cabe reiterar el razonamiento del juez JACKSON de la Corte Suprema de Estados Unidos<sup>213</sup> que recuerda y suscribe WADE,<sup>214</sup> en el sentido de que el debido proceso hace a la esencia indispensable de la libertad: leyes severas en lo sustancial pueden ser soportadas si son aplicadas razonable e imparcialmente; y si tuviera que optarse entre vivir bajo leyes soviéticas, aplicadas con las garantías del debido proceso, o bajo leyes occidentales aplicadas bajo el procedimiento soviético, sería preferible lo primero a lo segundo.<sup>215</sup>

<sup>213</sup> J. JACKSON, en *Shaughnessy v. United States*, 345 U.S. 206 (1953), citado por WADE, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1982, 5ª ed., cap. 13, p. 414.

<sup>214</sup> WADE, *op. loc. cit.*

<sup>215</sup> Ver *supra*, § 7 *in fine*.

## Capítulo VII

# FUENTES NACIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

## I. La Constitución

### 1. *La evolución de una perspectiva secular*

A partir del renacimiento (que resultó fugaz) de la democracia, en 1960 tratamos de jerarquizar una vez más a la Constitución como fuente del derecho. Enfatizamos en ese momento el carácter de normas jurídicas operativas de las normas constitucionales, su imperatividad, existencia de sanción en caso de incumplimiento, completitud como orden jurídico pleno y supremo, sin lagunas. Lo llamamos por todo ello “Estructuración dogmática del Estado de Derecho.”<sup>1</sup> Destacamos el paso histórico en el mundo desde el “Estado de legalidad” al “Estado de constitucionalidad.” Señalamos la distinción entre normas y principios constitucionales. Esa Constitución traía el sistema de valores de la Constitución norteamericana, con principal énfasis en el principio supremo de razonabilidad, *due process of law* o justicia material. Más allá de nuestras conocidas falencias en cumplir la Constitución, formalmente nuestro sistema funciona desde 1853 con el esquema estadounidense. Ha sido siempre, pues, la más importante de las fuentes.

### 2. *El orden jurídico supraconstitucional*

Esa etapa entra en un distinto carril en 1984, con el sometimiento del país a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir de allí<sup>2</sup> se despliega hasta el presente una parábola, pasando por numerosos hitos: el siguiente sometimiento a nuevos tratados de derechos humanos con jurisdicción extranjera, el reconocimiento de la operatividad y supremacía de la Convención, la reforma constitucional de

<sup>1</sup> Publicado en *Lecciones y Ensayos*, 17: 91, Buenos Aires, 1960.

<sup>2</sup> Y de los hechos históricos del descrédito militar, el a veces débil restablecimiento de la democracia, la creciente presión internacional, etc. Ver *supra*, cap. II, y cap. IV, nota 59.

1994, los tratados de integración regional, los tratados contra la corrupción y la generalización de la jurisdicción universal, para estas y otras violaciones al nuevo derecho universal y al viejo derecho de gentes, ahora fortalecido, en la lucha contra los crímenes de lesa humanidad.<sup>3</sup>

Comenzamos la readaptación escrita en 1990, postulando la operatividad y el carácter de orden jurídico superior de la Convención: en el orden de prelación de las fuentes, pusimos a la Convención en primer lugar, seguida de la Constitución. Los que antes postulaban que la Constitución era programática ahora tienden a jerarquizarla, pero no como tutela de los individuos sino como valladar para pretender impedir la aplicación del nuevo orden jurídico superior, supranacional e internacional en cuanto es contrario a violaciones internas tanto de la Constitución como los pactos. Cuando antes no lamentaban la violación de la Constitución, ahora la toman como emblema de territorialidad y soberanía, para oponerse a la internacionalización de los derechos humanos. Buscan en su texto cómo oponerse a alguna convención. Ahora, tardíamente, estarían de acuerdo en decir que es un orden jurídico pleno, imperativo, supremo.

### 3. *Los valores y principios supremos*

Pero ya la historia siguió su curso. Por supuesto que las normas constitucionales son jurídicas, tienen sanción en caso de incumplimiento, etc. Pero ya no son supremas. Están un peldaño más abajo en la jerarquía de las fuentes. El primer nivel en las fuentes, a su vez, está claramente compuesto más de principios que de normas. Se integra inexorablemente con los valores de todo orden jurídico, del derecho internacional, etc. Es el momento de percibir que se produce una inevitable mutación del modo de conocer el derecho.<sup>4</sup> Los grandes valores de razonabilidad, justicia, son ahora admitidos como supremos. Los textos normativos son así instrumentales para el logro de tales fines.

En este estadio de la evolución de nuestro país en el sistema jurídico universal, pierde sentido el enfatizar la Constitución, no porque tenga menos importancia que antes, bien al contrario, sino porque hay algo todavía más importante que ella. Suprimimos, por todo ello, algunos desarrollos que empezamos en 1960 y comenzamos lentamente a modificar desde 1984.<sup>5</sup>

<sup>3</sup>ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002 y sus referencias.

<sup>4</sup>Nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, y versiones inglesa y francesa en Londres, Esperia, 2003, todas con prólogo de Spyridon Flogaitis

<sup>5</sup>En 1961 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA escribía lo que luego pasaría a formar parte de su actual *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1996, reimpresión. Era una etapa histórica previa a la Constitución española de 1978, pero ya de construcción democrática y liberal. Ahí ya hizo apelación a la supremacía de los principios por sobre las normas y rechazó la pretensión, propia del “Estado de la legalidad,” de un conjunto sistemático y cerrado de normas positivas. Tenía razón, aunque en España se destaque mucho, desde 1978, la Constitución como fuente.

## II. La ley

### 4. Ley y función legislativa

Mientras que el concepto de *función legislativa* apuntaba esencialmente al hecho de que la misma era de contenido *general*, el concepto predominante de ley tiende a prescindir del contenido del acto, para atenerse exclusivamente al aspecto *formal*, y así es como se dice que “ley” es todo acto sancionado por el Poder Legislativo de acuerdo con el procedimiento previsto por la Constitución a tal efecto. De este modo, se excluyen del concepto a los actos emanados de alguna de las cámaras del Congreso, e incluso de ambas, pero no de acuerdo con las formalidades prescritas en la Constitución para la “formación y sanción de las leyes;” en cambio, quedan incluidos dentro de la noción de “ley” tanto los actos legislativos de contenido estrictamente general, como los de contenido particular (p. ej., la ley de presupuesto, o toda ley que se refiera a un caso concreto). Como se ve, existe un cierto desajuste entre el concepto de función legislativa y el concepto de ley, ya que esta última no aparecería siempre como producto del ejercicio de la primera. Pero ambos conceptos se mantienen con tales alcances por razones prácticas y de comodidad para el uso por su vieja tradición.

### 5. Clasificación de las leyes

Las leyes se pueden clasificar en primer lugar según emanen del Congreso de la Nación o de las legislaturas provinciales; las primeras pueden subclasificarse en: a) leyes locales y b) leyes nacionales.

Las leyes nacionales, a su vez, se subclasifican en: 1º) leyes de derecho común y 2º) leyes de derecho federal.

#### 5.1. Leyes locales

Las leyes *locales* del Congreso de la Nación eran aquellas que éste dictaba en su carácter de legislatura local, es decir, para la Capital Federal: la materia a que este tipo de leyes se refería era en general la misma a que se refieren, o pueden referirse, las leyes provinciales; las cosas y las personas a que se aplican, son siempre exclusivamente aquellas que están comprendidas en ese ámbito territorial.

A partir de la reforma constitucional de 1994 se establece una dicotomía que, al dar cuasi autonomía a la Ciudad de Buenos Aires, limita las facultades del Congreso como legislatura local principalmente a los lugares donde operan establecimientos de utilidad nacional y aún así de manera limitada al cumplimiento del objeto federal. De ahora en más, la única ley que la Nación puede dictar para la Ciudad de Buenos Aires es la que delimita las competencias respectivas; dentro de ella quedarán materias de exclusiva jurisdicción nacional, caso en el

cual las leyes a dictarse no serán ya locales del Congreso de la Nación, sino leyes nacionales de carácter federal.

## 5.2. *Leyes nacionales*

Las leyes *nacionales* del Congreso de la Nación se caracterizan porque son de aplicación *en todo el territorio* de la Nación. Se subclasifican en leyes de derecho común y leyes de derecho federal; esta subclasificación está concebida en razón de la *materia* o contenido de tales leyes. Observamos así que mientras que la distinción entre leyes locales y nacionales está dada en razón de territorio, la distinción entre leyes nacionales de derecho común y federal está dada en cambio en razón de la materia.

5.2.1. *Leyes nacionales comunes.* Son leyes de derecho *común* las previstas, p. ej., en el art. 75, inc. 12 de la Constitución argentina: el Código Civil, el Código Penal, el Código de Comercio, etc.<sup>6</sup> Estas leyes se caracterizan porque son aplicadas por los jueces locales, es decir, por jueces de la respectiva jurisdicción en que la cuestión se produzca. La Ciudad de Buenos Aires, en 1997, no recibió la devolución de sus jueces naturales por la Nación. A pesar del exasperante déficit perpetuo del Estado nacional,<sup>7</sup> persiste en sobrellevar los costos de una justicia que en verdad ya no le compete.

5.2.2. *Leyes nacionales federales.* Las leyes nacionales de derecho *federal*<sup>8</sup> son aquellas que hacen a la existencia y al funcionamiento de los poderes del Estado nacional, tales como las leyes de ciudadanía, servicio militar, elecciones nacionales, etc.<sup>9</sup> Estas leyes, a diferencia de las de derecho común, son aplicadas por los jueces federales, es decir, los jueces del Estado nacional, aunque los casos de que se trate se produzcan en el territorio de las provincias.<sup>10</sup>

## 5.3. *Los decretos-leyes o así llamadas “leyes” de los gobiernos de facto*

Iniciada en 1966 la “Revolución Argentina” señalamos de inmediato el error semántico y político de llamar “leyes” a los decretos-leyes del gobierno de facto,<sup>11</sup> uso lingüístico que tenía una expresa voluntad “legitimadora” del gobierno. Han sido pocos los juristas que eligieron en su momento llamarlos como corresponde

<sup>6</sup>Para una enumeración más completa de las leyes nacionales comunes, ver YMAZ, ESTEBAN y REY, RICARDO, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1962, 2ª ed., pp. 81-3.

<sup>7</sup>Y, en cambio, la solvencia de la Ciudad.

<sup>8</sup>La denominación aquí mencionada ha sido utilizada por la Corte Suprema en *Fallos*, 187: 93, *Fernández y Sust* (1940) y otros y es la seleccionada por IMAZ y REY, *op. cit.*, p. 84.

<sup>9</sup>Han sido ubicadas como leyes nacionales federales, entre otras, las de correos, telégrafos, pesas y medidas, moneda, aduana, bancos, puertos, distintas Comisiones Nacionales, ferrocarriles, marcas de fábrica, radio y televisión, presupuesto nacional.

<sup>10</sup>A su vez, hay leyes que revisten simultáneamente carácter federal y local, como explican IMAZ y REY, *op. cit.*, p. 90 y ss.

<sup>11</sup>“Análisis crítico de la ley de desarrollo,” *Revista de Legislación Argentina*, 2: 86 (Buenos Aires, 1966) y en nuestro *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966.

(“decreto-ley” o “así llamada ley”) y por ello el uso cotidiano de este país emergente recibe pleno el deterioro de los principios. Hasta el día de hoy encontramos libros, fallos, doctrinas, que a décadas de terminado el último gobierno de facto, todavía prosiguen con ese peligroso uso legitimador.

La reforma constitucional de 1994 en su art. 36 denosta claramente este tipo de gobierno<sup>12</sup> y el código de ética de los abogados les prohíbe aceptar tales cargos. Creemos que es una violación del texto, de su espíritu constitucional y del espíritu de las normas que actualmente rigen la profesión, continuar llamando “leyes” a los actos legislativos de aquellos gobiernos de facto (1966-1973; 1976-1983). En lo que respecta al decreto-ley 19.549/72, se ha intentado justificar denominarlo “ley” sosteniendo que, aunque dictado por un gobierno de facto, fue luego adoptado, ratificado y aplicado con tal alcance por los órganos de iure, lo que ha motivado un interesante debate epistolar.<sup>13</sup> La continuación de un uso semántico legitimador de lo que la Constitución prohíbe es algo que abogados, legisladores, jueces y funcionarios deben abandonar para hacer un correcto desempeño de su función en una sociedad democrática.

Aunque ya lo hemos dicho en el cap. I, la pertinacia del uso local contrario a la normativa y a los juicios de valor que nos obligan internacionalmente, torna indispensable reiterarlo. Nuestra Corte Suprema ha reconocido más de una vez la necesidad de cumplir los fallos y opiniones consultivas de los organismos internacionales de aplicación de los tratados que suscribimos (*Giroldi*, 1995, *Arce*, 1997) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que “Por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que *las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución.*”<sup>14</sup> En igual sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos

<sup>12</sup>GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed., t. I, comentario al art. 36.

<sup>13</sup>GORDILLO, AGUSTÍN y CAMPOLIETI, FEDERICO, “¿Ley 19.549 o decreto-ley 19.549/72? Un debate epistolar y generacional,” *LL* 2006-F, 892. En realidad, nunca existió una ratificación expresa del Congreso del decreto-ley 19.549/72. Con el advenimiento de la democracia, el Congreso realizó derogaciones particulares de varios decretos-leyes —en general, de varios dictados sobre materia penal—. A los que no fueron expresamente derogados, el órgano *de iure* les otorgó categoría de “leyes.” Esta práctica hace que nuestra crítica se mantenga.

<sup>14</sup>Párr. 22 de la OC 6/96, ComisiónIDH, *Informe anual*, 1996, Washington, D.C., 1997, p. 65; la bastardilla es nuestra. Las opiniones consultivas de la CorteIDH son de obligatoria aplicación en el derecho interno, como lo tiene resuelto la CSJN en *Giroldi*, *Arce*, etc. Ver nuestro artículo “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales,” *RAP*, 215: 151. (Buenos Aires, 1996.) El criterio ha sido reiterado en *Bramajo*, *Fallos*, 319: 1840 (1996) cons. 8º y en *Arce*, *LL*, 1997-F, 697, con nuestra nota “Los derechos humanos no son para sino contra el Estado,” reproducido en el libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 76, p. 165.

básicos *debe ser prescrita por una ley aprobada por el Poder Legislativo* y debe ser congruente con el orden jurídico interno.”<sup>15</sup>

La CorteIDH define pues como leyes “la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes,”<sup>16</sup> pues “El principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables”;<sup>17</sup> es la legislatura electa y no otra la que tiene la potestad legislativa.<sup>18</sup>

### 6. *Las leyes de derecho administrativo*

No es fácil ubicar en el contexto general de las leyes argentinas el lugar que corresponde a las leyes de derecho administrativo.

Como solución de principio se señala que el derecho administrativo es local y que por lo tanto las leyes administrativas de la Nación sólo rigen para ella misma y que cada provincia se dicta sus propias leyes de obras públicas, leyes relativas a las función pública, leyes de procedimiento administrativo y de derecho procesal administrativo, leyes de organización administrativa, entidades autárquicas, empresas del Estado, etc.

Sin embargo, no debe olvidarse que no todo el derecho administrativo nacional es puramente local, de aplicación sólo para las provincias o la Nación misma: hay algunas leyes administrativas que entran dentro del ámbito del derecho federal y que en consecuencia escapan al ámbito provincial; p. ej., pueden citarse las leyes de aduana, servicio militar, etc. Además, existen algunas facultades que son *concurrentes* del Congreso Nacional y de las legislaturas locales, como ser lo referente al bienestar general; pero como es obvio, esa concurrencia, por razones fácticas, muy a menudo se resuelve impropiaemente en una cierta supremacía de la ley nacional. Si bien de acuerdo con el art. 31 de la Constitución las leyes nacionales son “supremas,” ello debe entenderse sólo en tanto y en cuanto hayan sido dictadas dentro de las atribuciones que la propia Constitución le otorga al Congreso de la Nación; por lo demás, si no hay directa y absoluta incompatibilidad entre la ley provincial y la ley nacional, o sea, si no es inconciliable el ejercicio simultáneo de la potestad que acuerda la ley nacional con la que concede la ley provincial, debe mantenerse la vigencia de la ley provincial,<sup>19</sup> sin

<sup>15</sup> *Op. ult. cit.*, párrafo 62, p. 65; el destacado es nuestro. Ver la aclaración de la nota anterior.

<sup>16</sup> Opinión Consultiva n° 6, párrafos 23 y 32.

<sup>17</sup> Opinión Consultiva n° 8, párrafo 24.

<sup>18</sup> Opinión Consultiva n° 8, § 22 y 23; todo ello reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la CIDH, FAPPIANO, OSCAR LUJÁN, caso 10.843, Chile, 15 de octubre de 1996, Informe n° 36/96, § 31, p. 197 del Informe de 1996 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el principio de la buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos y nos obliga en el plano interno e internacional.

<sup>19</sup> CSJN, *Fallos*, 3: 131, *Mendoza y hermano*, 1865.

perjuicio, desde luego, de mantener también la vigencia de la ley nacional en cuanto ha sido dictada en el marco de sus atribuciones. La ley provincial deberá ceder ante la ley nacional cuando exista esa incompatibilidad que señalamos, o cuando el ejercicio de la atribución respectiva le está expresamente prohibido a las provincias, o haya sido conferido por la Constitución en forma exclusiva al Gobierno de la Nación.<sup>20</sup> Por lo demás, la ley de derecho administrativo no tiene ninguna característica intrínseca que la diferencie de las demás leyes; en particular, es un error sostener que todas las leyes administrativas son de orden público;<sup>21</sup> ellas lo serán de acuerdo con los criterios y condiciones en que cualquier otra ley puede ser considerada con aquel carácter.

### 7. *Ámbito de la ley frente a la administración*

El Congreso puede legislar sobre todas y cualquiera de las actividades realizadas por el Poder Ejecutivo,<sup>22</sup> sin otra limitación que la de que la ley establezca una regulación razonable. Salvo ese límite, que es por otra parte común a todas las leyes del Congreso, éste puede dictar normas para cualquier función realizada por la administración: puede legislar sobre la función pública y el servicio civil, sobre la organización y el funcionamiento administrativo interno, sobre cualquiera de los actos que dicte la administración, incluso los así llamados “actos de gobierno.”<sup>23</sup> Por ello, si bien existe una zona de “reserva” legislativa, en el sentido de que en ciertas materias sólo el Congreso puede estatuir y en ningún caso (ni siquiera por delegación) la administración, no existe en cambio en el derecho latinoamericano un principio *inverso* de que pueda haber zona alguna de la actividad administrativa “reservada” a ella y exenta de la regulación legislativa<sup>24</sup> o del control judicial<sup>25</sup> La “zona de reserva de la administración” carece de todo fundamento constitucional, mucho menos en la Constitución de 1994 y resulta sorprendente ver como distinguidos autores enuncian una concepción

<sup>20</sup> Fallo citado en la nota anterior. Ampliar en VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, TEA, 1949-1956, p. 124 y ss.

<sup>21</sup> Ampliar en MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pp. 219-20; AGUIAR, HENOCH D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1950, p. 26 y ss.

<sup>22</sup> Es el principio de legalidad o sometimiento de la administración a la ley, que entre otros explica GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1981.

<sup>23</sup> Ver su crítica *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. VII.

<sup>24</sup> En contra CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., p. 145; COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La denominada «zona de reserva de la administración» y el principio de la legalidad administrativa,” *RDA*, 21-23: 109 (Buenos Aires) y en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, cap. I.

<sup>25</sup> Ver D'ARGENIO, INÉS A., “La ‘zona de reserva de la administración’ en materia de derechos sociales,” *LL* 2006-C, 519; “La ‘zona de reserva de la administración’ en materia de derechos sociales (II) (La disidencia de las juezas de la CSJN),” *LL*, Sup. Adm., 2006 (julio), 10 y “La ‘zona de reserva de la administración’ en materia de Derechos Sociales (III),” *LL* 2006-F, 68, donde se reseñan precedentes en que dicha ‘zona de reserva’ fue invocada para rechazar acciones para la protección de los derechos y otras en la que la existencia de tal supuesta “zona de reserva” fue desmitificada.

cesarista en un país donde no nos ha faltado nunca nuestra cuota —generosa— de césares.<sup>26</sup> Hasta hay autores que la visten de doctrina garantista de los derechos individuales. Cuesta entenderlo, pero así es. Todo tiene su origen en un autor —dado a las afirmaciones axiomáticas *ex-cátedra*— que la tomó no de otros sistemas constitucionales como el nuestro, sino de la Constitución francesa de 1958. Ella introdujo hace medio siglo una reforma expresa y muy marcada en el punto, estableciendo que el Parlamento sólo puede legislar en los puntos que taxativamente le indica la Constitución y que todo lo demás queda librado a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

Esto constituye una exacerbación de las facultades reglamentarias del Ejecutivo y de hecho una destrucción del Parlamento, que nada tiene ver con nuestro sistema constitucional, pero existen ya demasiados autores nuestros que, a partir de un ilustre adelantado, intentan adoptar esa repartición de funciones. Es franca y ostensiblemente inconstitucional la tesis de que la administración pudiera tener facultades o actividades exentas de regulación legislativa: de allí la necesidad de advertir expresamente acerca del punto y recordar que todo lo que es materia administrativa puede ser regulado por el Congreso, con la única salvedad de que tal regulación no sea irrazonable. En particular, no creemos que se adecue a nuestro sistema constitucional la tesis de acuerdo con la cual el Congreso no podría legislar sobre algunos aspectos de la actividad administrativa, o lo que es lo mismo, que en tales materias sólo la administración podría dictar normas generales, pero no el Congreso.

Esta opinión ha sido emitida, p. ej., con relación a los denominados “actos de gobierno,” diciéndose que ciertos actos del Poder Ejecutivo no estarían sujetos a regulación legislativa<sup>27</sup> y también con relación a ciertos aspectos internos de la actividad administrativa, sosteniéndose que lo referente a la organización administrativa, al estatuto del personal civil de la administración, al procedimiento administrativo, etc., no puede ser regulado por ley sino que debe serlo por reglamento autónomo.<sup>28</sup>

<sup>26</sup>Nuestro viejo cacicazgo hace que siempre tendamos a la definición platónica de tiranía, en que el poder es ejercido por una sólo persona, sea por métodos militares o, cuestra creerlo, incluso civiles. La sociedad civil nunca ha sido suficientemente fuerte para poner un control oportuno y eficaz ante la violación del sistema constitucional. Por eso quizás haya que pensar en cambiarlo, como lo hemos sugerido en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en *www.respublicaargentina.com, Serie de Estudios*.

<sup>27</sup>DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., pp. 528-9; CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría general del Estado*, México, 1948, p. 483, etc.

<sup>28</sup>MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 243 y ss. Ha hecho frondosa escuela. Entre sus innúmeros seguidores cabe anotar, recientemente, a MERTEHIKIAN, EDUARDO, “El Jefe de Gabinete,” *RDA*, 19/20: 421 (Buenos Aires, 1995), especialmente pp. 434-6: tantas son las citas que puede hacer en apoyo de esta tesis, que ni este inteligente autor se ve necesitado de advertir que ella, para algunos, es palmariamente *inconstitucional*.

Estos criterios, como decimos, no se ajustan en nuestro concepto al ordenamiento positivo actual ni tampoco al sistema constitucional que nos rige.

### 7.1. *La regulación legislativa de la actividad administrativa*

Por de pronto, es de advertir cómo ya la ley ha regulado numerosos aspectos de la organización y funcionamiento administrativo, sin que hasta la fecha tribunal alguno haya pronunciado su inconstitucionalidad por tal causa.

*En lo que hace a la organización administrativa*, ha existido siempre y existe también actualmente una *ley de ministerios*, que regula la organización, funcionamiento, competencia, etc., de los ministerios y secretarías de Estado: la *ley de administración financiera y control del sector público nacional*;<sup>29</sup> las numerosas leyes que organizan determinadas oficinas internas de la administración nacional (ley de aduanas, de impuestos, etc.).

En última instancia, si se considera que la Constitución otorga expresamente al Congreso la atribución de dictar la ley de presupuesto, que en esencia es un ordenamiento administrativo de la actividad administrativa —disponiendo qué oficinas existirán o no, qué cargos habrá, etc.—, no pareciera que pudiera congruentemente negarse la atribución parlamentaria de regular en aspecto alguno la organización administrativa. Con las nuevas técnicas del presupuesto por programa, este principio se afianza aun más en cuanto al alcance de la normación parlamentaria.

En lo que hace al *estatuto de personal civil* de la administración pública nacional y a la regulación y limitación de la atribución presidencial de nombrar y remover a sus agentes (art. 99 incs. 13 y 19 y art. 100 inc. 3° de la Constitución), ya existe ese estatuto, por lo que de hecho también ha sido ejercida la respectiva atribución reguladora del poder legislativo.

En lo que hace al *procedimiento administrativo*, ya desde 1900 existe la ley 3952 (que regula el procedimiento de la reclamación administrativa previa a seguirse ante el Poder Ejecutivo), complementada con la ley 11.634 y cabe agregar después el decreto-ley 19.549/72, que regula íntegramente el procedimiento administrativo dejando un margen reglamentario, sub legal, a la administración. Además existen numerosas leyes que fijan y regulan determinados procedimientos administrativos (procedimiento impositivo, aduanero, de patentes y marcas, etc.), fijando procedimientos, autoridad de aplicación, plazos, trámites, etc.

### 7.2. *La regulación legislativa de los “actos de gobierno”*

Lo mismo ocurre con los llamados “actos de gobierno” o “actos políticos,” “institucionales,” etc.: todos los actos del Poder Ejecutivo, incluso los dictados en ejercicio de una atribución otorgada en forma directa e inmediata por una disposición constitucional expresa, *están sujetos a regulación legislativa*. Si esta materia pudo

<sup>29</sup> Ley 24.156.

dar lugar a distintas opiniones en el anterior texto constitucional, ello no parece ya posible ante la fuerte limitación de la facultad reglamentaria que impone la nueva Constitución de 1994, tanto en su texto como en su espíritu.

Ello se puede ver con algunos ejemplos:

El indulto. Dice el inc. 5º del art. 99 que el Presidente de la Nación “puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados.”

Pues bien: cuando los tribunales tratan algún caso de indulto, interpretan el significado de los términos “pena,” “delito,” “jurisdicción federal” y aplican dicha disposiciones en base a la legislación. Y no es inconstitucional ni en modo alguno inaplicable el Código Penal cuando establece qué son los delitos y las penas, o la ley 48 cuando define qué es la jurisdicción federal.

No creemos que pueda decirse que esto es materia vedada al Congreso, que escapa a su competencia legislar acerca de estas facultades del Poder Ejecutivo y que éste pueda *ex novo* y *ex inventione* ponerse en cada caso a determinar discrecionalmente qué es delito, qué es pena, qué es jurisdicción federal.<sup>30</sup>

Veamos el caso del inc. 7º del art. 99: el Poder Ejecutivo “ nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios con acuerdo del Senado.” Aquí también el Poder Ejecutivo y los tribunales deben recurrir a la ley de servicio exterior de la Nación para saber qué es un “ministro plenipotenciario” y qué es un “encargado de negocios;” esa ley no es inconstitucional, ni puede el Poder Ejecutivo o el tribunal<sup>31</sup> interpretar, contra lo que dispone el Congreso, qué es un ministro plenipotenciario o un encargado de negocios en el sentido de la Constitución.

Según el inc. 13 del mismo art. 99 el Poder Ejecutivo “provee los empleos militares de la Nación: con acuerdo del Senado, en la concesión de los empleos o grados de oficiales superiores de las fuerzas armadas.” Es obvio señalar que la determinación de qué es “empleos,” “grados,” “oficiales superiores,” no está conferida al Poder Ejecutivo, sino a la ley; de donde, nuevamente, surge que el hecho de que la Constitución haya dado en forma directa una facultad determinada al Poder Ejecutivo no significa que ella no esté también sujeta a la legislación.<sup>32</sup>

Lo mismo ocurre con la designación de magistrados judiciales: el decreto-ley 1.285/58 regula la atribución respectiva, fijando las condiciones requeridas para ser designado juez, limitando de tal modo la facultad del Poder Ejecutivo de dictar el acto de nombramiento. Incluso el nombramiento de los magistrados de la Corte

<sup>30</sup> Aun ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 59, III, pp. 49-50, que sigue la antigua noción de acto de gobierno y considera que “no puede ser una actividad reglada.”

<sup>31</sup> No coincidimos por ello con GELLI, *op. cit.*, t. II, p. 398, cuando sostiene que esta competencia “está exenta del control jurisdiccional,” comentario al art. 99 inc. 7.

<sup>32</sup> En tal sentido recuerda GELLI, *op. cit.*, pp. 721-2, la regulación legal de estas atribuciones por el Código de Justicia Militar aprobado por ley del Congreso de la Nación.

Suprema de Justicia de la Nación, al cual no se aplica el citado decreto-ley,<sup>33</sup> no está, en nuestra opinión, exento de regulación legislativa. Piénsese p. ej. en la hipótesis de que una ley prohíba ser miembro de la Corte Suprema a las personas que hayan sido declaradas “traidores a la patria:” evidentemente, tal impedimento no está previsto expresamente en la Constitución, pero ello no quita que el legislador esté facultado sin duda alguna para establecer esa restricción. No se trata tampoco de una distinción de requisitos positivos o negativos: el criterio para analizar la constitucionalidad de la ley es siempre el de la razonabilidad y el de si altera o no el requisito que la Constitución pueda haber fijado. Si la ley exige que los miembros del tribunal deben saber leer y escribir, no creemos que pueda discutirse seriamente la validez de la ley; en cambio, una ley que exigiera el conocimiento de varios idiomas, sería sí inconstitucional, pero ello en virtud de que es irrazonable creer que el criterio jurídico depende de la información a que se tiene acceso; la inconstitucionalidad de la ley surge pues de su irrazonabilidad, no de que agregue un requisito a los que establece la Constitución. También los requisitos concretos que la Constitución fija en este caso son susceptibles de regulación legislativa, e incluso en algunos casos están indirectamente legislados. Sabemos que tales requisitos son: *a)* ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio; *b)* tener las calidades requeridas para ser senador, a saber: edad de treinta años; *c)* haber sido seis años ciudadano; *d)* disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente; *e)* “ser natural de la provincia que lo elige, o con dos años de residencia inmediata en ella.”<sup>34</sup> Cuando el P. E. debe proponer un nombramiento de magistrado de la Corte Suprema y el tribunal considerar su validez, tendrán que determinar qué es un abogado, para aplicar la norma constitucional que lo exige. Parece obvio señalar que al efecto deberán atender a lo que hayan dispuesto las leyes respectivas; no podría pretenderse que una ley que establezca la organización universitaria y directa o indirectamente disponga qué se requiere para ser abogado, fuera inconstitucional. En otros términos, el Congreso pudo perfectamente reglamentar esa norma constitucional, legislando qué es el título de “abogado” en nuestro país y tanto el P. E. como los tribunales están obligados a acatar esa norma legislativa. Si la ley dice que puede expedir título profesional de abogado una universidad privada, no podría el tribunal negarle ese carácter; e inversamente, si la ley dijera que las universidades privadas no pueden expedir tales títulos, o que ellos no son el título a que se refiere la Constitución, no podría el Poder Ejecutivo nombrar un magistrado que contara sólo con un título expedido por una tal universidad; si la ley establece que el título de abogado requiere nueva habilitación cada determinado número de años y que tal habilitación es necesaria para la primera designación como juez, el abogado que no tenga título habilitante no podría ser

<sup>33</sup> CSJN, *Bianchi y Cia., Fallos*, 248: 398 (1960).

<sup>34</sup> Este requisito debe aquí entenderse como que debe ser natural del país, o con dos años de residencia inmediata en él; en cuanto al anterior, ha sufrido un *desuetudo* evidente.

designado en el cargo respectivo. El hecho de que la Constitución haya reglado esta facultad del P. E., no implica de ninguna manera, según se advierte, que el Poder Legislativo no pueda seguir legislando sobre el punto.

Lo mismo puede decirse del requisito de tener “ocho años de ejercicio de la profesión;” no podría considerarse que fuera ajeno a la competencia legislativa reglamentar qué debe entenderse por “ejercicio de la profesión.” Si el Congreso dispusiera, v. gr., que para poder considerar que una persona ejerce la profesión de abogado es necesario que la misma esté inscripta y habilitada actualmente en la matrícula profesional respectiva, o haya desempeñado un cargo que requiera tal título, tal ley sería perfectamente constitucional y no podría el Poder Ejecutivo designar con acuerdo del Senado a un magistrado que como abogado nunca estuvo inscripto en la matrícula ni desempeñó un tal cargo; ni podrían los tribunales convalidar un tal nombramiento. Igual cosa corresponderá decir de una ley que disponga que los ocho años de ejercicio de la profesión deben ser continuos y que en caso de ser discontinuos sólo se computará el tiempo de ejercicio efectivo, etc.

La Constitución exige también que el magistrado de la Corte Suprema tenga treinta años de edad. Y los años de los miembros de la CSJN también deben contarse de acuerdo con el Código Civil: si éste dijera que la edad se cuenta desde el nacimiento, no podría nadie decir que tal ley es inconstitucional o inaplicable al presente caso y que el Poder Ejecutivo pueda contar la edad de los magistrados que designa desde el momento de la gestación, o con posterioridad al nacimiento. Y a la inversa, si el Código Civil dijera que la edad se cuenta desde la gestación, no podría afirmarse que eso es inconstitucional, a menos que se diga que es irrazonable, con lo que nuevamente entramos en la teoría general y escapamos de toda teoría especial de gobierno.

La Constitución dice también que deben haber sido seis años ciudadanos de la Nación. Hay en el país leyes dictadas por el Congreso diciendo qué debe entenderse por ciudadano de la Nación, formas de obtener la ciudadanía, etc.

No puede, aquí tampoco, entenderse que el Congreso no pueda legislar tal materia también con referencia a los miembros de la Corte Suprema. Si de acuerdo con las leyes del país Fulano de Tal no es ciudadano argentino, no vemos cómo el Poder Ejecutivo podría invocar la Constitución, para decir que a su criterio, independiente de regulación legislativa, Fulano de Tal sí es argentino y que por lo tanto lo nombra como magistrado de la Corte Suprema. Si la ley adopta el *ius solis*, no podrían el Poder Ejecutivo o el tribunal entender que debe aplicarse, por ejecución directa de la Constitución, el *ius sanguinis*; parece de ello resultar que no es dable afirmar que estos actos del Poder Ejecutivo estén sujetos sólo a la Constitución.

Si una ley estableciera la equivalencia de los “pesos fuertes” de que habla la Constitución a la moneda actual y dispusiera de tal forma cuál es actualmente

la renta anual que se requiere para ser nombrado miembro de la Corte Suprema, tampoco aquí tal ley es inconstitucional, ni puede el Poder Ejecutivo decirlo o admitirlo el tribunal, que no obstante que el Congreso ha decidido que una renta de “dos mil pesos fuertes” equivale, v. gr., a seis u ocho mil pesos, él puede considerar que la ley es en ese aspecto violatoria de las disposiciones constitucionales respectivas y que una renta anual de dos mil pesos fuertes equivale a diez o quince mil pesos. Eso sería una invasión de poderes, una extralimitación de facultades del Poder Ejecutivo, que el juez no puede dejar de sancionar con la nulidad del acto.

### 7.3. Conclusión acerca de la sumisión de la administración a la ley

En definitiva, todo esto nos demuestra:

Que de hecho existe ya toda una legislación que necesariamente se aplica en una y otra oportunidad a las facultades concedidas “directamente” por la Constitución al Poder Ejecutivo, sin que nunca se haya cuestionado su constitucionalidad, ni, confiamos, nunca se llegue a cuestionar; *por lo que debe notarse que estas facultades están al presente sujetas a legislación*; con lo que el concepto señalado no responde al contenido de la jurisprudencia y de la legislación imperante.

Que el Congreso tiene todavía un amplio margen para legislar acerca de las facultades que la Constitución le confiere directamente al Poder Ejecutivo nacional; que todas esas posibles leyes que hemos reseñado no podrían bajo ningún aspecto ser consideradas como que exceden la competencia constitucional del Congreso. En verdad, en todo esto se ha cometido una confusión. Se ha advertido que la Constitución confiere cierta libertad al Poder Ejecutivo; se ha pensado entonces en la posibilidad de que una ley lo ate totalmente, no dejándole ninguna libertad de acción; y se ha concluido en que tal ley sería inconstitucional: sobre eso se ha construido la idea de los actos de gobierno. Repetimos, ello importa una confusión: el que una ley de ese tipo sea inconstitucional deriva simplemente de que reglamenta *irrazonablemente* la Constitución; su vicio, en consecuencia, se basa en los principios generales aplicables a cualquier ley del Congreso y no a teoría especial alguna de gobierno, acto institucional, reserva de poderes, privilegio ejecutivo, etc. Y ello es el criterio de acuerdo al cual debe encararse el problema todo de la reglamentación legislativa de facultades del Poder Ejecutivo: tal legislación será constitucional siempre que no modifique ni altere ninguna disposición constitucional expresa, ni sea de otro modo irrazonable.

En tal sentido, señala HUBER que el legislador tiene a su mano la decisión acerca de si dará discrecionalidad a los órganos supremos de la administración para actuar sobre las cuestiones que estime fundamentales a la existencia del país, o si en cambio los sujetará a regulación legal.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Ver HUBER, ERNST R., *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. II, Stuttgart, Tübingen, 1935, 2ª ed., p. 656.

NAWIASKY por su parte indica: “ciertamente que su actividad está sujeta, en todas estas direcciones, a las leyes existentes” y añade que a lo sumo podría encontrarse una ausencia de leyes detalladas sobre ciertos actos del Poder Ejecutivo: ausencia que está derivada de la política legislativa, nada más.<sup>36</sup> En igual sentido expresa WOLFF que el gobierno no es actividad libre de la legislación, sino *sometida* a ella y que si el Poder Ejecutivo o Gobierno puede jurídicamente tener alguna libertad para actuar, ello es sólo gracias a que su influencia en el Parlamento le permite obtenerla en algunos casos.<sup>37</sup>

Por ello, cuando se deba analizar alguna facultad reglada o discrecional concedida al Poder Ejecutivo en forma directa e inmediata por una disposición constitucional expresa, debe partirse del principio de que tal facultad no está libre de regulación legislativa: que no se trata de actividades en un plano de igualdad con la ley, sino de subordinación; y que el sentido e intención constitucional no es que el Poder Ejecutivo se transforme en su propio legislador.

El principio, pues, es que tal facultad está sometida a las leyes. Por lo tanto las leyes que al respecto se dicten están dentro de la competencia constitucional del Congreso y su posible inconstitucionalidad se rige por los principios generales, no por regla alguna relativa a la administración pública: ella no tiene fueros ni privilegios frente al Congreso. La inconstitucionalidad podrá derivar de que la norma modifique algún requisito constitucional, lo interprete irrazonablemente, altere los derechos individuales de los habitantes, trasgreda tratados internacionales, etc., pero no de que legisle sobre la actividad del PE en ciertos y determinados asuntos de “gobierno” o de “administración interna,” “zona de reserva,” “de exclusión,” “liberada” o lo que fuere.

*Nada* puede escapar a la ley del Congreso de la Nación, por lo que hace a la administración pública. Eso, al menos, en un sistema democrático de derecho.

### 8. La administración frente a la ley inconstitucional

Por lo que hace a la aplicación de la gradación jerárquica Constitución-ley por parte del Poder Ejecutivo, la Procuración del Tesoro de la Nación ha entendido desde siempre lo siguiente:

“1º) Que es evidente que el Poder Ejecutivo no puede ni derogar las leyes ni declarar su inconstitucionalidad.”

“2º) Que es igualmente evidente que el Poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes.”

“3º) Que, sin embargo, también el Poder Ejecutivo tiene la facultad como todo sujeto de derecho público o privado y la obligación como órgano de la Constitución,

<sup>36</sup> Ver NAWIASKY, HANS, *Allgemeine Staatslehre*, t. 2, *Staatsgesellschaftslehre*, Einsiedeln, 1955, pp. 16-7.

<sup>37</sup> WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Munich, Beck, 1971, 8ª ed., p. 81 y ss., 77 y ss., 329 y ss. Para los aspectos políticos de la cuestión, ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. VIII.

de examinar la validez de las normas legales frente a la Constitución. Pues es obvio que si las leyes del Congreso son obligatorias y tienen un extendido ámbito de validez, las normas de la Constitución Nacional son de superior jerarquía y su ámbito de validez (temporal, espacial, material y personal) es el ámbito de validez del derecho argentino en su totalidad. Su acatamiento es obligatorio para los súbditos y todos los órganos del Estado.”

“Es patente, por tanto, que el Poder Ejecutivo puede y debe examinar la validez de la ley; y si considera que ella es inconstitucional puede [...] adoptar cualquiera de las siguientes actitudes: a) Ejercer [...] el derecho de veto. b) Plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial de la Nación en los casos y bajo los procedimientos judiciales establecidos. c) Promover su derogación ante el Congreso de la Nación.”

“Todo lo dicho en los puntos b) y c) anteriores se entiende sin perjuicio de la inexcusable obligación del Poder Ejecutivo de cumplir y ejecutar la ley mientras se realizan esos procedimientos (C.N., arts. 1º y 31).”<sup>38</sup> En consecuencia, si el Congreso dicta una ley inconstitucional, no puede el Poder Ejecutivo apartarse de ella y ejecutar directamente la Constitución, sino que debe adoptar algunas de las tres actitudes indicadas; esta es la tesis dominante.<sup>39</sup>

Esta construcción del necesario sometimiento de la administración a la ley, debe hoy en día interpretarse en forma extensiva a las cláusulas de los convenios internacionales de derechos humanos.

### III. Los reglamentos

#### 9. Concepto y clasificación de los reglamentos

##### 9.1. Introducción

Por aplicación del principio de la separación de los poderes, el dictado de normas generales corresponde por principio al Congreso y no al Poder Ejecutivo; menos aun a sus órganos dependientes<sup>40</sup> dentro de la administración central. Por ello la facultad del Poder Ejecutivo para dictar reglamentos debe entenderse siempre

<sup>38</sup> *Dictámenes*, 72:137 (5-II-60); 67:189 (22-XII-58); 64:100 (19-II-58.)

<sup>39</sup> Expusimos la opinión contraria en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, 1ª ed., p. 64 y ss. y en *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 70; posteriormente la han adoptado BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1964, p. 271; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 297, quien la plasmó en un dictamen aislado cuando fuera Procurador del Tesoro de la Nación. Con la exposición de estos autores, tradicionalmente partidarios de la extensión de las facultades ejecutivas, advertimos el uso cesarista de la postulación que habíamos hecho en 1962 y que diera lugar a la “adhesión” mencionada a nuestra “crítica.” Hubimos pues de retractarnos, formalmente. El tiempo no hace sino ratificar la sabiduría que animó al criterio tradicional de la Procuración del Tesoro de la Nación. En igual sentido GELLI, *op. cit.*, 4º ed., t. II, “La administración ante la ley inconstitucional,” p. 360-1, nota al art. 99 inc. 1.

<sup>40</sup> Salvo el caso de los organismos independientes de contralor previstos por el art. 42 de la Constitución.

con reservas:<sup>41</sup> no es una facultad que le pertenece como principio, *jure proprio*, sino como excepción, salvo el supuesto del art. 42; en ningún caso le corresponde a los Ministros o Secretarios de Estado.

La Constitución de 1994 ha intentado limitarlos aun más, al menos en dos de sus especies (reglamentos delegados y de necesidad y urgencia), aunque todavía no se advierte en la práctica la disminución de la existencia y vigencia de estas normas. Ello se debe a algunos caracteres y problemas generales que son comunes a toda la actividad reglamentaria en cualquier país del mundo pero se incrementan entre nosotros so capa de emergencia. El reglamento es una fuente perniciosa de ilegalidad e injusticia, como veremos.

Debe advertirse liminarmente, con todo, que los juicios de valor y las interpretaciones constitucionales son extremadamente divergentes. Hay quienes postulan un acercamiento al régimen parlamentario y quienes, a la inversa, consideran que nuestro sistema constitucional es, incluso después de la reforma de 1994, “hiperpresidencialista,”<sup>42</sup> “donde el Presidente colegisla.” Las soluciones concretas habrán luego de diferir, por inexorable consecuencia.

## 9.2. Concepto

Un reglamento es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales en forma directa.<sup>43</sup> Es una *declaración*, o sea una manifestación o declaración de voluntad, conocimiento o

<sup>41</sup> Como señala GELLI, *op. cit.*, t. II, comentario al art. 99 inc. 2, p. 363, “existe una diferencia sustancial entre la reglamentación de derechos que dispone el Poder Legislativo, sancionando leyes [...] y la reglamentación ejecutiva que completa los pormenores de la ley para ponerlas en ejecución.”

<sup>42</sup> BARRA, RODOLFO CARLOS, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *Principios. Fuentes*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 571.

<sup>43</sup> Para la construcción de este concepto, en general, ver *infra*, cap. X; en particular, t. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, caps. I a V. En general, sobre el régimen y los problemas de los reglamentos en el derecho comparado, ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1970; ORTIZ, EDUARDO, “La potestad reglamentaria en Costa Rica,” *Revista de Ciencias Jurídicas*, 16: 125 (San José, 1970); INSTITUTO URUGUAYO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Actividad reglamentaria de la administración*, Montevideo, FCU, 1989; JESCH, DIETRICH, *Gesetz und Verwaltung*, Tubinga, Mohr, 1968, traducido al castellano como *Ley y administración*, Madrid, 1978; CARLETON KEMP ALLEN, *Law and Orders*, Londres, Stevens & Sons, 1947; BONFIELD, ARTHUR EARL, *State Administrative Rule Making*, Boston, Little, Brown and Company, 1986; O'REILLY, JAMES T., *Administrative Rulemaking*, Colorado, McGraw-Hill, 1983; FERREIRA LEITE, LUCIANO, *O regulamento no direito brasileiro*, San Pablo, ed. Revista dos Tribunais, 1986; GASPARI, DIÓGENES, *Poder regulamentar*, San Pablo, Bushatsky, 1978; TORRES ZULETA, GONZALO, *La potestad reglamentaria del Jefe del Estado*, Bogotá, Temis, 1979; KERWIN, CORNELIUS M., *Rulemaking. How Government Agencies Write Law and Make Policy*, Washington D.C., CQ Press, 1999, 2ª ed.; CAZZOLA, FRANCO y MORISI, MASSIMO, *L'alluvione dei decreti*, Milán, Giuffrè, 1980; SANDULLI, ALDO M., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Nápoles, Jovene, 1970; MOCKLE, DANIEL, *Recherches sur les pratiques administratives pararélementaires*, París, L.G.D.J., 1984; WIENER, CÉLINE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des Ministres*, París, L.G.D.J., 1970; MOREAU, FÉLIX, *Le Règlement administratif*, París, Fontemoing, 1902; HECQUARD-THÉRON, MARYVONNE, *Essai sur la notion de réglementation*, París, L.G.D.J., 1977; PAVLOPOULOS, PROCOPIOS, *La directive en droit administratif*, París, L.G.D.J., 1978.

juicio. De esta forma distinguimos el acto (en este caso el acto reglamentario) del mero *hecho* administrativo que es tan sólo la *actuación material* de un órgano administrativo.

*Unilateral*, por oposición a bilateral. Se dice que un acto es bilateral y particularmente un contrato, cuando es el resultado de una *declaración de voluntad común* entre dos o más partes, destinada a reglar sus derechos. En el acto unilateral falta esa “declaración de voluntad común” y es por el contrario una sola parte, en este caso la administración, la que expresa su voluntad, llamada por ello “unilateral.”

*Dictado en ejercicio de la función administrativa*. De acuerdo al concepto de función administrativa dado más adelante, ésta es toda la actividad realizada por los órganos administrativos y la actividad realizada por los órganos legislativos y judiciales excluidas sus respectivas funciones específicas. Por lo tanto, puede haber reglamentos dictados por los órganos administrativos y también, en sus respectivos campos de actuación, por los órganos legislativos y judiciales: en estos dos últimos casos los reglamentos se referirán exclusivamente al funcionamiento y organización interna de estos poderes.

También existen reglamentos de las autoridades administrativas independientes, en particular los órganos de contralor de los servicios públicos privatizados en forma monopólica a que se refiere el art. 42 de la Constitución de 1994. A veces se utiliza también la expresión “reglamento” para referirse a las normas técnicas o jurídicas que rigen la relación de los concesionarios con los usuarios.

*Que produce efectos jurídicos*. Esto es fundamental, pues si se trata de una mera declaración lírica, desprovista de efectos o consecuencias jurídicas (crear derechos y obligaciones) no parecería propio incluirla dentro del concepto jurídico formal de reglamento.

*Generales*. Aquí está dada la distinción, que en otra parte desarrollamos,<sup>44</sup> entre el reglamento y el acto administrativo. El acto administrativo se caracteriza por ser un acto que produce efectos jurídicos individuales, particulares, en un caso concreto; el reglamento, en cambio, por producirlos en forma genérica, para un número indeterminado de personas o de casos.

*En forma directa*. Esto quiere decir que el reglamento es por sí mismo susceptible de producir los efectos jurídicos de que se trata; ello no se desnaturaliza si el mismo reglamento supedita la producción de sus efectos al cumplimiento de determinada condición o al transcurso de determinado tiempo, porque en tales casos cumplido el plazo o la condición, es el mismo reglamento el que produce el efecto de que se trata.

<sup>44</sup> Ver t. 3, *op. cit.*, cap. V, “Presunción de legitimidad, exigibilidad y ejecutoriedad.” Es la solución que propiciamos en 1963 y finalmente parece haberse impuesto en el derecho administrativo argentino y latinoamericano. Comp. MARTÍN MATEO, *op. cit.*, p. 145 y ss.; MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *La distinción entre norma y acto administrativo*, Madrid, 1967.

### 9.3. Clasificación y admisibilidad

Habitualmente se clasifica a los distintos tipos de reglamentos en de ejecución, “delegados” o de integración, de necesidad y urgencia, autónomos, aunque es de hacer notar que en la práctica los límites entre unos y otros suelen ser borrosos. Basta tomar cualquier ejemplo del *Boletín Oficial* para comprobarlo empíricamente. Por ello toda generalización de conceptos de reglamentos ha de tomarse como mera hipótesis de análisis.

El principio general, a nuestro juicio, es que no existe una “potestad reglamentaria” como tal en la Constitución: quienes antaño gustaban decir que el reglamento era “materialmente” una ley no estarían hoy acordes al texto constitucional. El art. 99 inc. 3º es categórico en señalar que “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso *bajo pena de nulidad absoluta e insanable*, emitir disposiciones de carácter legislativo.” Se ha dicho con razón que en su consecuencia una ley no podría ratificarlos, atento que “los nuevos textos constitucionales han definido que las nulidades de las disposiciones de carácter legislativo dictadas por el Poder Ejecutivo es «absoluta e insanable».”<sup>45</sup> Esa nulidad absoluta e insanable importa además que tales normas no tendrán presunción de legitimidad –por lo que su constitucionalidad deberá ser invocada y probada–<sup>46</sup> ni, tampoco, ejecutividad o ejecutoriedad: convendrá con todo impugnarlas expresamente en los casos ocurrentes, para evitar los problemas prácticos que explicamos al tratar del mismo punto en materia de actos administrativos individuales o singulares.<sup>47</sup> La realidad, en estos tiempos de emergencia perpetua, es caótica: se dictan muchos, sobre materias prohibidas.<sup>48</sup> Algunos se cumplen, otros quedan en un limbo hasta su ulterior introducción por ley. El decreto de necesidad y urgencia cumple así, primero, el rol de expresar la voluntad política y el compromiso político de la rama ejecutiva y le tira al Parlamento una suerte de proyecto de ley políticamente compulsivo. El Congreso no puede políticamente negarse, salvo casos verdaderamente cruciales; ello, desde luego, habla mal de nuestro sistema tal como funciona en la práctica.<sup>49</sup>

Hay en la Constitución apenas supuestos puntuales que deben ser analizados como excepción a dicha prohibición, jamás como la regla. La regla es que no existe potestad reglamentaria *del Poder Ejecutivo* y mucho menos de sus ministros o

<sup>45</sup> *In re Video Club Dreams, Fallos*, 318-2: 1154, cons. 17 del voto de BELLUSCIO (1995); GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia (El caso «Video Club Dreams.»)” *LL*, 1995-D, 243. Para el régimen anterior, en general, ver BIANCHI, ALBERTO B., *La delegación legislativa*, Buenos Aires, Ábaco, 1990.

<sup>46</sup> CSJN, MASSA, JUAN AGUSTÍN, *Fallos* 329:5913, de los considerandos 3 a 5 del voto de la jueza Argibay (2006).

<sup>47</sup> *Infra*, t. 3, *op. cit.*

<sup>48</sup> Y para peor, no siempre tienen adecuación de medio a fin; o sea, no sirven para paliar la emergencia sino la angustia de los gobernantes.

<sup>49</sup> Es pues otra manifestación de lo que GELLI llamó “El desplazamiento del poder hacia el ejecutivo,” *op. cit.*, comentario al art. 87, t. II, p. 325-7.

secretarios. En cambio esa facultad existe *iure proprio* en los entes previstos en el art. 42 de la Constitución en tanto cumplan con el procedimiento previo de audiencia pública<sup>50</sup> y tengan participación de los usuarios en su directorio y no se hallen, por supuesto, intervenidos directa o indirectamente por el poder central. En este último caso sus facultades son de mera custodia de bienes y no pueden en modo alguno modificar el régimen normativo del sistema de que se trate.

El reglamento de ejecución se encuentra expresamente autorizado en la Constitución, aunque con severos límites que luego veremos y que básicamente suponen que no puede regular, directa o indirectamente, derechos de los ciudadanos, habitantes o usuarios.<sup>51</sup> El reglamento autónomo no se encuentra previsto en el sistema constitucional y sólo puede admitírsele como una variante, muy limitada, del reglamento de ejecución, que tampoco puede crear, regular o modificar derechos o deberes de los individuos frente a la administración. Los reglamentos delegados y de necesidad y urgencia se enmarcan bajo un principio general de prohibición, con supuestos de excepción en que son admitidos de manera limitada. Esos son los principios generales, la práctica se halla muy distante de ellos.

## 10. Los reglamentos y sus problemas

### 10.1. Problemas y contradicciones

Por de pronto, el reglamento es a la vez la más extendida y la más problemática de las fuentes del derecho administrativo. Su extensión deviene de una tendencia sempiterna de la administración a fijar continuamente, sin demasiado estudio ni reflexión, normas generales propias para todo lo que hace. La palabra “reglamentarista” del lenguaje común es sinónimo de previsión detallada y cuasi absurda. Hasta los pliegos de bases y condiciones de una licitación son reglamentarios, frecuentemente modificadorios en minucias de textos anteriores y sin innovaciones reflexivas, con lo cual cada contrato de la administración tiene su reglamento propio, único, exclusivo y malo. También son reglamentos, válidos o no, razonables o irrazonables, las resoluciones de cuanto órgano se le ocurra emitir normas generales. Los hay por miles, de cientos de arts. cada uno, siempre cambiantes, nunca iguales, nunca fácilmente hallables.<sup>52</sup> Sólo el funcionario que habrá de aplicárnoslo lo tiene, actualizado y “prolijo”: un viejo texto con fotocopias

<sup>50</sup> Ampliar en *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>51</sup> En igual sentido DIEZ, *op. cit.*, t. I, p. 421.

<sup>52</sup> Como dice NAVA NEGRETE, ALFONSO, *Derecho Administrativo Mexicano*, México, D.F., F.C.E., 1995, p. 56, son “reglamentos de continuo hacer y deshacer.” Para más, con ello se construye lo que GIORGIO BERTI llama “el dédalo” o laberinto administrativo: “Il dedalo amministrativo e il Diritto,” en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. I, Módena, Mucchi, 1996, p. 283 y ss. Ver también USLENGHY, ALEJANDRO JUAN, “Régimen jurídico de la potestad reglamentaria,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires, Rap, 2002, pp. 487-95, esp. pp. 491-2.

adheridas en cada lugar para marcar las actualizaciones. Poseer un reglamento actualizado es la más de las veces ser titular de información privilegiada.

### 10.2. *La inderogabilidad singular de los reglamentos y la irracionalidad de éstos*

Por una parte no se puede en verdad decir que la administración pueda dictar reglamentos y acto seguido incumplirlos; hasta ahora se sigue entonces aceptando la aplicación al reglamento del principio de la presunción de legitimidad de los actos administrativos: éste los haría, si no válidos por específica subsunción legal, al menos válidos por habilitación temporaria.<sup>53</sup> No cumplir el propio reglamento parece una autocontradicción tan manifiesta que nadie verdaderamente la ha sostenido nunca: es más bien al contrario, invocando el principio de legalidad de la administración, que se postula que ella nunca puede violar sus reglamentos.

### 10.3. *La exacerbación reglamentaria*

En nuestra realidad administrativa los reglamentos son la “fuente de derecho administrativo” de mayor extensión: lo entrecomillamos porque son la *mayor* fuente normativa del funcionamiento real del aparato administrativo, pero la más frecuentemente antijurídica.

De alguna manera el reglamento es la fuente de más ilegalidad y arbitrariedad en el campo de la administración. En ninguna otra parte del derecho administrativo se consagra tanto la arbitrariedad, el capricho, la autocontradicción, la improvisación e imprevisión permanente, las contramarchas constantes, la desviación de poder.

No es en los actos individuales donde la administración despliega toda su arbitrariedad: es en la redacción de largos y pesados reglamentos, seudo normas generales que luego maliciosamente alega limitarse a cumplir, cuando ella misma los ha preparado y emitido.

*Cuando la administración quiere abusar de poder, dicta normas generales. Luego las cumple.* También, cuando quiere eludir la responsabilidad de asumir en cada caso la justicia, equidad, eficiencia, razonabilidad, de su acto, procura “absolverse” de eventuales culpas a través de la predeterminación de sus futuras reglas, lo que espera la libere de la pesada carga de decidir bien en cada caso concreto.

Si hay exceso o ilegalidad, arbitrariedad, inconstitucionalidad o violación de tratados supranacionales o principios generales del derecho, es inútil pedirle a un simple funcionario o un gran ministro que prescinda de aplicar el reglamento en aras a un principio jurídico superior.

<sup>53</sup> Usamos así la expresión de LINARES, JUAN FRANCISCO, para el acto administrativo, que luego desarrollamos en el t. 3.

En la inmediatez diaria de la vida administrativa, el reglamento es la norma de mayor importancia momentánea. Se ha podido decir que es la fuente *cuantitativamente* más importante del derecho administrativo, lo cual es ciertamente peligroso para la vigencia del derecho administrativo y el Estado de derecho.<sup>54</sup> Ese peso cuantitativo del reglamento lleva al “procedimentalismo y leguleyismo” —“típica huida de la responsabilidad de toda burocracia”— que caracteriza la “degradación de la Justicia en burocracia.”<sup>55</sup>

Con todo ello se produce una “incapacidad disciplinada” que obliga al funcionario “a acostumbrarse a depender de controles externos desechando las ricas posibilidades de la autofijación de objetivos y la autocrítica y se lo induce a una rutinización progresiva.” “Lo importante pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento y todo lo demás es secundario;” “el sistema administrativo ejerce así múltiples presiones sobre sus miembros, induciéndolos a un comportamiento absolutamente ajustado a la norma.”<sup>56</sup>

“Algunas veces se exageran las formalidades, se multiplican sin objeto las intervenciones de distintos funcionarios, se hace tan complicada la tramitación de una gestión administrativa, que los particulares renuncian en ocasión a su derecho, con tal de no tener que habérselas con esa medusa de mil cabezas.”<sup>57</sup> “El procedimiento administrativo no ha sido ciertamente concebido por el legislador como una carrera de obstáculos cuya superación sea requisito necesario para la adopción de la resolución final.”<sup>58</sup> Lamentablemente, esto ocurre con demasiada frecuencia en la práctica.

Solamente con recursos, paciencia, dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación, decisiones judiciales firmes en los casos concretos, se pueden ir dejando de lado algunas pocas normas reglamentarias ilegales o inconstitucio-

<sup>54</sup> GIANNINI, “Sull’azione dei pubblici poteri nel campo dell’economia,” *Rivista di Diritto Commerciale*, 9/10: 323 (Milán, 1959): en el campo jurídico la variación cuantitativa deviene mutación cualitativa.

<sup>55</sup> Es lo que expresa GARCÍA DE ENTERRÍA en *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, op. cit., p. 110.

<sup>56</sup> KLIKSBERG, BERNARDO, “La racionalidad irracional de la burocracia,” en su libro *Cuestionando en administración*, Buenos Aires, Paidós, 1973, pp. 162-3 y 158. Ampliar en nuestro libro *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 116-7; *L’amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1987. El funcionario alega según el caso instrucciones o falta de ellas, con lo cual el particular se encuentra ante una verdadera situación kafkiana, desde luego antijurídica. Ver también BARFUSS, WALTER, *Die Weisung*, Viena, Springer, 1967; GALATERIA, LUIGI, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milán, Giuffrè, 1950. Pero más aun: el criterio tradicional de que no existe discrecionalidad administrativa en materia técnica, concebido para limitar el arbitrio administrativo, se ha visto distorsionado en los últimos años por la emisión administrativa de “normas técnicas” que luego la justicia es remisa en inaplicar. Ver PEDRIERI, “Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità,” UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Módena, Mucchi Editores, 1996, p. 1413 y ss.

<sup>57</sup> VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1975, 4ª ed., p. 438; 5ª ed., 1977, p. 400.

<sup>58</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de derecho administrativo*, t. II, Madrid, 1977, p. 379.

nales. Mientras tanto, han nacido miles más, que se cumplen inexorablemente, magüer los esfuerzos recursivos de quienes se ven afectados por ellos en sus derechos o sus deberes.

#### 10.4. *Otras limitaciones jurídicas a la pseudo facultad reglamentaria*

Es claro que sólo limitando severamente la facultad reglamentaria de la administración puede comenzarse a combatir el flagelo normativo que ellos representan. Ello implica como mínimo introducir en serio mecanismos de participación ciudadana en su elaboración, establecer plenas garantías previas a su emisión como la realización oportuna y adecuada de audiencias públicas,<sup>59</sup> negar presunción de legitimidad y habilitación a los que no cumplen tales requisitos de audiencia pública y participación ciudadana,<sup>60</sup> o que simplemente emanan de órganos manifiestamente incompetentes para regular derechos y deberes de los particulares, etc.

Pero eso no alcanza. Cabe también admitir en forma amplia el cuestionamiento incluso tardío a la norma reglamentaria, aun luego de un “voluntario” sometimiento al régimen reglamentario de que se trate. Corresponde a los tribunales juzgar con mayor severidad que la que actualmente utilizan, la validez y vigencia de estas “normas.”

Sólo con éstas y otras medidas del mismo calibre podrá recuperarse algo de racionalidad para esta fuente de derecho administrativo y sostener entonces, con paz de espíritu, que verdaderamente deben cumplirse.

#### 10.5. *Algunas limitaciones comunes*

Es hora que los tribunales comiencen a negar presunción de legitimidad a las normas reglamentarias que no emanen de los órganos previstos en la Constitución, o sea concretamente el Poder Ejecutivo (no sus Ministros y Secretarios) y los órganos de contralor previstos en el art. 42 de la Constitución, en tanto cumplan con el requisito de la participación en su directorio de las asociaciones de usuarios y consumidores.

Cabe negar presunción de legitimidad y por ende vigencia a las normas reglamentarias dictadas sin el previo procedimiento de la audiencia pública, realizada conforme a normas generales predeterminadas (y no dictadas *ad hoc* para cada caso).

La audiencia pública es la versión, a nivel de normas generales de la administración, de la garantía del debido proceso y derecho de defensa previstos desde siempre para el dictado de normas individuales que puedan afectar nuestros derechos e intereses.

<sup>59</sup> Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>60</sup> Ampliar *supra*, cap. II, “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” § 4.2.2.3, “La participación administrativa,” *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI y sus referencias.

## 11. *La inderogabilidad singular y sus alcances*

### 11.1. *El principio y sus aplicaciones*

Es principio general que siempre debe prevalecer el reglamento anterior sobre el acto individual posterior. Es necesario que el acto individual y el acto reglamentario se refieran a la misma competencia territorial y material y que el reglamento sea válido: si es ilegal, la administración puede en un acto particular apartarse de lo ilegalmente dispuesto por aquél<sup>61</sup> —siempre que la decisión individual sí se ajuste a lo que dispone la ley, la Constitución o las normas y principios del ordenamiento jurídico supranacional— y siempre que no se afecten derechos subjetivos adquiridos al amparo de la reglamentación anterior.<sup>62</sup>

La expresión del principio de la legalidad aplicado a la materia reglamentaria es así que toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida;<sup>63</sup> ello encuentra aplicación bajo una triple forma:

a) La decisión individual debe ser conforme al reglamento dictado por un órgano jerárquicamente superior;

b) La decisión individual de un órgano no puede contravenir el reglamento dictado por el mismo órgano que toma la medida individual; un órgano administrativo no puede pues violar sus propias reglamentaciones.<sup>64</sup> Para poder dictar este acto individual sería así necesario derogar previamente el reglamento preexistente: pero aun así esa derogación no puede ser retroactiva y las actuaciones surgidas bajo una determinada regulación deben en principio ser solucionadas de acuerdo con la misma.

c) La decisión individual no puede contravenir al reglamento dictado por un órgano jerárquicamente inferior en los límites de su competencia.<sup>65</sup>

### 11.2. *Aplicación en materia de concesiones y licencias*

P. ej., en una concesión o licencia otorgada a través de una licitación pública, no puede luego mejorarse al contratista las condiciones del pliego bajo las

<sup>61</sup> Esta regla está limitada por el principio que cuanto mayor es la jerarquía del agente estatal, mayor es su deber de analizar la juridicidad del reglamento o la orden; y viceversa.

<sup>62</sup> Lo expuesto surge del principio de la estabilidad de los derechos adquiridos, que analizamos en el t. 3, *op. cit.*, cap. VI y que ha sido consagrado por el art. 17, segunda parte y 18, primera parte, del decreto-ley 19.549/72.

<sup>63</sup> Es una solución clásica: ZANOBINI, GUIDO, "Sul fondamento giuridico della inderogabilità dei regolamenti," *Riv. di Diritto Pubblico*, t. IX, parte 1ª, 1917, p. 411 y ss.; FLEINER, FRITZ, *Instituciones de derecho administrativo*, Madrid, 1933, p. 114; PTN, *Dictámenes*, 33: 202; 77: 305; 81: 236, etc. Se mantiene invariable hasta el presente, habiéndose extendido incluso al plano legislativo: *Osses*, CNFed. CA, Sala I, con nota de MERTEHIKIAN, EDUARDO, "Las leyes de presupuesto del Estado y la modificación del orden jurídico en un auspicioso fallo," *LL*, 1997-B, 361

<sup>64</sup> En igual sentido CNFed. CA, Sala I, *Córdoba Fiscales S.A.*, 25-X-89.

<sup>65</sup> DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, *op. cit.*, p. 197; BONNARD, ROGER, nota en *Sirey*, 1932, 3, 1; RIVERO, JEAN, *Droit Administratif*, Paris, 1970, 4ª ed., p. 78.

cuales el servicio fue adjudicado, ni interpretar a su favor lo que debe serle interpretado en contra.<sup>66</sup> Ello no puede hacerlo ni siquiera el Poder Ejecutivo como concedente, aunque el pliego lo delegase al Ministro u otro ente inferior;<sup>67</sup> tampoco puede hacerlo el ente de contralor, haya hecho el pliego quien lo hubiere hecho. Ello es así por el principio de la inderogabilidad singular de las normas generales, por el de igualdad y competencia o concurrencia de la licitación<sup>68</sup> y la ya mencionada interpretación restrictiva de monopolios y privilegios. Sin embargo, hay licitaciones cuyos pliegos contemplaban expresamente una relación a largo plazo y permiten la readecuación de inversiones y tarifas a períodos predeterminados. Así se han renegociado diversas concesiones, cuya validez se encuentra cuestionada judicialmente. Desde luego, si la competencia de un ente descentralizado para dictar el reglamento le ha sido delegada por vía legislativa u otorgada constitucionalmente, p. ej. tratándose de un ente de contralor de los mentados en el art. 42 de la Constitución, el órgano superior no puede avocarse a esa competencia ni dejar sin efecto el reglamento dictado por el ente. En los casos que la competencia del inferior no sea *jure proprio* sino fruto de una subdelegación, también opinable en el nuevo esquema constitucional del art. 76, el Poder Ejecutivo puede modificar con carácter general la norma subdelegada, pero mientras no lo haga no podrá dictar actos que no se ajusten a lo dispuesto en tal reglamentación subdelegada.

En el caso de las normas que son de competencia específica de los órganos independientes de control previstos por el art. 42 de la Constitución, ya dijimos que las autoridades de la administración central, como poder concedente, carecen de toda facultad para violar o incumplir las normas de la autoridad independiente.<sup>69</sup> Es una manifestación más de la división de poderes, que en la especie significa que el que concede no debe ser el que controle el poder concedido en forma monopólica o exclusiva; ya sabemos de la mayor permeabilidad del poder central a los intereses de la política diaria.

### 11.3. *La inderogabilidad singular no se aplica a las normas antijurídicas*

Hemos expuesto más arriba que la administración no puede incumplir la ley inconstitucional, pero la situación no debe necesariamente ser la misma con el

<sup>66</sup> Ver *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. III.

<sup>67</sup> En el caso, el decreto de adjudicación está subordinado al pliego aunque éste emane de autoridad inferior y del mismo modo queda limitada la ulterior competencia del propio Poder Ejecutivo.

<sup>68</sup> Ver nuestro art. "El informalismo y la concurrencia en la licitación pública," en la *Revista de Derecho Administrativo*, 11: 293 (Buenos Aires, Depalma, 1992), luego incluido en el cap. XII, "La licitación pública," del t. 2, *op. cit.* Ampliar y comparar en GAMBIER, BELTRÁN, "El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos," en el libro colectivo *Homenaje...*, *op. cit.*, p. 929 y ss.; ZUBIAUR, CARLOS A., "El principio de concurrencia en la licitación pública. Restricciones y garantías," en *op. ult. cit.*, p. 933.

<sup>69</sup> Ampliar, en este mismo volumen, *infra*, cap. XV, "Los entes reguladores," § 2: "El que concede no debe controlar."

reglamento ilegal, inconstitucional o violatorio de las normas y principios del derecho supranacional. En efecto, en aquellos casos en que es *la propia administración* la que dicta la norma antijurídica, mal podría invocar su propia torpeza para cumplir lo que ella misma ha primero reglamentado contra derecho.

Más aun, la principal trampa de la administración al derecho es dictarse ella misma reglamentos ilegales, absurdos, irracionales y luego, pues, *aplicarlos*.<sup>70</sup> Lo expuesto sobre la realidad de la exacerbación reglamentaria y la necesidad de ponerle coto se refuerza con la importante restricción que la Constitución de 1994 impone a esta facultad, a punto de negarla como principio y autorizarla como excepción, salvo en lo que hace al ámbito interno de la administración.

En lo que se refiere a las limitaciones de derechos, tanto el reglamento delegado como el de necesidad y urgencia están restringidos; los de ejecución y autónomos por definición no pueden reglar derechos de los individuos. Si un reglamento contradice las normas y principios superiores del ordenamiento, pierde con ello presunción de legitimidad y ejecutividad; la solución del caso particular debe por necesidad respetar la pirámide jurídica. El que cumple un reglamento ilegal, inconstitucional, arbitrario, persecutorio, etc., es con ello responsable de su indebido acatamiento, a la luz del sistema constitucional en que se inserta el art. 36 y del art. III, inc. 5° de la CICC.<sup>71</sup>

#### 11.4. *Su aplicación en distintas clases de reglamentos*

La inderogabilidad singular de los reglamentos se aplica a los autónomos, delegados y de ejecución. En el caso de los reglamentos de necesidad y urgencia, si cumplen los requisitos constitucionales de validez y vigencia y han sido ratificados por el Congreso, se dice a veces que su rango es el de ley y por lo tanto ni el Poder Ejecutivo ni los demás órganos de la administración pueden apartarse de ellos. Ello no obsta, desde luego, a su indispensable contralor jurisdiccional, última salvaguarda del sistema constitucional.

<sup>70</sup> Nos remitimos a un mayor desarrollo en *La administración...*, *op. cit.* Hace recordar aquel viejo proverbio: "A mis amigos, justicia; a mis enemigos, la norma."

<sup>71</sup> Ver BOTASSI, CARLOS, "El derecho frente a la corrupción política," *JA*, 2002-I, fascículo n° 6, 6-II-2002, p. 3; nuestros artículos "Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción," *LL*, 1997-E, 1091; "La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»," *JA*, número especial de derecho administrativo del 20.12.01; ZUPPI, ALBERTO L., "La Convención Interamericana contra la Corrupción," en ABREGÚ, MARTÍN, y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.; MANFRONI, CARLOS A., y WERKSMAN, RICHARD, *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y comentada. Medidas preventivas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997; SEVERO CABALLERO, JOSÉ, "La convención interamericana contra la corrupción y la legislación penal argentina," *LL*, 1997-E, 1153; HALPERÍN, DAVID ANDRÉS, "La Convención Interamericana contra la corrupción y algunos temas de derecho administrativo," *LL*, 1998-B, 1329; CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

## 12. Reglamentos de necesidad y urgencia

Cuando la urgencia está de antemano prevista en una ley que faculta al Poder Ejecutivo a adoptar medidas de emergencia, el reglamento no es ya de necesidad y urgencia. En tales supuestos es reglamento delegado o de ejecución, según los casos.<sup>72</sup> El ejemplo más importante es el conjunto de normas de este nivel que emerge en los últimos años de las múltiples aplicaciones de la ley 25.414 (derogada por ley 25.556) y de la ley 25.561 del año 2002, que continúa y profundiza la recepción normativa de la emergencia primero declarada por la ley 25.344.<sup>73</sup>

La admisibilidad del reglamento de necesidad y urgencia es excepcional.<sup>74</sup> Fue de antaño admitido a pesar de que no estaba previsto en la Constitución,<sup>75</sup> en base al “estado de necesidad.”<sup>76</sup> Ahora bien, la Constitución de 1994 mantiene, como regla, la prohibición de que el Poder Ejecutivo emita disposiciones de carácter legislativo. Ello ha motivado que —como lo ha sostenido en un interesante voto la jueza Argibay<sup>77</sup>—, los reglamentos de necesidad y urgencia padezcan de presunción de inconstitucionalidad, presunción que sólo puede ser abatida por quien demuestre que al momento de su dictado estaban reunidas las condiciones constitucionalmente exigidas al efecto.

Incluso en aquellos excepcionales supuestos en que la Constitución de 1994 admite la emisión de reglamentos de necesidad y urgencia por el Poder Ejecutivo pone límites explícitos a la facultad de dictarlos, la causa o sustento fáctico habilitante, el procedimiento, la ratificación, etc.

### 12.1. La causa habilitante

La Constitución no innova en cuanto a la causa habilitante de competencia legislativa en el Poder Ejecutivo, que siempre debe ser una real emergencia

<sup>72</sup> Hay casos que la doctrina ha calificado como reglamentos de necesidad y urgencia, pero que a nuestro juicio eran delegados o de ejecución. Así “La validez constitucional del decreto 2284/91,” en *Después de la reforma del Estado*, op. cit., cap. IX; BUSTAMANTE, JORGE EDUARDO, *Desregulación. Entre el derecho y la economía*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

<sup>73</sup> Ver PRIERI BELMONTE, DANIEL A., “Los decretos de necesidad y urgencia, en la emergencia,” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 215-30.

<sup>74</sup> Ver D'ARGENIO, *La Justicia administrativa en la Argentina*, op. cit., § 90, “Los límites impuestos por la Justicia a la invocación de «necesidad y urgencia»: rechazo a la mera afirmación dogmática de su existencia,” pp. 150-1.

<sup>75</sup> Entre otros, CSJN, *Peralta, ED*, 141-523, 1990. Ver la nota siguiente.

<sup>76</sup> Ver BIELSA, RAFAEL, “El «decreto-ley». Caracteres generales y régimen jurídico,” en *Estudios de derecho público*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1952, p. 431 y ss.; CABRAL TEXO, JORGE, *El régimen de los decretos leyes en el derecho público argentino*, Buenos Aires, 1949; QUINTERO, CÉSAR A., *Los decretos con valor de ley*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 84 y ss.; VÍTOLO, DANIEL ROQUE, *Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1991; LUGONES, NARCISO J., GARAY, ALBERTO, DUGO, SERGIO O. y CORCUERA, SANTIAGO H., *Leyes de emergencia.- Decretos de necesidad y urgencia*, Buenos Aires, 1992.

<sup>77</sup> CSJN, *Massa, Juan Agustín, Fallos* 329:5913, de los considerandos 3º a 5º del voto de la jueza ARGIBAY (2006).

pública en la sociedad: no basta con invocarla, debe existir verdaderamente y ser susceptible de comprobación jurisdiccional.<sup>78</sup> Si la emergencia no existe, o lo que el reglamento resuelve nada tiene que ver con la emergencia, entonces es inconstitucional sin necesidad de recurrir a los nuevos textos constitucionales. Por lo demás, la urgencia debe ser de tal índole “que circunstancias excepcionales hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución para la sanción de las leyes.”<sup>79</sup> Quizás el principal problema al que se enfrenta el Poder Judicial es la necesaria determinación, también, de la racionalidad de las medidas económicas adoptadas. No hacerlo es condenar al país a la perpetua aislación internacional, como la práctica lo demuestra.<sup>80</sup>

En virtud de ello, la situación excepcional que ya ha motivado la declaración de emergencia por el Congreso de la Nación y la consiguiente delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo no puede ser invocada por éste para emitir reglamentos de necesidad y urgencia, sino que debe limitarse a dictar reglamentos dentro del marco de la delegación legislativa. Ello, desde ya, a menos que surja una nueva situación de emergencia que, alegada por el Poder Ejecutivo, le permita emitir un reglamento de necesidad y urgencia.<sup>81</sup>

### 12.2. *El órgano habilitado*

Quien únicamente puede dictar reglamentos de necesidad y urgencia es el Poder Ejecutivo, o sea el Presidente, con acuerdo de gabinete; no puede dictarlos el Jefe de Gabinete. Asimismo esta facultad no admite delegación.

### 12.3. *La materia legislativa habilitada*

Es en el objeto y en el procedimiento donde la Constitución introduce limitaciones, algunas de las cuales estaban ya en la jurisprudencia constitucional

<sup>78</sup> Para un análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de control jurisdiccional de los reglamentos de necesidad y urgencia ver BALBÍN, CARLOS F. “El control judicial de los decretos de necesidad y urgencia” en ZAYAT, VALERIA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, V, Buenos Aires, FDA, 2006, pp. 67-95.

<sup>79</sup> CSJN, Fallos, 318-2: 1154, *Video Club Dreams*, 1995, cons. 16, § 1 del voto de BELLUSCIO.

<sup>80</sup> Ver nuestros trabajos “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009; “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Rap, 2009; “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>81</sup> CSJN, Fallos, 326: 417, *Provincia de San Luis*, 2003, cons. 30; GELLI, *Constitución...*, op. cit., t. II, comentario al voto de ARGIBAY en torno al art. 99 inc. 3, p. 383. La presión del ejecutivo sobre el judicial en estas materias económicas fue el comienzo del infausto proceso posterior de total exacerbación del poder presidencial. Lo advertimos, siguiendo señeras preocupaciones de MAIRAL, en “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica al país?” *LL*, 2005-A, 905-921. Reproducido en DAVID CIENFUEGOS SALGADO y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 269-296. La CSJN ha hecho esfuerzos importantes para restablecer el orden constitucional, pero no ha podido lograr que ellos se materializaran.

preexistente. En cuanto al objeto, dice ahora el art. 99 inc. 3° que ni siquiera existiendo necesidad y urgencia públicas puede el Poder Ejecutivo invocarla para dictar reglamentos de esta especie en materias penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos. Ni qué decirlo, a pesar de la prohibición lo ha hecho en más de una oportunidad.

#### 12.4. *El procedimiento administrativo de habilitación*

En cuanto al procedimiento, requiere el refrendo de todos los ministros y del Jefe de Gabinete en acuerdo general: no basta juntar la firma de todos, debe haber realmente una sesión de acuerdo general de ministros. Para el control judicial y de la opinión pública de la veracidad de la existencia de esta sesión, pensamos que ella debiera estar abierta a la opinión pública y a la prensa.

#### 12.5. *El procedimiento legislativo de habilitación*

Tras reconocer como excepción la facultad del Poder Ejecutivo de emitir reglamentos de necesidad y urgencia, el art. 99, inc. 3°, de la Constitución establece, en el tercer párrafo, un régimen de control legislativo. Además del acuerdo general de ministros y refrendo de todos los ministros y del jefe de gabinete, a) este último debe comunicarlo dentro de los diez días a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso; b) ésta a su vez debe producir despacho en diez días; c) elevarlo al plenario de cada cámara; d) “para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Dado el sentido restrictivo del texto constitucional, pensamos que nos encontramos allí ante una serie sucesiva de requisitos acumulativos de validez y vigencia del reglamento de necesidad y urgencia.

De acuerdo con lo dispuesto en la última parte de la norma, mediante la ley 26.122 –sancionada doce años después de la reforma– el Congreso de la Nación reglamentó el trámite y los alcances de su intervención respecto de reglamentos de necesidad y urgencia.<sup>82</sup>

Para que el reglamento de necesidad y urgencia tenga validez y vigencia requiere no solamente: a) la causa habilitante de verdadero estado de necesidad pública e imposibilidad de seguir el trámite parlamentario común;<sup>83</sup> b) no invadir las materias vedadas en forma expresa (tributos *lato sensu*, partidos políticos, régimen electoral, Código Penal) o implícita (Código Procesal, Código Civil, Código de Comercio, etc.) por la Constitución, sino también: c) que se cumplan todos y cada uno de los pasos previstos en ella, incluyendo la ratificación legislativa expresa en la primera sesión del Congreso posterior al envío del despacho de la

<sup>82</sup> La ley reglamenta, además, el trámite y el alcance de la intervención del Congreso respecto del los reglamentos delegados y de las leyes promulgadas parcialmente.

<sup>83</sup> Esta doble causal fáctica debe verificarse en datos empíricos para que la norma no sea irrazonable por carecer de sustento fáctico. También debe haber proporcionalidad o adecuación de medio a fin. Todo ello, a su vez, está sujeto a control judicial. Son, como es obvio, las reglas generales de control judicial de constitucionalidad.

Comisión bicameral (y si no hay despacho ni envío, esto ya es suficiente decaimiento del decreto; si no hay tratamiento o votación inmediata en el Congreso, lo mismo). Todo ello, sin perjuicio de que *d*) debe satisfacer todos los demás *tests* de razonabilidad constitucional. (Existencia de sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin, proporcionalidad, etc.)<sup>84</sup>

Si se omite cualquiera de los requisitos de procedimiento, algunos de los cuales como veremos son también sustantivos y no meramente formales, cae la validez y vigencia del reglamento: sea *a*) porque no se cumple la comunicación a la Comisión Bicameral, *b*) porque ésta no produce su despacho en término, o *c*) porque cada una de las cámaras no le dan expreso tratamiento *resolutivo* en forma inmediata. Puede ocurrir, en la práctica, que se cumplan los primeros pasos pero no el último; o que en la sesión donde corresponde tratarlo las cámaras no arriben a ninguna decisión.

Si bien en ocasiones se lo equipara a actividad legislativa, su control judicial se realiza con las pautas aplicables a los actos y reglamentos administrativos,<sup>85</sup> pero sin el plazo de caducidad para iniciar la acción judicial.

#### 12.6. *Inargüibilidad del acuerdo implícito del Congreso*

En el ya citado caso *Video Club Dreams*<sup>86</sup> la Corte abandona, en los considerandos 3º y 16, la jurisprudencia esbozada en *Rossi Cibils*<sup>87</sup> de que un decreto de esta naturaleza pueda ratificarse por silencio legislativo y también excluye que pueda ser ratificado implícitamente en la ley de presupuesto, el viejo truco gubernativo para sacar de rondón normas permanentes y que reprueba hasta la ley de administración financiera del Estado. La cuestión volvió a cobrar interés tras la sanción de la ley 26.122.

Si bien en ella se establece —en sintonía con la norma constitucional— que “el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional” (art. 22), no se fija plazo alguno para tal pronunciamiento y, a la par, se dispone que “el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia” (art. 24.) Es criticable la técnica legislativa utilizada ya que una interpretación literal de las normas transcriptas podría conducir a creer que sólo el rechazo expreso del reglamento de necesidad y urgencia por ambas cámaras legislativas —y no, en cambio, su silencio o el rechazo por una sola de ellas— tendría la virtualidad de dejarlo sin efecto.

<sup>84</sup> Ver la nota precedente.

<sup>85</sup> Ver *infra*, t. 3, *op. cit.*

<sup>86</sup> Ver GELLI, “Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia (El caso «Video Club Dreams»)” *LL*, 1995-D, 243.

<sup>87</sup> CSJN, *Fallos*, 315: 2074, *Rossi Cibils*, 1992.

Si bien ésta ha sido la interpretación que, con mirada crítica<sup>88</sup> o no<sup>89</sup>, ha efectuado de aquellas normas la generalidad de la doctrina, algunos tribunales han comenzado a interpretarlas a la luz del texto constitucional, sosteniendo que cuando no media aprobación expresa de ambas cámaras legislativas el reglamento de necesidad y urgencia no puede superar el control de constitucionalidad.<sup>90</sup>

En la práctica, el decreto de necesidad y urgencia opera como una forma de presión política del Poder Ejecutivo sobre el Congreso, ante la opinión pública, obligándolo en cierto modo a pronunciarse. Éste frecuentemente lo hace, en uno u otro sentido, en el corto o mediano plazo.<sup>91</sup> Con lo cual, muy tortuosa y deformadamente, se impone al final una versión casi folklórica del principio de legalidad; en otras palabras, su denegación total y una abdicación del poder legislativo y judicial —por ausencia de control oportuno— en manos del ejecutivo.

### 12.7. *Nulidad insanable, insusceptible de ratificación legislativa*

Uno de los votos de *Video Club Dreams* destaca que la ulterior creación del mismo impuesto por la ley 24.377 no subsana la invalidez del reglamento de necesidad y urgencia, atento que el art. 99 inc. 3º, párrafo 2º, dice que este tipo de disposiciones de carácter legislativo, en manos de la administración, son nulas “de nulidad absoluta e insanable.”

### 12.8. *Necesidad y efectos de la ley ratificatoria. Plazo*

Si no se dan los recaudos de fondo y de forma para su validez el reglamento cae automáticamente, porque el “expreso tratamiento” requerido por la Constitución no puede interpretarse de otro modo que su ratificación o modificación legal. A falta de tratamiento y *resolución* legislativa, cabe entender que la decisión parlamentaria es no sostenerlo: no existe en el texto de esa norma constitucional aprobación tácita del reglamento de necesidad y urgencia, ni es válida la regulación legislativa que se ha hecho del pronunciamiento “expreso.”<sup>92</sup> Antes bien y al contrario, es de clara aplicación el principio general del art. 82, pensado específica y principalmente para este supuesto: “La voluntad de cada Cámara

<sup>88</sup> BADENI, GREGORIO, “reglamentación de la Comisión Bicameral Permanente,” LL 2006-D, 1229; CAYUSO, SUSANA, “La delegación legislativa, los decretos de necesidad y urgencia y la promulgación parcial. Control político real o aparente,” LL 2006-D, 1435; PÉREZ SAMMARTINO, OSVALDO A., “La reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia. Un remedio peor que la enfermedad,” LL, 2006-D, 1435.

<sup>89</sup> SAGUES, NESTOR, “La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia,” JA, 2006-IV, 1040; DE LA RIVA, IGNACIO, “Los decretos sujetos al control del legislador en el marco de la ley 26.122,” en BOULLADE, GUSTAVO (Dir.), *Fuentes del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 147-169.

<sup>90</sup> CNFed. CA, Sala II, *Arte Radiotelevisivo Argentino SA*, 13-III-08.

<sup>91</sup> Sobre esto ampliar *infra*, § 12.8 y nota.

<sup>92</sup> GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, op. cit., comentario al art. 99, inc.3, t. II, pp. 365 y ss.

debe manifestarse expresamente: se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta.”<sup>93</sup> Pero más aun, si el reglamento de necesidad y urgencia ha invadido las zonas prohibidas por la Constitución, una ley podrá reglar *ex novo* la materia, con efecto *ex nunc*,<sup>94</sup> pero no ratificar el decreto con efecto *ex tunc*. Los tribunales deberán entonces declarar su nulidad con efecto retroactivo.

### 12.9. *Inexistencia de potestad de veto*

Se ha sostenido con razón que el P. E. no tiene facultad de veto sobre lo que resuelva el Congreso al tratar el reglamento de necesidad y urgencia.<sup>95</sup> No lo tiene en el primer y más claro supuesto, de inexistencia de ley ratificando su reglamento, con lo cual éste cae sin existir siquiera posibilidad material de “vetar” el silencio legislativo. No lo tiene tampoco en caso de ratificación parcial o expresa derogación, por cuanto en el nuevo esquema constitucional es justamente el Congreso el juez último, entre ambos poderes, de la norma legislativa habilitada temporariamente, sujeto a contralor judicial en lo que hace a la norma legislativa resultante. Además, establecido en la Constitución que la habilitación legislativa está en principio prohibida y sólo por excepción se acepta este tipo de reglamentos, de acuerdo al procedimiento especial analizado, es claro que *únicamente conforme a ese procedimiento* puede mantenerse la vigencia del decreto. Más aun, los plazos estrictos fijados para el tratamiento parlamentario resultarían violados si se admitiera recurrir al veto y al procedimiento de insistencia legislativa. A ello se ha agregado que existiría desviación de poder<sup>96</sup> en el P. E. al procurar sortear, por la vía del veto, la voluntad legislativa expresada en el marco constitucional de un procedimiento especial. Fuera de ese estricto marco el decreto de necesidad y urgencia carece de validez y vigencia.

La improcedencia de que el Poder Ejecutivo vete lo resuelto por las cámaras legislativas respecto del reglamento de necesidad y urgencia surge de la propia ley 26.122 –reglamentaria del trámite y los alcances de la intervención del Congreso respecto de ese tipo de reglamentos– ya que, lejos de admitir esa facultad, dispone en su art. 26 que “las resoluciones de las Cámaras que aprueben o rechacen el decreto de que se trate, en los supuestos previstos en esta ley, serán comunicadas por su presidente al Poder Ejecutivo para su inmediata publicación en el Boletín Oficial.” Es decir, la propia norma no contempla la posibilidad de veto por el Poder Ejecutivo.

<sup>93</sup> Comp. PÉREZ HUALDE, *op. cit.*, p. 232, quien sostiene que el Congreso “no tiene plazo” al efecto, pero el silencio en su primera reunión con quórum posterior importa rechazo (p. 245). Dicho en otras palabras, el plazo en realidad es su primera reunión: es un plazo indeterminado pero perfectamente determinable. Comp. ORTIZ PELLEGRINI y AGUIRRE, *op. cit.*, p. 128, para quienes el plazo máximo *total* es de 30 días.

<sup>94</sup> , FRANCO, RUBÉN OSCAR y otros, Fallos 322:1868, considerando 14 (1999).

<sup>95</sup> COMADIRA, *op. cit.*, § VII.5.1 y notas 98 a 102; ORTIZ PELLEGRINI y AGUIRRE, *op. cit.*, p. 136.

<sup>96</sup> COMADIRA, *op. cit.*, § VII.5.1 y nota 98.

Por otro lado, si —como lo dispone la propia ley 26.122<sup>97</sup> y como lo ha sostenido alguna jurisprudencial<sup>98</sup>— la aprobación legislativa no tiene lugar mediante leyes formales sino por medio de simples resoluciones, no resulta aplicable a su respecto la facultad de veto que, por estar prevista en el artículo 83 de la Constitución, únicamente puede ser ejercida en el trámite de formación y sanción de las leyes.

#### 12.10. *Otros tests de constitucionalidad*

Con o sin ratificación legislativa, el reglamento de necesidad y urgencia debe tener adecuado sustento fáctico, adecuación de medio a fin, ser proporcionado en las medidas que adopta y en el fin perseguido, no adolecer de desviación de poder, etc. Si el reglamento se ha transformado en ley, es a ésta que se aplicarán tales principios de control constitucional. Mientras está en trámite la ratificación legislativa, el reglamento igual debe satisfacer los principios expuestos, no invadir las competencias prohibidas, seguir el procedimiento administrativo y legislativo preceptuado. La omisión de cualquiera de ellos implica la pérdida de vigencia y validez de la norma.

#### 12.11. *Supuestos de insusceptibilidad de ratificación legislativa*

Solamente el reglamento de necesidad y urgencia que satisface todos los requisitos constitucionales puede ser ratificado por el Poder Legislativo, atento el principio general de la *nulidad absoluta e insanable* del ejercicio no autorizado de funciones legislativas.<sup>99</sup> Por ello, una ley que ratifique un tal decreto no podría tener efecto retroactivo.<sup>100</sup>

#### 12.12. *La inconstitucionalidad tanto del reglamento como de la ley: video, teatro, números vivos*

También la materia puede ser reglada irrazonablemente por el decreto y por la ley: es el caso del impuesto al video, que la ley 24.377 reimpone, pero que no puede superar la irrazonabilidad de fondo, lo mismo que la ley del impuesto a la radio y televisión a favor del teatro.<sup>101</sup> En temas pseudo culturales, puede más la fuerza del mito que la realidad del desarrollo cultural; siempre se terminan aprobando las iniciativas que destruyen el poder de la cultura, a guisa de apoyarla.

<sup>97</sup> Art. 22: “Las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones...”.

<sup>98</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Incristi*, 5-VII-07.

<sup>99</sup> CSJN, *Fallos*, 318-2: 1154, *Video Club Dreams*, 1995, cons. 17.

<sup>100</sup> Fallo citado en la nota anterior.

<sup>101</sup> Vetado por el Poder Ejecutivo, insistido por el Congreso. Otros casos de decretos de necesidad y urgencia cuyo objeto era inconstitucional y por ende cuya ley de ratificación fue considerada inconstitucional: CNFed.CA, Sala IV, *Espejo*, 24-IX-96; Sala II, *Díaz, Víctor*, 12-XII-96; Sala V, *Huarritz*, 20-VII-95; Sala IV, *Visillac*, 20-X-95; Sala II, *Alpert*, 16-XI-95; Sala III, *Pulichino*, 10-V-95; Sala I, *Rofman*, 2-X-95; Sala II, *Palavecino*, 20-II-97; Sala V, *Quilici*, 26-III-97.

Es plenamente aplicable la crítica a *Cine Callao*:<sup>102</sup> así como era absurdo imponer un tributo al cine para financiar números vivos, así también lo es al video para el cine, o a la radio y televisión para el teatro; por ese camino se tributará luego al CD-ROM para el video y la televisión, luego a la Internet para el CD-ROM y así sucesivamente. Es una incoherencia, una violación al principio de la universalidad del presupuesto, un gravamen discriminatorio a un sector de la sociedad que no goza del favor ocasional del gobierno, en apoyo de quienes la sensiblería popular o gubernativa considera más tutelables: antes y hoy el teatro, hoy el cine, mañana vaya a saber qué: por qué no la ciencia, la investigación, la cultura, *todas* las manifestaciones del arte (pintura, arquitectura, música, grabado, etc.), más la educación, la seguridad social, los hospitales, la justicia, el sistema penitenciario, las fuerzas de seguridad policial.

Con ese criterio se puede gravar al campo para financiar la investigación genética de laboratorios privados, a los laboratorios privados para financiar la publicidad de remedios, a las universidades privadas para solventar las estatales, a los sistemas de seguridad privados para financiar la seguridad pública, a los mecanismos de arbitraje y mediación para financiar la justicia, etc. El caos normativo, administrativo y presupuestario que ello supone es comparable a la irrazonabilidad de esta solución: de estos vientos pueden venir aquellas tempestades. Es una lástima que esa Corte no lo haya dicho, para frenar tales retornos a un sistema proteccionista y de fomento, para más teñidos de desviación de poder, que ha quedado desfasado desde la reforma del Estado.<sup>103</sup> Que un sector de la sociedad se sacrifique directamente a otro es tan irrazonable como lo vio otra Corte en el caso *Ferrario*, en un fallo lamentablemente olvidado.<sup>104</sup>

### 12.13. *Habilitación de la vía judicial directa*

Se interpreta uniformemente que al elegir el Poder Ejecutivo la vía formal del decreto de necesidad y urgencia, asume —bien o mal— una potestad legislativa. En esa medida, no puede invocar limitación alguna a su impugnación judicial, sea en razón del tiempo (o hay plazo para impugnar una ley) o del previo agota-

<sup>102</sup> *Fallos*: 247:121, 1960. Las críticas son ilevantables: RÉBORA, JUAN CARLOS, “Comentario,” en la *Revista Argentina de Ciencia Política*, 2: 295 (1960); CARRIÓ, GENARO, “Nota sobre el caso de los números vivos,” *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 6: 49, (1961); BOTET, LUIS, “El comunismo de Estado y la jurisprudencia,” *JA*, 1960.V, 402; NERVA, *LL*, 100: 46, “Poder de policía en materia de espectáculos públicos.”

<sup>103</sup> Las tempestades empezaron en el 2002, con un múltiplemente irracional retorno a estas viejas prácticas intervencionistas, a contramano no sólo del mundo desarrollado sino también de los propios países de América latina. Luego se profundizaron.

<sup>104</sup> *Fallos*: 251: 246, 255: “Si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración y [...] media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema [...] están obligados a desempeñar la primera y más elementales de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretenden vulnerarlos.” (*Nación Argentina v. Jorge Ferrario*, 1961.)

miento de la vía administrativa. Tampoco es procedente, por ello, su impugnación administrativa.

### 13. Reglamentos delegados o de integración

#### 13.1. *El principio tradicional*<sup>105</sup>

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en que el Congreso no puede delegar en forma amplia sus facultades al Poder Ejecutivo, sino que sólo puede permitirle dictar ciertas normas dentro de un marco legal prefijado por el legislador.<sup>106</sup> Por ello es que resulta un contrasentido hablar de reglamento “delegado” como habitualmente se hace y resulta tal vez más adecuado usar el término “reglamento de integración,” por las razones que se verán. En efecto, los casos en que se admite como válida la atribución de facultades reglamentarias al Poder Ejecutivo, se refieren invariablemente a las leyes que establecen ellas mismas un determinado principio jurídico, dejando al administrador tan sólo el *completar, interpretar o integrar* ese principio, sea precisando su concepto, sea determinando las circunstancias de hecho a que deberá ser aplicado. Así p. ej. la ley de accidentes del trabajo 9688 establecía en su art. 12 que el Poder Ejecutivo reglamentará “las lesiones que deben considerarse como incapacidades absolutas y las que deben conceptuarse como incapacidades parciales, teniendo en cuenta en caso de concurrencia de dos o más lesiones, la edad de la víctima y su sexo” (art. 12): aquí la ley da parte del principio jurídico y lineamientos (edad y sexo) para la integración que deberá hacer el Poder Ejecutivo de aquél. Así también puede la ley autorizar el cobro de una tasa o impuesto dentro de un límite mínimo y otro máximo, facultando al Poder Ejecutivo a determinar cuál es el monto de la tasa dentro de esos límites; o establecer que estarán libres de impuestos y recargos aduaneros las materias primas esenciales para una determinada industria (p. ej., siderurgia) y disponer que el Poder Ejecutivo determinará cuáles son los materiales concretamente excluidos, etc. Ha dicho así la Corte Suprema en el caso *Delfino*: “Que, ciertamente, *el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos*. Es ese un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta en el art. 29;” “Desde luego, *no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella;*” “Existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la

<sup>105</sup> GELLI, *Constitución...*, op. cit., t. II, comentario al art. 76, pp. 160-79. Para la evolución histórica ampliar en BIANCHI, *La delegación legislativa*, op. cit.

<sup>106</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, op. cit., p. 123.

ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido aun en aquellos países en que, como EE.UU., el poder reglamentario se halla fuera de la letra de la Constitución.”<sup>107</sup> Dijo la CSJN en el caso *Mouviel*, del año 1957: “En el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución (art. 1º) y que se apoya fundamentalmente en el principio de la división de los poderes, el legislador no puede simplemente delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas, *pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables.*”<sup>108</sup> No obstante ese marco de previa limitación constitucional a la facultad del Congreso para delegar materias al Poder Ejecutivo, el correr del tiempo fue mostrando una administración que cada vez más ampliamente ejerció facultades delegadas por el Congreso, e incluso que encontró facultades delegadas allí donde no las tenía a tenor estricto de la ley. El resultado ha sido que el orden jurídico se encuentra cuantitativamente constituido en su mayor parte por reglamentos de toda clase, antes que por leyes del Congreso de la Nación, con evidente detrimento del sistema constitucional.<sup>109</sup> Ello es exagerado en materia tributaria y evidente en lo que hace a la regulación de los servicios en monopolio o exclusividad.

### 13.2. La Constitución de 1994<sup>110</sup>

Para luchar contra esa tendencia la Constitución establece en su art. 76: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa.”

Esta norma constitucional se inserta en un pasado jurisprudencial que niega al Congreso poder facultar a la administración para hacer la ley, lo cual es decir que no le puede autorizar, como de hecho lo hace, a regular determinadas materias. La regulación debe, según la Constitución, ser del propio Congreso y lo único que

<sup>107</sup> *Fallos*, 148: 430, *Delfino*, 1927.

<sup>108</sup> *Fallos*, 237: 636, *Mouviel*, 1957.

<sup>109</sup> Ver *supra*, t. 1, cap. I, § 5.

<sup>110</sup> Ver GELLI, *Constitución...*, *op. loc. cit.* y sus referencias; BIANCHI, *La delegación legislativa...*, *op. cit.*; “Los Reglamentos delegados luego de la reforma constitucional,” en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, *op. cit.*, cap. I; PERRINO, PABLO ESTEBAN, “La delegación legislativa,” en el libro colectivo *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 122 y ss.; del mismo autor “Algunas reflexiones sobre los reglamentos delegados en la Reforma constitucional,” en el libro *Homenaje...*, *op. loc. cit.* y las respectivas referencias de estos trabajos.

puede delegarse es, en cada ocasión<sup>111</sup> de modo excepcional, el perfeccionamiento de algún supuesto de hecho faltante en *una* norma legislativa puntual. Decir en la ley que el Ministerio o Secretaría tal “fijará” las tarifas, “regulará” el servicio, p. ej., sin parámetro alguno, no responde al principio constitucional, menos a la luz del art. 42, pues es a estos entes que puede atribuirles tales facultades amplias, no a las secretarías o ministerios del P. E.

A nuestro juicio las materias que la Constitución prohíbe que el P. E. reglamente por necesidad y urgencia se encuentran también prohibidas para la delegación. Se aplica la prohibición constitucional específica cuando existe una prohibición genérica para el otro. La Constitución prohíbe al P. E. asumir facultades legislativas por decreto de necesidad y urgencia en materia penal, tributaria y de partidos políticos. Tampoco puede el Congreso delegar tales materias al Poder Ejecutivo. Con todo, en materia impositiva todo el régimen funciona a base de reglamentos y circulares de la D.G.I.: Son actos generales dictados por alguien que se considera, “libremente,” legislador. Parece muy difícil sostener ninguna de tales hipótesis. El dislate cae a su punto máximo cuando es el organismo encargado de la aplicación del principio de legalidad tributaria el que hace propaganda para la aplicación de la ley de blanqueo tributario de ganancias de origen no declarado.<sup>112</sup>

En lo que a la materia tributaria respecta, la Corte Suprema ha considerado que aquella no puede ser objeto de delegación por el Poder Legislativo al sostener que “los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo.”<sup>113</sup>

<sup>111</sup> También es el criterio de GARCÍA LEMA, ALBERTO MANUEL, “Un nuevo caso de delegación legislativa. La ley 25.414,” *ED*, 18-V-2001, dos últimos párrafos.

<sup>112</sup> Se demuestra así una vez más que con el poder civil solamente, se pueden recrear las formas impuras de gobierno que recordáramos *supra*, cap. IV, nota 59. En cuanto al abuso civil de los mecanismos impositivos, que en la Provincia de Buenos Aires pretende por delegación legislativa autorizar a los funcionarios a trabar *per se*, sin intervención judicial, embargos incluso en cuentas corrientes bancarias fuera de su jurisdicción por presuntas cuentas fiscales impagas —otra vez, una forma impura de gobierno que menciamos *supra*, cap. IV, nota 59— es notorio ver su evolución hacia formas tecnificadas, ahora aplicadas a modelos que debieran estar fenecidos. *El Día*, Sección Provincia, 16-IV-08. “Instrumentan ‘juicios de apremio electrónico’ para deudas impositivas.” El acuerdo, que apunta a implementar una suerte de “expediente digital” en el cobro de impuestos provinciales, fue firmado por el presidente de la Corte, el director de ARBA y el titular de la Fiscalía de Estado, durante un acto al que también asistió el ministro de Justicia. Se busca que, a través de internet, el ente recaudador pueda enviar el expediente de inicio de un juicio de apremio a la Fiscalía de Estado; ésta se lo gire a los abogados que se ocupan de esos trámite; y de allí sea comunicado al juez que corresponda, quien dará curso al proceso: todo ese circuito podría realizarse en un día. El convenio prevé, además, *la traba y levantamiento de medidas cautelares de conformidad a las facultades que a cada uno competen por medios electrónicos y el registro on line de dichas medidas en la causa*. Este mecanismo, que parece un avance cuando se efectúa dentro del Estado de Derecho, se transforma en una pesadilla cuanto tales poderes se delegan a funcionarios administrativos en una forma impura de gobierno: *supra*, cap. IV, nota 59.

<sup>113</sup> *Fallos*, 326: 4251, *Selcro S.A.*, 2003.

La cláusula constitucional transitoria octava puso fin a toda la legislación delegada a la administración central con efecto a los cinco años de su entrada en vigencia en 1994, pero sucesivas leyes prorrogaron inconstitucionalmente el plazo. Ahora está fijado para el 24 de agosto de 2008.<sup>114</sup> Esa limitación no se aplica, a nuestro criterio, a las imputaciones *legales stricto sensu* a los entes o autoridades regulatorias independientes,<sup>115</sup> como lo explicamos en el cap. VII del t. 2. Como veremos allí, el gran desafío de la época es sobrevivir ordenadamente a la desaparición de este derecho descartable del reglamento diario y constante de la administración central (Decretos, disposiciones administrativas, resoluciones ministeriales, resoluciones de Secretarios de Estado, llamados telefónicos, instrucciones verbales o en papel sin membrete ni firma que se atribuyen a la Secretaría de Comercio, sanciones aplicadas conforme a la fenecida ley de abastecimiento, que se hace revivir, etc.) y pasar sin traspies a un derecho más estable, sea emanado del primer órgano previsto en la Constitución para ello, que no es otro que el Congreso de la Nación, o en su defecto de los entes regulatorios independientes del art. 42. Nunca más, si el país se institucionaliza, de los integrantes del Poder Ejecutivo y sus dependientes jerárquicos. Es el esquema de la *fractura del poder* como garantía de la libertad y la democracia, que ya mentamos en el cap. III. Lo más importante pasará entonces a ser las facultades normativas de los órganos regulatorios *independientes* previstos en el art. 42 de la Constitución,<sup>116</sup> con participación decisoria en el directorio tanto de los usuarios como de las Provincias y audiencias públicas previas, todo ello como condición esencial de validez de las normas que se dicten.

En suma, las prohibiciones del reglamento de necesidad y urgencia también lo son del reglamento delegado,<sup>117</sup> sin perjuicio de que además la ley sólo puede autorizarlos por razones de emergencia y a su vez únicamente en lo que hace a materias de administración, sin afectar derechos o deberes de los particulares. No es así viable el intento de sortear la prohibición constitucional, distinguiendo, en lugar de los cuatro reglamentos tradicionales que el mismo autor postulaba antes de la reforma, cinco después de ella.<sup>118</sup> No resulta posible escapar, salvo

<sup>114</sup> Ley 26.135.

<sup>115</sup> Ver, *infra*, cap. XV, “Los entes reguladores.”

<sup>116</sup> Ampliar y comp. en BIANCHI, “La potestad reglamentaria de los entes reguladores,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Acto administrativo y reglamento*, op. cit., pp. 589-612. Ver *infra*, cap. XV, “Los entes reguladores,” § 6, “Facultades regulatorias.”

<sup>117</sup> En igual sentido GELLI, *Constitución...*, op. cit., p. 622; PERRINO, PABLO, “Algunas reflexiones sobre los reglamentos delegados en la reforma consuetudinaria,” en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 983 y ss. y otros. En contra COMADIRA, *Los reglamentos delegados*, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Acto Administrativo y de reglamento*, op. cit., pp. 679-92, esp. pp. 689-90.

<sup>118</sup> Resulta así parecido a la idea, que en algún momento se pergeñó en nuestro país, de rechazar la concepción del acto de gobierno como acto no justiciable, pero en su lugar y al mismo tiempo traer del derecho brasileño entonces vigente la concepción de acto institucional (o, en otras propuestas análogas, acto constitucional) como acto no justiciable (*infra*, t. 2, op. cit., cap. VIII, “Los «actos de gobierno»”). El cambio de rótulo no cambia el régimen jurídico, como ya lo explicamos en el cap. I.

por la creación de entes regulatorios verdaderamente independientes, a la cesación de las facultades administrativas de regulación sobre los particulares. Esa prohibición del art. 76 y la caducidad de pleno derecho que se produjo el 24 de agosto de 1999, ahora inválidamente “postergado” legislativamente por períodos parciales hasta el 24 de agosto de 2009, no puede válidamente sortearse con esfuerzos doctrinarios: es un nuevo sistema constitucional y hay que adaptarse a él. Estas leyes de prorroga son manifiestamente inconstitucionales. Las delegaciones preexistentes caducaron todas, de pleno derecho, en el único plazo fijado por la Constitución, o sea el 24 de agosto de 1999. Que los tribunales lo declaren o no así, depende del grado de independencia que en determinado momento ostenten.<sup>119</sup>

### 13.3. *A quiénes se puede delegar*

El art. 76 admite en forma excepcional solamente la delegación al Poder Ejecutivo y no cabe extender dicha excepción al Jefe de Gabinete, los Ministros o Secretarios de Estado, ni tampoco admitir la subdelegación. Es un principio demasiado antiguo de derecho como para poder ignorarlo: *delegatas potestas non delegare potest*.<sup>120</sup> Puede en cambio atribuirse facultades a los entes previstos en el art. 42, a tenor de los marcos regulatorios allí previstos, sin la limitación temporaria que tiene el Poder Ejecutivo, pues allí la delegación la hace el Congreso al ente regulador en base a una previsión constitucional clara. Estos marcos, a su vez, a veces autorizan en forma expresa al ente a subdelegar en sus propios órganos dependientes las facultades que la ley les otorga, lo que no nos parece contrariar el texto ni el espíritu de la prohibición de delegación al Poder Ejecutivo y *a fortiori* de subdelegación por parte de éste. Un posible avance, que hasta ahora ningún ente ha decidido concretar, es crear internamente tribunales administrativos independientes, para resolver en sede administrativa los conflictos puntuales entre usuarios y prestador del servicio. Ello permitiría mejorar la calidad e imparcialidad del control administrativo, y por ende también facilitaría la calidad de la ulterior revisión judicial.

## 14. *Reglamentos autónomos*

Este tipo de reglamentos, que no está expresamente previsto en las leyes ni en la Constitución, estaría constituido por aquellos dictados para regir una materia en la que no hay normas legales aplicables (de ahí lo de “autónomo”). Pero la Constitución faculta al Presidente a emitir los “reglamentos que sean necesarios para la *ejecución* de las leyes de la Nación,” lo cual se refiere taxativamente a los

<sup>119</sup> Nos remitimos a la nota 59 del cap. IV y a la nota 112 del presente.

<sup>120</sup> El principio es tan universal en materia reglamentaria que se lo puede encontrar por doquier. Ver, entre otros, ILUYOMADE, B. O. y EKA, B. U., *Cases and Materials on Administrative Law in Nigeria*, Ile-Ifé, Nigeria, Obafemi Awolowo University Press Limited, 2ª ed., p. 80.

reglamentos de ejecución de las leyes, no a supuestos reglamentos autónomos de toda ley. Puede admitírselos para regir exclusivamente el funcionamiento interno de la administración (organización, deberes de los órganos, atribuciones, etc.), pero resulta inconstitucional, en cambio, que se pretenda limitar los derechos de los particulares o la potestad del Congreso sobre la administración, por cuanto el art. 14 de la Constitución establece claramente que la regulación y por ende restricción de los derechos individuales puede hacerse “por las leyes,” esto es, por las leyes *del Congreso* y no por actos de la administración. Con todo, procediendo con la debida prudencia es posible utilizar este medio reglamentario dentro de sus límites; habrá de cuidarse de no fijar obligaciones de los particulares hacia la administración, que no tengan un sustento legal específico. Y tampoco sostener, desde luego, que pertenece a una esotérica “zona de reserva de la administración” que no existe en ninguna parte de nuestro sistema constitucional. Uno de los supuestos del reglamento autónomo que excede los límites antes expuestos se da en aquellas relaciones que la doctrina alemana llamaba “especiales de sujeción,”<sup>121</sup> cuando determinados grupos de personas se encuentran, voluntariamente o no, sometidas a un sistema administrativo y normativo a la vez: los presos en la cárcel, los funcionarios en la administración (y por ende los militares en las fuerzas armadas, los policías y gendarmes en las de seguridad, etc.), los alumnos en una escuela o universidad. ¿Cabe también limitar de tal modo los derechos de un enfermo en un hospital? En la práctica ciertamente ocurre, incluso sin norma alguna; pero a medida que avancen los juicios de *mala praxis* es posible que la vieja fórmula reglamentarista, que prevé todo a favor de la administración y casi nada como derecho del particular, reasuma allí también el incierto rostro de sus mil cabezas de medusa. Los ejemplos sirven para demostrar el dramatismo que supone admitir con extensión esta potestad reglamentaria “autónoma,” o con delegaciones en blanco que para el caso es lo mismo. En Francia la nueva Constitución autoriza expresamente a la administración el expedir reglamentos autónomos de carácter legislativo en materias excluidas de las atribuciones del Parlamento (arts. 34 y 37). Cabe distinguir así entre los reglamentos externos: a) los autónomos (o más propiamente, los legislativos) y b) los subordinados. Los primeros surgen directamente de la Constitución, sin que una ley pueda determinar su contenido ni legislar sobre el punto: tienen así la categoría de ley;<sup>122</sup> los segundos sólo pueden dictarse para la ejecución de las leyes o por autorización de ellas. Es un criterio constitucional peligroso y ciertamente desaconsejable si no se cuenta con gobiernos mesurados y pueblos

<sup>121</sup> Ver SALOMONI, JORGE LUIS, “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el Derecho público argentino,” en GUILLERMO A. MUÑOZ y SALOMONI, directores, *Problemática de la administración contemporánea*, Buenos Aires, Ad-Hoc y Universidad Notarial Argentina, 1997, p. 151 y ss. La concepción cesarista que este autor critica contribuye, como otras de cuño análogo, a la constitución de un sistema impuro de gobierno, cuando no hay control ciudadano suficiente del control judicial. Ver la nota 59 del capítulo IV.

<sup>122</sup> WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1959, 8ª ed., p. 6 y ss. de la “*addenda*.”

vigilantes y celosos de su libertad; en diametral oposición al mismo cabe recordar la Constitución austríaca, que en su art. 18, ap. 2, prohíbe expresamente los reglamentos autónomos y delegados.<sup>123</sup>

### 15. *Reglamento de ejecución*<sup>124</sup>

Está expresamente previsto en la Constitución, en el art. 99, inc. 2º), el que al fijar las atribuciones del Poder Ejecutivo establece que éste “Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.” El Jefe de Gabinete, por su parte, expide reglamentos sub-legales para el ejercicio de las atribuciones del art. 100 (inc. 2º). Es necesario efectuar varias observaciones respecto a los reglamentos de ejecución, que son la más importante manifestación cuantitativa de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Los reglamentos de necesidad y urgencia son cualitativamente los más graves.

#### 15.1. *La reglamentación no es requisito previo para cumplir la ley*

En primer lugar, debe señalarse que las leyes deben cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación,<sup>125</sup> por lo que no dependen en modo alguno de que el Poder Ejecutivo decida reglamentarlas o no:<sup>126</sup> los jueces y la misma administración deben acatar y ejecutar o hacer ejecutar las leyes en los casos concretos, interpretándolas para salvar sus vacíos en la medida que fuere necesario en los casos ocurrentes, pero sin depender de que no hayan sido reglamentadas. Esto es así incluso aunque la ley disponga en sus últimos arts. como es de práctica, que “el Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley,” pues de admitirse el principio opuesto, quedaría librado al arbitrio del poder administrador el cumplir o hacer cumplir la ley, o no, mediante el simple camino de no reglamentarla, lo que por cierto no sería admisible bajo ningún punto de vista. Lo mismo cabe decir, con mayor razón aun, de los reglamentos del Jefe de Gabinete.

#### 15.2. *Se refiere a la propia administración, no a los particulares*

El reglamento de ejecución es fundamentalmente un reglamento dirigido a los propios agentes administrativos, para que éstos sepan a qué atenerse y cómo proceder en los distintos casos de aplicación de la ley, en lo que se refiere al aspecto puramente administrativo. Por ello no son reglamentables por el Poder Ejecutivo las leyes que no serán ejecutadas por la administración: sería absurdo, p. ej., que el Poder Ejecutivo pretendiera reglamentar el Código Civil, el Código

<sup>123</sup> ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, 1954, p. 76 y ss.

<sup>124</sup> Ver también GELLI, *op. cit.*, pp. 693-4.

<sup>125</sup> Sobre el problema, ver nuestro art. “La promulgación y publicación de las leyes,” revista *Derecho del Trabajo*, año XXX, 11: 706 (noviembre de 1970).

<sup>126</sup> CSJN, *Fallos*, 310-III: 2653, *Hotel Internacional Iguazú S.A.*; DROMI, *op. cit.*, 5ª ed., p. 281.

de Comercio, etc., salvo en lo que hace p. ej. al Registro Civil de las Personas, la Inspección de Personas Jurídicas, y órganos similares previstos en las leyes de fondo, siempre y cuando no se invada el ámbito de los deberes de los particulares, regulándolos o ampliándolos de cualquier otra manera.

### 15.3. *No debe invadir otras materias reglamentarias*

El reglamento de ejecución debe limitarse a ordenar el funcionamiento y los deberes de los agentes de la administración en lo que respecta al cumplimiento y ejecución de la ley a través de la administración, sin poder adentrarse, p. ej., a *definir* el concepto legal; si lo hace, no habiendo para ello autorización expresa de la ley, es ilegítimo y no puede ser opuesto a los particulares en ese aspecto; si la ley lo autoriza expresamente, entonces estamos en la hipótesis de un reglamento “delegado” o de integración, a que nos referimos más arriba. El problema práctico es que a veces estas normas se dictan y son ejecutadas en sede administrativa, sin que el control judicial sea oportuno y eficaz.

### 15.4. *No debe alterar el espíritu de las normas legales*

Además, cabe recordar que el Poder Ejecutivo al reglamentar la ley debe cuidar de “no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”; es de observar que se habla (en la Constitución) del “espíritu” y no la “letra” de la ley, por lo que se ha considerado que aunque la norma reglamentaria no aparezca en contradicción con el *texto* de la ley, será igualmente ilegítima si transgrede su espíritu, esto es, la finalidad que surge del contexto de la ley.

A la inversa, se ha admitido en ciertos casos que una norma reglamentaria que se aparte del texto de la ley, pero se adecue al espíritu de la misma, puede también tener validez: “esta Corte ha decidido en forma reiterada que el Poder Ejecutivo no excede su facultad reglamentaria por la circunstancia de no ajustarse en su ejercicio a los términos de la ley, siempre y cuando las normas del decreto reglamentario no sean incompatibles con ella, propendan al mejor cumplimiento de sus fines o constituyan medios razonables para evitar su violación y, en definitiva, se ajusten de ese modo a su espíritu.”<sup>127</sup>

De todas maneras el sentido constitucional es prohibitivo y no supone otorgarle al Poder Ejecutivo la facultad de definir los términos legales (un vicio bastante frecuente), llenar supuestos vacíos o lagunas (otro vicio constante), “corregir errores” ni interpretar con acciones positivas el supuesto espíritu de la ley, sino tan sólo abstenerse de violarlas con aquellas excusas: debe cumplir fielmente sus disposiciones, de acuerdo a la finalidad y objetivos del texto parlamentario.

<sup>127</sup> CSJN, *Fallos*, 269: 120, *Cía. Arg. de Electricidad S.A.*, 1967. Ver también *Fallos*, 232: 287, *S.R.L. Julio L. Bustos e hijos S.A.*, 1955; 244: 309, *Fed. de Obreros y Empleados de la Industria del papel, cartón, químicos y afines*, año 1959; 250: 456, *Galán*, año 1961; 254: 362, *Winiar*, año 1962 y otros.

### 15.5. *Es facultad principalmente del Poder Ejecutivo, no de órganos dependientes*

La facultad de dictar reglamentos de ejecución está otorgada principalmente al Poder Ejecutivo y sólo en forma limitada al Jefe de Gabinete. No corresponde admitir su delegación a niveles inferiores de la organización jerárquica de la administración central. Sólo por excepción puede admitirse esa facultad, de manera limitada, en las entidades descentralizadas que sean autoridades administrativas genuinamente independientes,<sup>128</sup> tales como los entes reguladores para el control de los servicios monopólicos concedidos o licenciados por el Estado. Fuera de esos casos, es necesaria una norma expresa de la ley que autorice la reglamentación por órganos diversos (como ocurre, p. ej., en materia impositiva, en que la ley autoriza a la Dirección General Impositiva a dictar reglamentos de ejecución de las leyes pertinentes). Pero ya se ha visto que el legislador a veces delega abusivamente esta potestad, como en la Provincia de Buenos Aires.

### 15.6. *No se aplica a los tratados*

Ante el texto constitucional mencionado, parece claro que el Poder Ejecutivo carece de facultades para dictar unilateralmente reglamentos de ejecución, ni siquiera en materia administrativa, respecto de los tratados internacionales. Sin embargo, con el progresivo avance de la integración a nivel supranacional, existen tratados que crean comisiones intergubernamentales que acuerdan criterios comunes de aplicación del tratado y a veces son equiparados a norma expresa de carácter administrativo, con fuerza ejecutoria interna. Los entes supranacionales sí dictan reglamentos administrativos de ejecución de los tratados, que tienen igual fuerza que éstos.<sup>129</sup>

## 16. *Los reglamentos del Poder Judicial y Legislativo*

Además de los reglamentos internos que dictan la administración y las autoridades administrativas independientes, hay que mencionar los que dictan respectivamente el Congreso y el Poder Judicial, que participan de las mismas características de los dictados por la administración y son igualmente administrativos; ello, porque reglan precisamente la parte administrativa (organización y procedimiento interno) del ejercicio de la función legislativa y jurisdiccional, respectivamente. En esos reglamentos y procedimientos, son aplicables, *mutatis mutandis*, el decreto-ley y los principios generales del procedimiento administrativo (vista de las actuaciones, necesidad de motivar los actos, amparo por mora de la administración, etc.). La majestad de instituciones tan fundamentales del país como pueden ser el Poder Judicial y Legislativo, el Defensor del Pueblo

<sup>128</sup> Ver *infra*, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 14, “Autoridades administrativas independientes.”

<sup>129</sup> CSJN, *Fallos*, 321-1: 1226 (año 1998), cons. 8° y 9°; *Dotti, DJ*, 1998-3, 233.

de la Nación, etc, no se ve lesionada por el cumplimiento del debido proceso en sentido adjetivo; antes bien, deben dar el ejemplo.

### 17. *El reglamento como fuente del derecho administrativo*

Por todo lo expuesto el reglamento es casi siempre una fuente específica de derecho administrativo.<sup>130</sup> En la actualidad, deja un margen de duda el reglamento de necesidad y urgencia, que tiene materias específicamente prohibidas. En lugar de decir, como para el delegado, que solamente se pueden referir a materias de administración, los constituyentes optaron por el camino de prohibirlos en materia tributaria, penal, de partidos políticos y régimen electoral. Con lo cual queda pendiente la pregunta de si el Poder Ejecutivo, en situación de emergencia, puede modificar el Código Civil, Procesal, de Comercio, de Minería, etc. Ello nos parece que sería una clara desinterpretación del sistema constitucional, en primer lugar porque será virtualmente imposible demostrar cómo alguna situación de emergencia pueda requerir la modificación de la legislación de fondo o de forma, cualquiera que ella sea. Para nuestro entender, faltaría en todos los casos adecuación de medio a fin, por lo cual preferimos sostener que el reglamento de necesidad y urgencia tiene la misma limitación que el delegado y, en consecuencia, sólo se puede referir a materias de administración o los clásicos supuestos de calamidad pública. Extender el reglamento como fuente a otras ramas del derecho que el derecho administrativo o público en general, p. ej. al derecho sustantivo civil, comercial, o incluso al derecho procesal, nos parece incompatible con el sistema constitucional actual.

## IV. Fuentes materiales del derecho administrativo

### 18. *Jurisprudencia. Concepto y alcances*

#### 18.1. *Imperatividad*

La jurisprudencia no es el conjunto de normas y principios imperativos contenidos en las decisiones de los órganos jurisdiccionales, sino las interpretaciones reiteradamente concordantes del orden jurídico positivo hechas por órganos jurisdiccionales (*auctoritas rerum similiter judicatarum*). El juez al aplicar una norma general crea una nueva norma, no ya general, sino individual, la que aporta un “plus” al ordenamiento. La jurisprudencia no es la suma ni la repetición de esas normas individuales<sup>131</sup> sino tan sólo del sentido que han dado a la norma general. Como todas las reglas de derecho son suficientemente abstractas como para poder ser interpretadas de diferentes maneras, resulta que la norma se amplía o se restringe en su significado efectivo (es decir, en el significado en el cual tiene aplicación imperativa) según sea la interpretación que le den los

<sup>130</sup> Comp. VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 265.

<sup>131</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 342.

jueces. La jurisprudencia se distingue de las demás fuentes del derecho en que ella es “imperativa” sólo en el momento en que el juez la aplica o reitera, pues el juez no está obligado a seguir las interpretaciones reiteradas y concordantes que él mismo u otros jueces superiores hayan dado a una norma. La imperatividad de esta fuente está pues condicionada a la voluntad del juez, pero dado que los jueces mantienen los criterios interpretativos formulados por ellos mismos o sus superiores con anterioridad, tiene un cierto grado fáctico de imperatividad asegurado: dado que esa facticidad tiene en cada caso apoyo jurídico en la voluntad del juez, puede mencionarse a la jurisprudencia como fuente al menos material de derecho. Como excepción a lo que venimos de exponer cabe recordar que la jurisprudencia plenaria sí es obligatoria para las demás salas de la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales aquella sea tribunal de alzada (C.P.C.C.N., art. 303.)

### 18.2. *Arbitrariedad*

Cuando prescinde de toda norma la sentencia es arbitraria y con ello inconstitucional;<sup>132</sup> también se la considera arbitraria cuando, si bien cita alguna disposición, carece de todo fundamento serio para aplicarla; la seriedad se estima no ya en la exactitud del criterio del juez, sino en que aporte razones y elementos de juicio para fundar su resolución.<sup>133</sup>

### 18.3. *Los principios jurídicos*

Los principios de derecho público tienen merced a su contenido axiológico riquísimas posibilidades para la jurisprudencia del derecho administrativo; ésta debe desarrollarlos y aplicarlos no sólo cuando la ley los reproduce fielmente, sino también cuando los niega o cuando se abstiene de legislar sobre el punto: deben aplicarse jurisdiccionalmente con todo su contenido y valor, tanto de conformidad con el texto expreso de la ley, como reinterpretao un texto antijurídico, como por fin en contra o sin la ley.

En esto último nos enrolamos, obviamente, en la posición que se aparta del criterio casi conceptualista y negativo que apareció en el siglo pasado, de acuerdo al cual la Constitución era asimilada poco menos que a un catálogo: si sus normas no preveían expresamente un caso determinado, aclarando que aun a falta de ley sus disposiciones debían ser aplicadas (o usando al menos términos enfáticos que así lo dieran a entender; la propiedad es “inviolable,” es “inviolable” la defensa en juicio), ellas no debían ser aplicadas por el juez, pues ello habría implicado actuar *de lege ferenda*.

<sup>132</sup>Ver CARRIÓ, “Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa,” *Rev. Jur. de Buenos Aires*, IV: 85 (1959); *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967.

<sup>133</sup>Ver también LINARES, “El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales,” *Rev. del Col. de Abog. de Buenos Aires*, t. 27, n° 3-4; VANOSI, *Aspectos del recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1966.

Hoy en día se busca interpretar el sentido de las normas constitucionales y darles aplicación imperativa también a situaciones no previstas o reglamentadas por el legislador, o previstas en forma imperfecta. Consideramos además que los principios constitucionales, por tener contenido y orientación axiológica y por ser de su esencia que ese contenido y esa valoración estén presentes en todos los actos estatales, transforman en inconstitucional todo acto que no tenga su misma valoración. Ello significa que la orientación estimativa del acto, esto es, su finalidad, también forma parte de su constitucionalidad: todo acto estatal, en definitiva, podría ser anulado por los tribunales en cuanto a su finalidad dentro de lo que marquen los principios constitucionales.

Lo mismo cabe decir de los actos privados y son numerosos los casos del derecho común en los cuales se aplican variantes del principio de razonabilidad o proporcionalidad, p. ej.: así el concepto de *exceso* en la legítima defensa y *exceso* en la represión son dos principios clásicos en derecho penal, como lo es también el de la *nimiedad*, el *abuso* de posición dominante en el mercado, el *abuso* del derecho, etc.

#### 18.4. *La pseudo doctrina de algunos fallos*<sup>134</sup>

Es necesario advertir contra la sinergia negativa que producen aquellos fallos que, enzarzados sus firmantes en especiosas discusiones de cátedra o de academia, usan el foro de su sentencia para hacer *excursios* de la materia sujeta a debate, aunque nada tengan que ver con la médula de la cuestión sometida a su *jurisdictio*. Esas cautivantes frases de doctrina, abundosas en citas de más doctrina de “ilustres maestros,” hacen a su vez las delicias de las mesas de redacción de las revistas jurídicas: en lugar de estudiar qué es lo que el fallo *resuelve*, materia ésta siempre laboriosa y difícil,<sup>135</sup> alegremente recuadran toda afirmación dotada de sujeto, verbo y predicado. Eso pasa automáticamente a ser la “Doctrina” del fallo y de allí al CD-ROM o la Internet hay tan solo la suave presión sobre algunas piezas del teclado. El letrado apurado, inexperto o desprejuiciado “baja” esa información de “doctrina judicial” del CD-ROM, Internet o del voluminoso tomo de jurisprudencia y con ello salpimenta de “jurisprudencia” su escrito. No es *juris*, ni *prudencia*. Del escrito judicial al art. de doctrina faltan pocos toques de computadora y ¡*presto!* tenemos doctrina de libros o revistas sobre doctrina de fallos, una brumosa cortina de humo que confunde siempre lo que los fallos *deciden*, con las ingeniosas y eruditas frases y “conceptos”<sup>136</sup> de doctrina con los que el sentenciante ha querido “adornar” su fallo. Algo así como

<sup>134</sup> Ampliar en nuestro art. “Cómo leer una sentencia,” en *AeDP*, 14: 29-53, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

<sup>135</sup> Cómo leer una sentencia,” *op. loc. cit.*

<sup>136</sup> Ya lo hemos advertido en el cap. I y en el libro *Introducción al Derecho*, 2001, publicado como e-book en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com) y [www.gordillo.com.ar](http://www.gordillo.com.ar). Ver igualmente nuestras glosas al libro de NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 72, 80-1.

el empleo del latín por abogados y autores.<sup>137</sup> Que el adorno de los fallos sea el rigor y claridad lógica de su razonamiento en la decisión justa, no las flores que va esparciendo en el camino.

Otras veces el agregado de afirmaciones no indispensables para la resolución del asunto tiene en verdad el significado de un adelanto deliberado: están escritas para ser rescatadas en futuras sentencias como natural y normal pensamiento del tribunal en materias diversas de la resuelta en el caso concreto. Es como darles un *aura* de mayor imparcialidad y de total ajenidad a la más espinosa cuestión *sub examine*. Cabe reconocer que esta curiosa “técnica” no suele ser de los propios magistrados sino mas bien de sus colaboradores, que van de este modo introduciendo en sus proyectos las doctrinas que les gustaría ver aceptadas por el tribunal.<sup>138</sup>

### 19. *La costumbre. Concepto y admisibilidad en general*

La costumbre surge como fuente de derecho cuando hay el convencimiento popular abonado por una práctica y un cumplimiento usual, de que una regla determinada de conducta humana es una norma jurídica. Veremos más abajo si puede o no aceptársela y con qué alcances, en materia de derecho administrativo.

No hay que confundir por lo demás la costumbre, que es convencimiento popular abonado por la práctica, con la “costumbre” que ha sido aceptada y hecha efectiva por la jurisprudencia: en tal caso la regla de que se trate no vale por ser consuetudinaria, sino por ser jurisprudencial; se aplica no porque la gente esté convencida de que es una norma jurídica y siempre la haya cumplido, sino porque los tribunales así lo han resuelto en forma reiterada y concordante.<sup>139</sup>

La costumbre no puede ser admitida como fuente de derecho administrativo a menos que una ley expresamente lo autorice, pues las constituciones prohíben generalmente que nadie sea obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

Vimos ya que una excepción surge de la índole misma de la función administrativa (en el caso de los reglamentos), pero aquí no se puede hallar argumento positivo alguno que la introduzca; por otra parte, incluso en el derecho privado (así, el Código de Comercio y en materia de patentes y marcas) la tendencia es que para que la costumbre adquiera relevancia jurídica es necesario que una norma legislativa la autorice o reconozca como tal.

<sup>137</sup> Que por cierto nos encanta, como inocente *divertimento*, junto a otras citas de diversa laya e idioma, pero no por ello es trasladable a un fallo.

<sup>138</sup> Ver nuestras glosas al libro de NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, op. cit., pp. 86-91 y nuestro art. “Como leer una sentencia,” *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001; reproducido en *Revista universitaria La Ley*, año III, n° 4, agosto de 2001, pp. 9-21 y como cap. V del libro *Introducción al derecho*, e-book gratuito en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

<sup>139</sup> En contra, FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 207 y ss., quien habla de “costumbre” para referirse al *ius receptum* jurisprudencial.

### 19.1. *No es fuente habilitante de deberes de los particulares*

La costumbre no es pues, en principio, fuente de derecho administrativo<sup>140</sup> y la administración no puede, en consecuencia, crearse a sí misma derechos frente a los particulares por observar habitualmente una determinada conducta. Tampoco debería, a nuestro juicio, hacerlo la justicia.<sup>141</sup>

A pesar de que una costumbre o práctica administrativa tenga observancia usual y exista el convencimiento de que constituye una norma jurídica de tipo imperativo, carece de todo valor como fuente autónoma de poder para la administración pública. Ello no quita que si la administración tenía facultades concedidas por la ley para imponer una norma idéntica a la que surge de la costumbre, aquélla sea válida. Pero tal conclusión surge de la propia ley y no de la entonces innecesariamente llamada “costumbre” administrativa. Los “precedentes” administrativos no son así, autónomamente de la ley, fuente de obligaciones para los particulares. Sin perjuicio de ello, por la doctrina de los actos propios, puedan en cambio obligarla a ella, como veremos a continuación.

### 19.2. *Es fuente de derechos*

Cabe así admitir, a la inversa, que la costumbre puede crear derechos<sup>142</sup> de los particulares frente a la administración, ya que la anteriormente mencionada limitación constitucional (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda) está concebida fundamentalmente en relación a los individuos y no al Estado.

Del mismo modo que la administración podría crearse ciertas obligaciones mediante un reglamento autónomo (y no podría crear deberes a los particulares), así también puede crearse deberes frente a los individuos y grupo de individuos mediante la observancia usual y reiterada de una determinada pauta de conducta. Entendemos, en definitiva, que la costumbre sólo puede ser aceptada como fuente cuando contiene la creación de derechos para los particulares frente a la administración.<sup>143</sup>

<sup>140</sup> Nos apartamos así de la opinión de BIELSA, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 107 y ss. y VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. I, p. 315 y ss. Conf. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, p. 292 y ss. En el derecho comparado, RIVERO, *Droit Administratif, op. cit.*, 4ª ed., p. 70.

<sup>141</sup> Ver nuestra nota “La praxis tribunalicia como fuente del derecho en contra de las partes,” *LL*, 2001-F, 769. Nada impide, desde luego, que el tribunal vaya interpretando las normas procesales y en su caso imponiendo cargas de esa índole a las partes, siempre que ellas sean razonables y conducentes a una mejor eficiencia del proceso. Lo que no se debe es sorprender a las partes con cambios de costumbre jurisprudencial insuficientemente dados a conocer.

<sup>142</sup> *Lato sensu*: derechos subjetivos, derechos de incidencia colectiva, intereses legítimos. Ampliar *infra*, t. 2, *op. cit.*, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” y IV, “El «poder de policía».”

<sup>143</sup> En la opinión contraria CASSAGNE, *op. cit.*, t. I, 3ª ed., p. 125; t. 1, 1998, 6ª ed., p. 170; ha seguido nuestro criterio alguna jurisprudencia, que comentamos en “La práctica administrativa,” *LL*, 1996-C, 457, nota al fallo *Rava*, *LL*, 1996-C, 459, 1995 y sus referencias. La nota se halla reproducida en *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 38, p. 104.

## 20. *La doctrina*

En cuanto al resto de la doctrina de los autores, aunque no tiene fuerza formal como fuente del derecho administrativo, hay veces que tiene poder de convicción para llevar a determinada decisión administrativa o judicial, o al menos es utilizada como fundamento de la decisión que se quiere adoptar.

En todo caso, suele ser uno de los medios a través del cual se accede al conocimiento o distintas formas de interpretación de las demás fuentes, lo que a veces lleva a imbricar o confundir la fuente real con la fuente informativa o interpretativa. No es fuente directa y formal de derecho administrativo, pero al informarlo e interpretarlo da una pauta orientadora, aunque sea por contraposición, para quienes deben aplicarlo.

Ya hemos explicado en otro lugar la importancia de la influencia sistemática o asistemática que la doctrina, junto al legislador y la justicia, puede tener en el derecho contemporáneo.<sup>144</sup>

### 20.1. *La doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación*

En materia de derecho administrativo ha adquirido una importancia creciente, a través del tiempo, la doctrina de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación. Son obligatorios para los abogados del Cuerpo de Abogados del Estado, al cual pertenecen todas las asesorías jurídicas del Estado. La obligatoriedad de la referida doctrina es pacífica y antigua,<sup>145</sup> sin que los abogados del Estado puedan entrar en debate respecto a sus dictámenes; ello se funda en una razón de orden y de uniformidad administrativa.<sup>146</sup>

Esa obligatoriedad para los abogados del Estado implica que sus dictámenes se adecuarán a dicha doctrina; y si bien los órganos ejecutivos no están obligados a seguir el consejo de su Dirección de Asuntos Legales, en la práctica será muy difícil que dicten un acto contrario al dictamen obrante en los actuados, pues en tal caso su responsabilidad será más evidente. Tampoco puede dictarse un

<sup>144</sup> *Teoría general del derecho administrativo, op. cit.*, Prólogo y *Derechos humanos, op. cit.*, cap. I, “Los derechos humanos en un mundo nuevamente en crisis y transformación.” Las doctrinas sobre “zona de reserva de la administración,” “actos institucionales,” “actos de gobierno,” “actos no justiciables,” etc., han contribuido mucho al escaso nivel de democratización y de control ciudadano del poder, de la libertad en suma en nuestro país, de la pureza de las formas de gobierno que mencionamos en la nota 59 del cap. IV. Cumplen en lo “jurídico” la función que cumplieron en lo político los cultores de las frases galanas en favor de los poderes de facto: “la cruz y la espada,” “Esparta y Atenas,” “la última reserva del país,” etc. Sugerimos la relectura de la obra de GARZÓN VALDÉZ, ERNESTO, *El velo de la ilusión*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000; también el repaso de los otros dos libros citados *supra*, cap. II y nota 4.2.

<sup>145</sup> PTN, *Dictámenes*, 80: 913; uniforme.

<sup>146</sup> Ver sobre este tema el desarrollo que efectuamos en el t. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, cap. X, “El recurso jerárquico,” § 15, “Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación” y § 16, “Casos en que se requiere el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación” y sus referencias. Sobre el alcance jurídico del dictamen letrado ver *infra*, t. 3, *El acto administrativo, op. cit.*, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 4.5.2, “La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo.”

acto administrativo que haya de afectar derechos o intereses de terceros, sin el previo dictamen del organismo permanente de asesoramiento letrado.<sup>147</sup>

De tal modo los precedentes administrativos que la doctrina admite como fuente emparentándolos con la costumbre<sup>148</sup> no son tanto las resoluciones de la administración, no siempre fácilmente hallables ni por ende confiables en las municipalidades del interior del país, sino los dictámenes de la Procuración del Tesoro.

### 20.2. *Doctrina de la Defensoría del Pueblo de la Nación*<sup>149</sup>

Resulta prematuro determinar si el Defensor del Pueblo de la Nación, en el ejercicio de su magistratura de persuasión, hará un cuerpo de doctrina administrativa que también tenga importancia como fuente del derecho administrativo. Sus primeros pasos así parecen indicarlo, al sostener p. ej. en una audiencia pública que debía respetarse la opinión del ente regulador por sobre la de la administración central y al presentarse luego en sede judicial sosteniendo la nulidad absoluta de un decreto de intervención al mismo ente regulador que, obviamente, debe ser categorizado como constitucionalmente independiente. Una de las ventajas de la opinión del Defensor del Pueblo frente al resto de la doctrina, es su inmediata repercusión en los medios de comunicación<sup>150</sup> y el hecho de provenir de un órgano público de rango constitucional, como así también la de contribuir a dar apoyo político e institucional, cuando hace uso de su legitimación constitucional para actuar en justicia, a las decisiones que luego deberán adoptar los jueces.

### 20.3. *La doctrina y el derecho comparados. Sus problemas*

También el derecho comparado pasa a ser fuente de derecho administrativo a nivel supranacional, según ya lo expresamos en el cap. anterior, lo cual no significa acudir simplemente al derecho de la madre patria por la cercanía espiritual e identidad idiomática, y ni siquiera al de los países cuya doctrina nos es más accesible, por razones de tradición y semejanza de latinidad en el lenguaje, como la italiana o francesa.

<sup>147</sup> Art. 7°, inc. d) *in fine* del decreto-ley 19.549. El fundamento de este principio es que el trámite omitido “pudo haber ejercido influencia en el conocimiento o en la voluntad que ha formulado la declaración final. Si se dejó de oír el parecer del órgano consultivo, puede suponerse que en caso de haberlo oído, el acto no hubiera sido dictado” (LARES MARTÍNEZ, ELOY, *Manual de derecho administrativo*, Caracas, 1975, 3ª ed., p. 199), o no hubiera sido dictado de la misma manera; *infra*, t. 3, op. cit., cap. IX, § 4.5, p. 11 y ss.

<sup>148</sup> La doctrina de los actos propios también sustenta el deber de ajustarse a la doctrina pacífica de la Procuración del Tesoro de la Nación: desconocerla es *venire contra factum proprium*.

<sup>149</sup> Ver las referencias del cap. II, § 5.2, ap. e), nota, e *infra*, cap. IX.

<sup>150</sup> Es un verdadero arte para el Defensor del Pueblo de la Nación lograr un adecuado equilibrio entre una excesiva por ende menos relevante presencia en la opinión pública, por una parte y un excesivo silencio por la otra.

Es ahora indispensable tener presente en nuestro derecho administrativo el derecho anglosajón, como ya se venía haciendo desde siempre en el derecho constitucional argentino, y para ello la mirada al derecho norteamericano e inglés y sus derivados, se torna fundamental.

El resto del derecho europeo, a veces sobrevalorado como el derecho alemán o el francés, debe en cualquier caso tenerse igualmente presente. El derecho comparado latinoamericano, por la semejanza de experiencias y haber casi todos tomado el mismo modelo constitucional norteamericano, es igualmente imprescindible aunque no siempre reciba la atención que merece.

Esta diversidad de fuentes es de gran complejidad, porque no se trata de recordar simplemente qué dice determinado autor de cualquiera de estas nacionalidades o regiones, sino también analizar en qué modo interpreta o explica un derecho vigente, o no, que puede ni siquiera guardar similitud con el nuestro.

## Capítulo VIII

# RELACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

### 1. *Introducción*

El tema de las relaciones del derecho administrativo con otras ramas jurídicas o no jurídicas del conocimiento puede parecer acumulación enciclopédica de información asistemática, pero su objeto es encuadrar y ubicar a esta rama del conocimiento en comparación a otras con las cuales existen problemas concretos de importancia práctica, no siempre perceptibles *a priori*.

Cabe mencionar al derecho civil, por su contraste; al derecho constitucional, por la íntima dependencia del derecho administrativo a los preceptos constitucionales; al derecho de los recursos naturales porque el derecho a un ambiente sano forma hoy parte de los derechos individuales (art. 41 de la Constitución nacional); a distintas ramas no jurídicas del conocimiento, porque el abogado necesita el aporte de otras ciencias para percibir adecuadamente el objeto material sobre el cual recae el análisis jurídico, sin cuya percepción todo lo que construya carecerá de sustento fáctico suficiente y adecuado. Entre los aspectos no jurídicos, no trataremos aquí pero vale la pena recordarlo, en el mundo moderno es imposible funcionar eficazmente sin conocimiento de inglés y una constante actualización de la informática. La carencia de estos dos elementos va acercando a la persona que incurre en ellas en un virtual analfabetismo de nuestra era.

### 2. *Relaciones con el derecho privado*

Las relaciones del derecho administrativo con el derecho privado en general y con el derecho civil en particular, son de tres tipos:

a) Existen ciertos valores y principios generales de la ciencia<sup>1</sup> del derecho, conceptos de lógica jurídica, etc., que están en el derecho privado y también en el derecho administrativo; no se trata de que el segundo los haya tomado del

<sup>1</sup>Tal como explicamos en el cap. V, esta palabra debe tomarse *cum grano salis*. Pero la seguimos utilizando porque es más corta que “rama del conocimiento.”

primero, sino de que éste fue uno de los primeros en utilizarlos. Así, la responsabilidad, el principio de buena fe y la doctrina de los actos propios o principio de no contradicción, la necesaria motivación de los actos, la desviación de poder y el abuso del derecho, la interdicción de la *mala praxis*, el principio de la seguridad jurídica y de la confianza debida, la lesión, la equidad, el principio de prudencia, etc.<sup>2</sup>

b) Hay disposiciones de derecho administrativo que están en el Código Civil tales como las referentes a bienes del dominio público, expropiación, arrendamiento de bienes públicos; la reglamentación del uso y goce de los bienes del dominio público, las limitaciones impuestas a la propiedad en el interés público, etc.; no son de derecho civil y a lo sumo podría decirse que se encuentran desubicadas.<sup>3</sup> También hay normas de derecho administrativo en otra legislación común, p. ej. en la legislación comercial,<sup>4</sup> etc.

c) En cuanto a las reglas propiamente de derecho privado, su aplicación en el campo del derecho administrativo era muy frecuente en los orígenes de éste, pero ha ido decreciendo paulatinamente a medida que adquirió más autonomía.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Estos y otros valores o principios jurídicos son la trama más importante del derecho público o privado. Ver al respecto nuestra *Introducción al derecho*, ed. electrónica de libre acceso en **www.gordillo.com** y ediciones en papel en Buenos Aires, La Ley, 2007; *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003; *Une introduction au Droit*, Londres, Esperia, 2003, las cuatro con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>3</sup> Tal por ejemplo es el caso del art. 1112 sobre responsabilidad del funcionario y del Estado en virtud de la imputación directa por aplicación de la teoría del órgano consagrada por la CSJN *in re Vadell*, Fallos 306-2:2030, año 1984, tal como habíamos preconizado en nuestra tesis doctoral de 1959, inédita. Tenemos cierta resistencia a aceptar la corriente prevalente que ve en la responsabilidad del Estado una cuestión de derecho administrativo y no de derecho civil, pues está en juego la garantía de la propiedad de los ciudadanos, que es por lo demás de raigambre constitucional, y que el funcionamiento real de la responsabilidad en verdad niega casi absolutamente, tal como lo hemos explicado en “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12. Otros autores sostienen que estas disposiciones del Código Civil no pertenecen al derecho público ni privado, sino que por ser normas que corresponden a la teoría general de las obligaciones, su ubicación es correcta y deben ser aplicadas de un modo directo por el intérprete para resolver las cuestiones que se le susciten, conforme al art. 15 del Código Civil: MERTEHKIAN, EDUARDO, *La responsabilidad pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, p.38-39. Ver también REIRIZ MARÍA GRACIELA “Responsabilidad del Estado” en *El Derecho Administrativo Argentino Hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 226; CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Los principios que fundamentan la Responsabilidad extracontractual del Estado y el alcance de la reparación” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado, Jornada de Homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, *op cit.*, p.46-49.

<sup>4</sup> Bancos, bolsa y mercado de valores, seguros, sociedades, etc. Ver *infra*, cap. X, § 12.2.

<sup>5</sup> Comp. ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. 1, Milán, Giuffrè, 1958, 8ª ed., p. 32 y ss.

Por lo general cuando el derecho administrativo toma principios del derecho común no los mantiene con sus caracteres iniciales y por ello aparecen, sea deformados, p. ej., responsabilidad indirecta del Estado, derechos reales, sea “publicizados.” En el segundo supuesto es el caso de las obligaciones, extinción de las obligaciones, actos jurídicos de la administración, contratos administrativos, etc.,<sup>6</sup> de forma tal que ya no es posible identificarlos positivamente como principios del derecho civil.

La afirmación frecuente de que el derecho civil se aplica en subsidio del derecho administrativo<sup>7</sup> no es del todo exacta hoy en día, pues generalmente la aplicación de las normas del derecho civil no se realiza en derecho administrativo respetando su pureza original; por el contrario, se las *integra* con los principios y normas del derecho administrativo, *conformándose* y *remodelándose* en consecuencia a éste.<sup>8</sup>

El abogado no especializado que en un caso concreto quiera recurrir supletoriamente al Código Civil, deberá proceder en consecuencia con sumo cuidado, pues la doctrina, la jurisprudencia o incluso la propia práctica administrativa pueden haberle dado un sesgo distinto a la cuestión precisamente en ese caso concreto, no efectuando una aplicación lisa y llana del Código Civil.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> El tema de los contratos administrativos es el que acusa una de las más violentas lesiones al sistema tradicional de los contratos. Nos remitimos a la bibliografía controvertida al respecto en “La mutación del contrato administrativo,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Rap, 2007, pp. 835-8 y en [http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub\\_id=99&sid=1174&aid=19135&eid=25&NombreSeccion=Nota%20de%20c%20C3%83%20A1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo](http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=19135&eid=25&NombreSeccion=Nota%20de%20c%20C3%83%20A1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo). Aquí no se discute ya si el contrato administrativo está en el derecho civil o administrativo, sino la absoluta inconveniencia e injusticia con que es tratado en el derecho administrativo en el derecho administrativo argentino contemporáneo. Por eso quienes pueden acudir a la jurisdicción extranjera.

<sup>7</sup> Comp. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., p. 159; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 171.

<sup>8</sup> Sólo en casos puntuales y excepcionales, la aplicación de las normas civiles se realiza sin mayores adaptaciones. Ver CAMPOLIETI, FEDERICO, “La aplicación del Código Civil al caso administrativo no previsto,” en *Revista de Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Derecho Administrativo*, 2008-II, p. 33. Ver también lo que explica BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp.242-2, en cuanto refiere al nuevo derecho administrativo como mixtura de derecho público y privado haciendo referencia a un fenómeno bifronte: Por un lado la privatización del derecho público, y por otro, la publicización del derecho privado.

<sup>9</sup> Si bien la jurisprudencia suele hacer aplicación “supletoria” del Código Civil ya la Corte Suprema ha aclarado que existiendo una ley de derecho administrativo, el “Código Civil [...] sólo es aplicable en cuanto sea compatible con los principios de aquélla.” *Fallos* 182: 502-47, *Besana*, año 1938. Con otras palabras, la Corte también ha dicho que las normas del derecho civil “si bien no han sido establecidas para aplicarlas al derecho administrativo sino al derecho privado, nada obsta para que representando aquéllas una construcción jurídica basada en la justicia, su aplicación se extienda al derecho administrativo..., con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia de lo que constituye la substancia de esta última disciplina.” *Fallos* 190:142, *Los Lagos*, año 1941. Ver FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE, *Derecho administrativo*, México, D.F., McGraw-Hill/ Interamericana, 1997, p. 13; VEGA, SUSANA ELENA y ROTAECHE, MARÍA JOSEFINA, “La competencia originaria de la Corte y el concepto de causa civil: un cambio de criterio acertado ¿Motivos de orden jurídico o circunstancias de conveniencia?” *Revista del Régimen de la Administración Pública, RAP*, 335-47/73.

### 3. *Evolución y estado actual de la aplicación del derecho civil a la administración pública*

Ello se advierte muy bien cuando se considera la evolución que ha sufrido la aplicación del derecho civil como tal a la administración pública. Tradicionalmente, en efecto, han existido grandes campos de actividad de la administración que según la doctrina clásica estuvieron sometidos *exclusivamente* al derecho civil, sin injerencia alguna del derecho administrativo, creando así una supuesta dicotomía entre ambos campos de actividad. Es así como la doctrina tradicional y los que la siguen a veces hoy en día, enunciaron clasificaciones fundadas en alegadas diferencias de derecho positivo, p. ej. las siguientes: Que existe una doble personalidad del Estado: El Estado como persona de derecho público, o como poder público, o soberano, etc. y el Estado como persona de derecho privado; que existen dos tipos de actos de la administración: los actos administrativos y los actos de derecho privado de la administración.<sup>10</sup> Estas dos concepciones están hoy en día prácticamente abandonadas, pero existen todavía algunos restos de la orientación clásica. Tenemos así también la supuesta distinción entre dos tipos de contratos que celebra la administración: contratos administrativos y civiles; la distinción entre dos tipos de dominio o propiedad que tendría el Estado: Público y privado. Por nuestra parte señalaremos en su momento la relatividad de estas dos últimas distinciones, pero puede ya advertirse la similitud que presentan con las anteriores clasificaciones. Si se habla de una “personalidad de derecho privado” y de “actos de derecho privado” de la administración, es coherente distinguir luego los contratos de derecho privado de la administración y su dominio privado. Si, en cambio, se niega una supuesta doble personalidad y se aclara que los actos de la administración nunca son de derecho privado, mal puede luego sostenerse que exista un contrato o un dominio estatal que sea estrictamente privado. Puede recordarse aquí que la personalidad jurídica del Estado es siempre una sola y que ésta es predominantemente de derecho público, por lo que se debe calificarla necesariamente como tal;<sup>11</sup> que los actos que emanan de los órganos administrativos están casi siempre regidos en cuanto a su competencia, voluntad y forma por el derecho administrativo; que sólo excepcionalmente pueden estar en parte regidos, en su objeto y nada más, por el derecho privado. Esa predominancia neta del derecho público obliga a calificarlos siempre como actos de derecho público, esto es, actos administrativos.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Sobre estas dos diferenciaciones pueden verse, entre los libros más tradicionales, MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 184 y ss.; BIELSA, *op. cit.*, t. II, Buenos Aires, 1955, 5ª ed., p. 27.

<sup>11</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 161 y ss.; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 365; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 287; DROMI, ROBERTO, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, p. 57 y ss. En igual sentido PTN, *Dictámenes*, 84: 133 y ss.

<sup>12</sup> Lo hemos desarrollado en el t. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, cap. II, § 10 a 15; en igual sentido DIEZ, *op. cit.*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, 1ª ed., p. 210; PTN, *Dictámenes*, 92: 74.

A su vez, por lo que se refiere a los supuestos contratos civiles de la administración, es obvio que también todo lo referente a la competencia de los órganos que los celebran, al *procedimiento* de celebración, a las *formas* de concertación, etc., se rige por el derecho público; a nadie se le ocurriría fundamentar la *competencia* de un órgano estatal para celebrar ese contrato, en la regla de la *capacidad* del Código Civil; ni afirmar que aunque la ley exija la *licitación pública*, pueda prescindirse de ella porque no figure en el Código Civil, ni que si de acuerdo con el derecho administrativo es suficiente título traslativo del dominio de una tierra fiscal a manos privadas un decreto del Poder Ejecutivo, sea necesario de todos modos escritura pública,<sup>13</sup> etc.

La conclusión es la misma que respecto a los supuestos actos civiles de la administración: sólo podrán regirse por el derecho civil en lo que se refiere al objeto del acto, pero ello no quita que lo dominante siga siendo el derecho público, con lo cual no puede calificarse al contrato en su totalidad como un acto o contrato del derecho civil. Y por lo demás, incluso la aplicación del derecho civil en el objeto mismo del acto es sumamente limitada y poco frecuente.

Por último, la distinción entre dominio público y dominio privado del Estado tiene algún basamento normativo en el Código Civil,<sup>14</sup> pero se le ha dado en la actualidad una interpretación muy amplia al concepto de dominio público. Abarca pues todos los bienes estatales inmuebles, muebles u objetos incorpóreos, sea que estén afectados al uso directo o indirecto de la comunidad (p. ej., a través de los servicios públicos). Son excepción los casos en que se puede señalar un bien del “dominio privado” del Estado.

#### 4. *La transformación del derecho administrativo*

¿Esa evolución hacia el derecho público es positiva o negativa? Sería negativa si el derecho administrativo, al avanzar sobre campos antiguamente sometidos al derecho civil, lo hiciera con una aplicación rígida de sus principios clásicos; pero ello no ocurre exactamente así, sino que la tendencia contemporánea representa una suerte de transacción entre el derecho administrativo y el derecho privado.

En efecto, en la distinción de estos dos derechos a fines del siglo pasado, se consideraba típico del derecho administrativo la supremacía que se otorgaba a la administración, una serie de privilegios y prerrogativas especiales que se le

<sup>13</sup> El art. 3° de la ley 4.167 dispuso en su momento que el decr. del Poder Ejecutivo por el cual se vendía una tierra pública tenía “fuerza de escritura pública.” Ese tipo de disposiciones tiene una derogación orgánica con las normas que regulan los registros de la propiedad, catastros, etc. Hoy en día es necesario escriturar para poder inscribir el dominio en el Registro de la Propiedad. Con todo, es conocido el hecho material que muchos de los inmuebles del Estado no se encuentran registrados en el catastro, y que el proceso de registrarlos es empíricamente complicado.

<sup>14</sup> Ya que el art. 2340 enumera lo que denomina “bienes públicos del Estado” y el 2342 lo que llama bienes privados del Estado. Una diferencia sustancial entre tal diferenciación y las anteriores es que ésta es la única que tiene claro sustento normativo.

reconocían incluso sin que una ley lo dispusiera expresamente, cuando actuaba en el campo del derecho administrativo.<sup>15</sup> Por el contrario, cuando actuaba en el campo del derecho privado, la administración estaba en una relación de coordinación, es decir, de igualdad con los individuos: no tenía privilegios ni prerrogativas. Se decía así entonces, en los viejos libros, que cuando la administración actuaba como “poder público” no era responsable por los daños que causara; no necesitaba de un fundamento legal expreso para poder imponer una sanción a los particulares; no estaba sujeta a control judicial; no estaba plenamente ligada por los contratos que celebraba; podía ejecutar por sí misma y por la coacción sus propios actos, etc. Nada de ello ocurría, en cambio, cuando actuaba como “persona jurídica privada.”

Modernamente los extremos se unen: La administración actúa siempre como persona de derecho público, pero sin contar con las supremacías y privilegios que antiguamente se le reconocían sin hesitación; el Estado es responsable si comete un daño, aun actuando como persona de derecho público que es;<sup>16</sup> necesita de un fundamento legal expreso para imponer sanciones; está sujeto en todos los casos al control judicial; está también obligado por los contratos que celebra, etc. Por ello, si bien el derecho administrativo gana en extensión, gana también cualitativamente al transformarse en un derecho más justo y razonable, menos arbitrario y autoritario;<sup>17</sup> de ese modo la distancia con el derecho privado, en cierto modo, se ha acortado.<sup>18</sup>

Sin embargo, es de advertir que estos nuevos rasgos del derecho administrativo contemporáneo no se hallan todavía suficientemente asentados, ni tampoco compartidos por todos los autores, por lo cual se encuentran todavía en doctrina y jurisprudencia algunas aplicaciones indebidamente autoritarias de principios superados: Toca a los juristas de hoy y del mañana estar atentos a fin de corregir en cada caso las desviaciones aun existentes.

##### 5. Relaciones con el derecho constitucional y supraconstitucional

De todas las ramas del derecho público, ninguna está más estrechamente ligada al derecho administrativo que el derecho constitucional; cada cap. de derecho

<sup>15</sup> Ampliar en ORTIZ, EDUARDO, *Los privilegios de la administración pública*, San José, 1974.

<sup>16</sup> Ampliar *infra*, t. 2, cap. XX; nuestro art. “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2001, p. 361 y ss.; reproducido como cap. VIII del libro *Introducción al derecho*, *op. loc. cit.* en nota 2, *supra*. Nueva versión en “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en XXX *Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, Rap, año XXVIII, Buenos Aires, 2005, 326: 391-400

<sup>17</sup> Ver sobre el punto GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid, Civitas, 1979; GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1962, 2ª ed.

<sup>18</sup> Ver también BALBÍN, CARLOS F., *Curso de derecho administrativo*, t. 1, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 96 y 242-3..

administrativo, se ha dicho, está encabezado por una introducción de derecho constitucional. “Ningún derecho está más subordinado y conformado a las directivas políticas del Estado que el derecho administrativo” y por ello, “el derecho administrativo tiene el carácter o la fisonomía del derecho constitucional de cada Estado.”<sup>19</sup> Pero es más, en la actualidad se ha desarrollado un importante derecho supranacional y supraconstitucional de los derechos humanos frente al Estado, que constituye la sólida base en que debe construirse el derecho administrativo. Hay también normas internacionales encaminadas a prevenir y castigar la corrupción que igualmente constituyen lineamientos básicos de esta disciplina.

Constitución y administración se influyen recíprocamente;<sup>20</sup> pero mientras que la influencia de la primera sobre la segunda es de sistema, la de la administración sobre ella es de eficacia.<sup>21</sup> La Constitución es una estructura, es el ordenamiento fundamental del Estado; la administración es un órgano<sup>22</sup> jurídico de ese Estado. La función administrativa es una actividad que se realiza dentro del marco y las directivas básicas fijadas por aquella estructura. En la Constitución predomina lo estático, en la función administrativa lo dinámico; en la primera hay estructuración y establecimiento de límites, en la segunda hay expresión de actividad concreta y choque contra los límites prefijados.

Al igual que en el caso del derecho civil, hay que distinguir tres tipos de relaciones entre ambas disciplinas:

a) Hay principios generales de derecho que si bien se hallan más fuertemente protegidos por encontrarse en la Constitución, no son exclusivos del derecho constitucional: Los derechos humanos básicos, tanto los de la Constitución

<sup>19</sup>BIELSA, RAFAEL, *Compendio de derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1960, 3ª ed., p. 7. Incluso hay autores que identifican ambas disciplinas en un “Derecho del Estado,” como recuerda ALESSI, RENATO, *Principi di diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1971. Ver también PAREJO ALFONSO, LUCIANO, “Las bases constitucionales del Derecho administrativo,” en PAREJO ALFONSO; JIMÉNEZ-BLANCO, ANTONIO y ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1992, 2ª ed., cap. II, p. 31 y ss.; CASSESE, SABINO, “Le basi costituzionali,” en CASSESE, SABINO (director), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, t. 1, Milán, Giuffrè, 2000, p. 159 y ss.; CASETTA, ELIO, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 2001, 3ª ed., cap. II, p. 27 y ss.; STARK, CHRISTIAN, “State Duties of Protection and Fundamental Rights,” en AA.VV., *Constitution and Law III, Seminar Report*, Johannesburg, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p. 11 y ss.; DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Diritto costituzionale comparato*, Padua, CEDAM, 1999, 5ª ed., cap. III, secciones I y ss., p. 143 y ss.; PEGORARO, LUCIO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, Giappichelli, 1998; PEGORARO Y REPOSO, ANTONIO (coord.) *Lecture Introduttive al Diritto Pubblico*, Milán, CEDAM, 1998. A veces la constitución, lejos de ser un instrumento de estabilidad, es fuente de incertidumbre: comp. BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Temas de direito constitucional*, Río de Janeiro, Renovar, 2002, 2ª ed., esp. parte I, sección 2, p. 49 y ss.

<sup>20</sup>Esta interacción permanente entre ambas disciplinas es puesta magníficamente de manifiesto por GELLI, MARÍA ANGELICA, en su obra *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4ª ed.

<sup>21</sup>VON STEIN, LORENZ, *La Scienza della pubblica amministrazione*, Turín, 1897, p. 3; BIELSA, *op. loc. cit.*; GIESE, FRIEDRICH, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1952, 3ª ed., p. 1.

<sup>22</sup>No parece que pueda hablarse de una personalidad jurídica de la administración como tal; con todo, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “Verso un concetto di diritto amministrativo como diritto statutario,” en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2/3: 323 (1960).

como los de los tratados internacionales; la tutela del ambiente. Son parte de los principios y valores mínimos del orden jurídico internacional.

b) Hay disposiciones de derecho administrativo que están contenidas en la Constitución: Las referentes a la expropiación, a la imposición, la prohibición de que la administración ejerza funciones jurisdiccionales, el régimen carcelario, la libertad de navegación de los ríos interiores, etc.

c) En cuanto a las que se consideran típicamente de derecho constitucional tales como creación y organización de los tres poderes y otras autoridades independientes,<sup>23</sup> sus facultades; derechos individuales, etc., su aplicación en derecho administrativo es necesaria, ineludible y éste aparece como una prolongación de aquél; no puede prescindir de esas normas y se consustancia con ellas. Hay pues una superposición temática entre ambas disciplinas, lo que se justifica por la necesidad contemporánea de reenfatizar estos problemas.

No es que el Estado “tenga” una Constitución, sino que “esté” en una Constitución. Pero más aun, está también, fundamentalmente, en un orden jurídico supranacional e internacional.<sup>24</sup>

### 6. Relaciones con el ambiente y el derecho de los recursos naturales<sup>25</sup>

El conjunto de los recursos naturales del Estado, básicamente aguas, tierras, aire y minas, tienen su ámbito de regulación disperso y asistemático, encontrándose parte de él dentro del derecho constitucional y administrativo, interno e internacional, parte dentro de otras ramas del derecho e incluso parte dentro de diversas ramas no jurídicas.

Existe, por de pronto, una insuperable ambivalencia entre el concepto de *recursos naturales*, que encontramos bajo el dominio pero no la jurisdicción provincial en el art. 124 de la Constitución (“Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”)<sup>26</sup> y el de *ambiente*,<sup>27</sup> que el art. 41 consagra como un derecho del individuo a un ambiente sano. Dice el art. 41 que “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente

<sup>23</sup> Dentro de la moderna concepción de la fractura del poder como salvaguardia contra su monopolización por una persona o grupo de personas.

<sup>24</sup> *Supra*, cap. VI.

<sup>25</sup> Ver, en general, BOTASSI, CARLOS ALFREDO, *Derecho Administrativo Ambiental*, La Plata, Platen-se, 1997; “La cuestión ambiental en el derecho internacional público. (A diez años de la declaración de Estocolmo),” *LL*, 1982-C, 882; PIGRETTI, EDUARDO A., *Teoría jurídica de los recursos naturales*, Buenos Aires, 1965 y *Derecho de los recursos naturales*, Buenos Aires, 1971; MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Derecho ambiental*, Madrid, IEAL, 1977; *Tratado de Derecho ambiental*, tres vols., Madrid, Trivium, 1991-92-97; O’LEARY, ROSEMARY, *Environmental Change. Federal Courts and the EPA*, Filadelfia, Temple University Press, 1993.

<sup>26</sup> Ver EGEA, FEDERICO “Alcances del concepto de dominio originario de las provincias en el Sistema Federal Argentino,” en *LL, Suplemento Administrativo*, 9 de Febrero de 2009, p.1.

<sup>27</sup> Hasta antes de la Constitución de 1994 estaba generalizado la frase medio ambiente, pero posteriormente la terminología se ha ido unificando con el sólo vocablo ambiente.

sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de *preservarlo*. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los *recursos naturales*, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección,<sup>28</sup> y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos.” Hay recursos naturales como la caza, la pesca, etc., que deben ser utilizados racionalmente y en los que no necesariamente existe conflicto con el requisito de un ambiente sano; lo mismo con casos de preservación del ambiente, tales como contaminación lumínica, sonora, visual, etc., que carecen de relación con la utilización de los recursos naturales. Ciertos tipos de explotación minera, efectos secundarios de la explotación petrolera, etc., afectan el derecho a preservar un ambiente sano y requieren medidas resarcitorias o reparatorias.<sup>29</sup>

### 6.1. Tierras

Lo atinente a las tierras públicas y su utilización por el Estado en forma directa o indirecta, es en parte estudiado por el derecho administrativo y en parte por el derecho agrario o el derecho de los recursos naturales. Sin hacer cuestiones de competencias, en todo caso también el derecho administrativo estudia:

a) Entre los temas más recientes, todo lo referente a lo que han tratado la ley de bosques 26.447 y el decreto-ley 22.421/81.

<sup>28</sup> Ver ley 25.675 de política ambiental nacional; ley 25.612 de gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios; ley 25.670 de gestión y eliminación de los PCBs, policlorobifenilos o bifenilos policlorados; ley 25.688 de gestión ambiental de aguas. Sin embargo, hay demasiados ejemplos de desidia legislativa y administrativa, que a veces fuerzan a la justicia, como único poder del Estado que resta con voluntad real de cambio, tomar ingerencia en el asunto, como es el caso de la cuenca Matanza-Riachuelo, que la CSJN, creativa y valientemente, encaró en forma directa en *Fallos*: 329:2316, *Mendoza*, año 2006, delegando las medidas de trámite al juez de primera instancia del lugar y poniendo en esta doble óptica el control de la actividad administrativa de la Autoridad de la Cuenca, conceptualmente un ente estatal interjurisdiccional, aunque erradamente se lo estuvo manejando en sede administrativa como si fuera parte de la administración central. La Autoridad de la Cuenca debe equipararse a los otros entes interjurisdiccionales como el Mercado Central de Buenos Aires, CEAMSE, YMAD, etc. Volvemos sobre el tema en el t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2006, 9ª ed., cap. XI, “Recurso de alzada,” § 2.4.1, “Entes interjurisdiccionales.”

<sup>29</sup> El daño ambiental se va transformando en una importante fuente de responsabilidad estatal: CSJN, *Fallos*: 329:2316, *Mendoza*, año 2006, citado. Ver, entre otros GÜIDI, GRACIELA, “Responsabilidad ambiental del Estado” y SABSAY, DANIEL ALBERTO, “Responsabilidad por daño colectivo,” ambos en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado, Jornada de Homenaje a la Profesora Titular Consulta Dra. María Graciela Reiriz, op. cit.*, pp. 551-66 y pp.567-76, respectivamente.

Clásicamente, son también desde luego los aún existentes “parques nacionales,”<sup>30</sup> “reservas nacionales” y “monumentos naturales”<sup>31</sup> que tienen un régimen propio específico de derecho público.

Deben también analizarse en todo lo que hace al derecho a un ambiente sano que garantiza la Constitución,<sup>32</sup> y en el caso de los bosques a veces se mezcla el derecho de los pueblos indígenas, como ha ocurrido en el año 2009 con los reclamos de la comunidad *wichi* en Salta, a los que la Corte brindó audiencia pública, en su nueva muy saludable tendencia. Volvemos sobre ello en el punto *d*).

*b*) Las tierras del dominio público *stricto sensu*, tales como parques, plazas, caminos, librados efectivamente al uso público directo o indirecto; riberas, cauces, etc., que lo están de pleno derecho.

*c*) Las llamadas “tierras fiscales” que, perteneciendo al Estado, se entregaron preferentemente, en el pasado, en planes de desarrollo agrario a colonos o campesinos.<sup>33</sup>

*d*) Hoy se procura atender al dominio público indígena previsto en la Constitución.<sup>34</sup> El conflicto aparece cuando se trata de tierras privadas ocupadas por indígenas, pues el propietario busca lógicamente su recuperación y el conflicto normativo es más complicado, como así también el tema probatorio.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Son aquellos a conservar en su estado primitivo, prohibiéndose toda explotación económica: Nahuel Huapi e Iguazú, ley 12.103; Lanín, Los Alerces, Perito Moreno y Los Glaciares, Río Pilcomayo, decreto-ley 17.815; El Rey, Tierra del Fuego, ley 15.554; Chaco, ley 14.366; Baritú, ley 20.656; El Palmar, decretos-leyes 16.802 y 19.689/72.

<sup>31</sup> Reserva Natural Formosa, decreto-ley 17.916; Monumento Natural de los Bosques Petrificados, decr. 7.252/54, ratificado por leyes posteriores. El art. 2° de la ley 24.192 considera que la “reserva natural Lanín” integra el dominio público nacional. Es la solución correcta.

<sup>32</sup> Decretos-leyes 18.594/70 y 20.161/73. En los lugares de protección legal más intensa el Servicio Nacional de Parques Nacionales ejerce un control amplio de recursos naturales, incluyendo no sólo la tierra sino también el agua, la fauna, flora, etc. y cuenta con fuerza pública propia, el Servicio Nacional de Guardaparques.

<sup>33</sup> FAO, *La reforma agraria en Italia. Realizaciones y perspectivas*, Roma, 1961; C.E.P.A.L., *Problemas y perspectivas de la agricultura latinoamericana*, Buenos Aires, 1965; O.N.U., *Reforma agraria*, Nueva York, 1951; PALERM, ANGEL, *Observaciones sobre la reforma agraria en Italia*, Washington, 1963, p. 99. Ver también nuestro art. “Hacia una concepción publicista de la concesión de tierras,” *RADA*, 7: 27, Buenos Aires.

<sup>34</sup> El art. 75 inc. 17 de la Constitución contempla entre las facultades y deberes del Congreso “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y *propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan*; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

<sup>35</sup> Ver la importante recopilación de jurisprudencia y doctrina nacional de HUALPA, EDUARDO R., “Jueces, pueblos indígenas y derechos,” *LL, Suplemento Constitucional*, 12 de febrero de 2009, pp. 9-20 y sus referencias; CONTARINI, EUGENIA; FAIRSTEIN, CAROLINA; KWEITEL, JUANA; MORALES, DIEGO y ROSSI, JULIETA, “Argentina,” AA.VV., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, p. 27 y ss., esp. pp. 66-70, § 2.2.1, “Derechos de los pueblos indígenas.”

e) A ello cabe agregar las tierras de propiedad pública o privada ocupadas: un régimen especial permite su llamada regularización dominial por los ocupantes.<sup>36</sup>

El gran problema es con todo urbanístico, en los numerosos asentamientos habitacionales en terrenos fiscales o incluso privados, con poblaciones siempre crecientes y construcciones ya en altura, pero que no se ajustan al derecho urbanístico local ni han tenido permiso de construcción expreso de las autoridades nacionales o locales.

De hecho, se están constituyendo poblaciones cuya urbanización física es de tipo medieval, quedando la acción del Estado constreñida a tratar de mejorar la urbanización irregular existente, otorgando energía eléctrica pagada por el Estado, proveyendo diariamente agua potable en camiones cisterna, estableciendo dispensarios, etc., sin poder ya empíricamente recurrir a medidas del pasado, como el desalojo y la destrucción de las viviendas irregulares, salvo aquellas en excesiva altura que amenazan ruina.

## 6.2. Aguas

Lo referente al régimen de las aguas naturales siempre se consideró en el siglo XX básicamente regido por el derecho público, habiéndose acuñado el principio de que todas las aguas *naturales* son públicas,<sup>37</sup> en el sentido de ser necesariamente partes integrantes del dominio público del Estado, por lo tanto inalienables e imprescriptibles. Esta materia ha sido objeto de estudio por el derecho administrativo. Las distintas provincias ostentan sus propios Códigos o leyes de Agua como muestra de esta ubicación metodológica y jurídica del problema.<sup>38</sup>

Pensamos que la razón de ser de que las aguas *naturales* hayan sido casi siempre consideradas parte del dominio público del Estado e insusceptibles de apropiación privada, bajo forma alguna, sin perjuicio de su utilización por permiso o concesión revocables, se debe justamente al haber sido siempre reguladas por esta rama del derecho público, no habiendo participado en su elaboración reciente otras ramas del derecho. Pero hay que tener cuidado de no incurrir en excesos, o de lo contrario se llegaría al extremo de que toda superficie de agua en propiedad privada, incluso construida artificialmente por el propietario,

<sup>36</sup> Se trata de la ley 24.374; ver SAGARNA, FERNANDO ALFREDO, "La ley 24.374 de regularización dominial: una fuente de litigios," *LL*, 1996-D, 975; "Nueva prescripción adquisitiva más breve (inmuebles urbanos que se poseen por tres años con anterioridad al 1° de enero de 1992)," *DJ*, 1996-2-994; "La ley 24.374 de regularización dominial y su implementación en la Provincia de Chubut," *DJ*, 1998-2, 13.

<sup>37</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1971, p. 437: "en materia de aguas el principio general de nuestra legislación es que sean públicas;" BIBILONI, JUAN ANTONIO, *Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino*, t. III, Buenos Aires, 1929-1932, p. 7 y ss. Ver con todo la observación que expresamos en el texto contra una formulación tan dogmática y genérica, contraria al derecho mismo, como explicamos en nuestra *Introducción al Derecho*, *op. cit. supra*, nota 2.

<sup>38</sup> Así Corrientes, Jujuy, Mendoza, Salta, San Juan.

se constituyera supuestamente en propiedad pública de libre acceso a toda la comunidad, algo obviamente contrario al sistema constitucional de propiedad privada que nos rige; lo mismo cabe decir de los sistemas artificiales de riego, los depósitos artificiales de agua para ser utilizados en época de carencia de lluvias, las canalizaciones para el corrimento de las aguas pluviales y obras concomitantes, etc.

Cabe también mencionar el tema de la explotación de los recursos del mar, fuera de las aguas territoriales,<sup>39</sup> y el de los fondos marinos: En ambos temas entramos en el campo creciente del derecho administrativo, ahora de carácter supranacional.

### 6.3. Aire

El dominio público aéreo es también tema del derecho administrativo, no solamente a los efectos de la aeronavegación,<sup>40</sup> sino también por la regulación municipal de las carteleras de propaganda en los altos de los edificios, que perjudican la estética, iluminación y vista urbana; la utilización ilegal del espacio público aéreo para tendido de redes de distintos servicios, como teléfonos, cables, etc.; la contaminación del aire a través de la polución, ruidos molestos o contaminación sonora, etc.<sup>41</sup>

### 6.4. Urbanismo

El régimen jurídico del suelo, el aire y el agua se conjuga en otra rama autónoma del derecho administrativo, el derecho urbanístico.<sup>42</sup>

### 6.5. Minas

Los temas que acabamos de mencionar suelen tener un enfoque de derecho público. La situación es diferente con los minerales; algunos son *ipso jure* de propiedad particular<sup>43</sup> y sólo los de primera y segunda categoría son claramente

<sup>39</sup> El régimen de los permisos de pesca abarca ingentes recursos pero es insuficientemente controlado por el Estado, que no solamente no percibe derechos que guarden relación con la riqueza itícola, sino que además no evita la depredación.

<sup>40</sup> Decreto-ley 20.284/73. A su vez, el tema debe vincularse con la contaminación sonora del ambiente urbano, un tema importante en los aeropuertos ubicados dentro de concentraciones urbanas, cuyo ej. más destacado, pero ciertamente no único, es el Aeroparque de la Ciudad de Buenos Aies.

<sup>41</sup> Ver ALONSO GARCÍA, MARÍA CONSUELO, *El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica*, Madrid, Marcial Pons, 1995.

<sup>42</sup> Ampliar sobre estos temas, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN, *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid, Abella, 1998; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y PAREJO ALFONSO, LUCIANO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, Civitas, 1981; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *Comentarios a la ley sobre régimen del suelo y valoraciones (Ley 6/1998, de 13 de abril)*, Madrid, Civitas, 1998; BERMEJO VERA, JOSÉ (director), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Madrid, Civitas, 1998, 3ª ed.

<sup>43</sup> Art. 2º del Código de Minería, inc. 3º; art. 5º. Ver SILENZI DE STAGNI, ADOLFO, "Clasificación legal de las sustancias," *LL*, 13: 167; PIGRETTI, EDUARDO A., *Código de Minería y Legislación de hidrocarburos*, Buenos Aires, 1969, 2ª ed., p. 14 y ss.

de propiedad del Estado.<sup>44</sup> Ubicados los problemas generalmente sólo en el derecho minero, carecen —deliberadamente— de visión publicista:<sup>45</sup> es así como el Código de Minería es nacional, en lugar de haber códigos locales como podría haberse resuelto, tratándose de un recurso regido por el derecho público y de propiedad de las Provincias. Del mismo modo, el Código de Minería consagra a) normas de *procedimiento* administrativo minero, *prima facie* inconstitucionales por avanzar también sobre el ámbito provincial y b) normas sobre el contrato administrativo de concesión minera.<sup>46</sup> Según este Código las minas de primera categoría deben ser explotadas por particulares,<sup>47</sup> salvo ley expresa en contrario. En la actual tendencia económica hacia la privatización y desestatización, con la sola limitación de la espasmódica respuesta universal ante la crisis *financiera* internacional de 2008/9, esos lineamientos resultan congruentes. La calificación de utilidad pública que el art. 3º del citado Código de Minería les otorga (con el fin obvio de hacer prevalecer el derecho del explotador o concesionario minero por sobre los derechos del superficiario), no puede prevalecer por sobre el derecho de expropiación que a la Nación y a las Provincias les compete de acuerdo con sus pertinentes leyes de expropiaciones. La expropiación de minas se rige por la ley especial pertinente de derecho administrativo y no, a nuestro juicio, por normas o principios de derecho minero o de cualquier otra rama del derecho privado. Fácil es advertir la inconsecuencia de pretender que la expropiación, instituto de derecho público, se rija o limite por normas o principios de derecho privado.

Esas fisuras han ido siendo parcialmente corregidas a través de leyes nacionales dispersas, que han transferido al dominio y manejo de explotación de la Nación distintos minerales de primera categoría: gas, carbón, petróleo, con la llamada nacionalización de los hidrocarburos,<sup>48</sup> yacimientos de diversos minerales,<sup>49</sup> etc. No se ha continuado, en cambio, hacia la nacionalización de otros recursos mineros como el hierro, el cobre, etc., a diferencia de otros países

<sup>44</sup> Código de Minería, art. 2º, incs. 1º y 2º) y art. 7º.

<sup>45</sup> En América Latina prevalece de antaño la concepción según la cual el derecho minero es una rama del derecho privado, como puede verse p. ej. en URIBE HERRERA, ARMANDO, *Manual de derecho de minería*, Santiago de Chile, 1968, 3º ed., p. 11.

<sup>46</sup> Que explicamos en nuestro art. "El contrato administrativo de concesión minera," *JA*, 1980-IV, 714, reproducido en el libro de la A.A.D.A., *Contratos administrativos*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1982, cap. XV.

<sup>47</sup> Código de Minería, art. 9º: "El Estado no puede explotar ni disponer de las minas, sino en los casos expresados en la presente ley." En ese concepto el particular adquiere no un derecho de propiedad en calidad de concesionario, sino en calidad de titular dominial de la cosa: PIGRETTI, *Código de Minería...*, *op. cit.*, p. 37.

<sup>48</sup> "Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República y en su plataforma continental, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional" (ley 14.773 y DL 17.319); OYHANARTE, JULIO, "Régimen constitucional de las fuentes de energía," *LL*, 88: 863, PIGRETTI, *Código...*, *op. cit.*, p. 476 y ss.

<sup>49</sup> También fueron creados por ley diversos entes estatales para actividades mineras, como la Dirección General de Fabricaciones Militares, ley 12.709; Sociedad Mixta Siderurgia Argentina, SOMISA, ley 12.987; Comisión Nacional de Energía Atómica; Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio, YMAD, ley 14.771, etc.

latinoamericanos,<sup>50</sup> y es ya una tendencia no solamente agotada sino incluso revertida con las privatizaciones de fines del siglo XX: hidrocarburos, gas. Pero, en nuestro eterno drama de *corsi e ricorsi*, nadie puede asegurar a comienzos del siglo XXI que no se presenten excepciones, como las que se están produciendo en algunos países del continente como Bolivia y Venezuela, no sin conflicto internacional, por cierto.

## 7. Otras relaciones

### 7.1. Relaciones con el derecho penal

Las decisiones de los agentes de seguridad son actos administrativos cuya presunción de legitimidad, ejecutoriedad, etc., son objeto de estudio por el derecho penal y el derecho administrativo; lo mismo ocurre con el derecho penitenciario, la situación material de las cárceles, etc. Así lo analizamos en su lugar.<sup>51</sup>

La actuación de los organismos de seguridad, tanto policiales como penitenciarios, es también una de las causas más frecuentes de responsabilidad del Estado, tanto interna como internacional. Nuestras fuerzas de seguridad, sobre todo las provinciales, no son instruídas ni equipadas suficientemente para el uso no letal de la fuerza, con las consiguientes pérdidas en vidas personales que cabe esperar de su accionar. La responsabilidad es de las autoridades políticas que no realizan esa instrucción y equipamiento adecuados, ni generan sistemas efectivos de Asuntos Internos que se ocupen del monitoreo directo del accionar policial. El derecho penal sufre, al igual que el administrativo, un crecimiento normativo acelerado<sup>52</sup> y “una confusión de planos —nada inofensiva—” entre el *deber ser* y el *ser* de la ley como fuente normal.<sup>53</sup> El delito cometido por el funcionario es tratado más levemente que el delito de un particular,<sup>54</sup> a pesar de que formalmente las normas sean más severas con el primero. Es el fenómeno que con justeza ha sido denominado “administrativización del derecho penal.”<sup>55</sup> La respuesta a los abusos toma ribetes criticables, en que la única respuesta que imagina el poder político es el pase a retiro, o incluso rotación, de la máxima autoridad de la fuerza y nada más.

<sup>50</sup> En Chile, ver ESCALABALTRA, ENRIQUE, *El dominio del Estado sobre las minas*, Santiago, 1965; BRUNA VARGAS, AUGUSTO, *Evolución histórica del dominio del Estado en materia minera*, Santiago, 1971; NOVOA MONREAL, EDUARDO, *La nacionalización chilena del cobre. Comentarios y documentos*, Santiago, Editorial Quimantú, 1972.

<sup>51</sup> *Infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. V, § 3.3, “El acto policial nulo o vía de hecho y su desobediencia,” pp. 9-10; § 4.3, p. 14-19.

<sup>52</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 15, VI, “Interdisciplinarietà con el derecho administrativo,” 2, p. 205.

<sup>53</sup> ZAFFARONI, *op. cit.*, § 9, II, pp. 95-6, quien recuerda en su nota 121 de la p. 96 la famosa frase alemana del Estado de policía, en 1934: “Antes, no hay pena sin ley ¡Ahora: no hay delito sin pena!” Ello recuerda no solamente las “confusiones” entre ley y reglamento, sino también los que el mismo autor llama “sistemas penales paralelos y subterráneos”: § 3, IV, pp. 23-4.

<sup>54</sup> ZAFFARONI, *op. cit.*, § 35, IV, p. 511.

<sup>55</sup> ZAFFARONI, *op. loc. cit.*

## 7.2 Relaciones con el derecho internacional

Explicamos ya detalladamente en el cap. V, § 5, “No es solamente derecho interno,” pp. V-10/6, que el derecho administrativo no es solamente derecho interno, sino también derecho administrativo internacional, o alguna de las otras denominaciones que se van poniendo sucesivamente en boga, como mundial o global.

Ya hemos visto que existe un creciente régimen jurídico internacional, no solamente en materia de derechos humanos,<sup>56</sup> ambiental,<sup>57</sup> comunitario<sup>58</sup> sino también penal. No importa demasiado dónde ubiquemos temáticamente su estudio, pero sí importa que no desconozcamos el hecho evidente que es cada vez más creciente la cantidad de normas internacionales a las que nos sometemos y que desde luego nos resultan operativamente obligatorias. A veces intentamos incumplirlas, directa o indirectamente, pero las sanciones del derecho y la comunidad internacionales existen y operan. Es creciente también, en efecto, la importancia del derecho penal internacional y la jurisdicción universal<sup>59</sup> en materia de crímenes de lesa humanidad en general,<sup>60</sup> o narcotráfico, lavado de dinero y corrupción en particular,<sup>61</sup> etc.

### 8. Las ciencias jurídicas frente a las no jurídicas

Ya hemos explicado en el cap. I y sus remisiones que la solución de todo problema jurídico comienza por el minucioso y exhaustivo conocimiento de sus circunstancias fácticas: quien no conoce bien los hechos del caso no podrá darles un encuadre jurídico correcto.

Ahora bien, para conocer los hechos del caso, en cada situación son necesarios diferentes instrumentos metodológicos y, a veces, el conocimiento de elementos de diversas ciencias ajenas al derecho.

Si es un caso de mala praxis médica, se deberá conocer acerca del problema médico involucrado; si de un problema de obra pública, entender sus aspectos

<sup>56</sup>Ver p. ej. MONROY CABRA, MARCO GERARDO, *El Sistema Interamericano*, San José, Juricentro, 1993; BUERGENTHAL, THOMAS; NORRIS, ROBERT E. y SHELTON, DINAH, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, Civitas, 1990; VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G. J. H. (dir.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, La Haya, Kluwer, 1998.

<sup>57</sup>Una completa bibliografía en HOLLINS, STEVE y MACRORY, RICHARD, *A Source Book of European Community Environmental Law*, Oxford, Clarendon, 1995.

<sup>58</sup>Ver GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, ENRIQUE (dir.), *Jornadas sobre derecho administrativo comunitario*, Madrid, Montecorvo, 2001; SCHWARZE, JÜRGEN, *European Administrative Law*, Londres, Sweet and Maxwell, 1992.

<sup>59</sup>LATTANZI, FLAVIA y SCHABAS, WILLIAM A. (dir.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Teramo, il Sirente, 1999.

<sup>60</sup>ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2002 y sus referencias.

<sup>61</sup>Ver también nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción,” *JA*, número especial de derecho administrativo del 20-XII-01.

técnicos; si de una factura de servicios públicos, cómo se determina ella y así sucesivamente. Cada uno de esos aspectos técnicos es muy complejo pero absolutamente decisivo para la resolución del caso y por ende para el abogado. Este es uno de los desafíos de la práctica profesional y una de las fuentes que nos enriquece en el conocimiento general, al propio tiempo que en el trabajo profesional específico. El jurista debe comprender también el fenómeno no jurídico y *hacer comprender* el suyo al no especializado en derecho; debe señalar qué es aquello que el derecho ofrece como poco menos que inmutable (p. ej., las bases constitucionales, el debido proceso, la justicia y razonabilidad, etc.) y qué es lo susceptible de cambio (p. ej., a través de una reforma legislativa o jurisprudencial); qué es, por fin, aquello que puede usarse como instrumento más o menos dócil en diversos sentidos posibles. El desentendimiento entre las ciencias jurídicas y no jurídicas parte, por un lado, de una errada creencia de los no juristas de que el derecho debe ser *mero instrumento* de las técnicas o ciencias no jurídicas, absolutamente maleable para cualquier cosa que el técnico quiera hacer<sup>62</sup> y, por otro lado, de una cierta deformación profesional del jurista, que tiende a ofrecer la solución normativa que en el momento es circunstancialmente aplicable, por existir alguna norma legal o reglamentaria, etc., que en el caso así lo indica, como la *única solución viable*. La garrafal confusión que viene del derecho romano, donde los jurisconsultos se quejaban de CÍCERÓN, que venía a “confundirlos” con los hechos, o a querer torcer la disputa “jurídica” en una disputa “de hecho y prueba,” sigue hoy en pie tal como entonces.<sup>63</sup>

También, a veces, se viste bajo forma de principio jurídico lo que no es sino el preconcepto social, económico, político, etc., del operador del derecho. En rigor de verdad, el derecho en su conjunto ni es mero instrumento de las técnicas ni es tampoco “objetivo último de la sociedad humana;” tiene, eso sí, ciertos principios o valores que integran la base incommovible de una sociedad en que existe la justicia, pero tiene también y en gran parte, principios que pueden modificarse y adecuarse a las circunstancias de hecho. Esa adecuación, para el jurista, consistirá en una reforma legislativa o reglamentaria, o en la reinterpretación de una norma concreta a la luz de principios jurídicos superiores.

Es esta posibilidad de interpretación y reforma lo que el jurista debe hacer comprender al no jurista, para que éste no crea que el derecho es nada más que

<sup>62</sup> Ejemplo de esta concepción encontramos en MOSHER y CIMMINO, *op. cit.*, p. 58: “se ha llegado a alterar la finalidad propia del Derecho, que en lugar de concebirse como medio se concibe como objetivo último de la sociedad humana y de su desarrollo.”

<sup>63</sup> El error persiste hasta el presente. En un libro muy trabajado de WATSON, ALLAN, *The Spirit of Roman Law*, Atenas y Londres, The University of Georgia Press, 1995, que indica estar impreso en los Estados Unidos de América, sin otras referencias, se encuentran 14 caps. destinados a la explicación del sistema según los jurisconsultos, y un Anexo A, “Cicero the Outsider,” p. 195, a explicar el diferendo con CÍCERÓN. Por nuestra parte, sin ninguna pretensión de originalidad, hemos tomado partido por la opción de CÍCERÓN, que es la de IHERING y tantos otros, pero no del mundo académico en general, en nuestra *Introducción al Derecho* en sus diversas versiones que citamos en la nota 2.

un esquema rígido, una suerte de camisa de fuerza en la cual se quiere encapsular la realidad.<sup>64</sup>

### 8.1. *La solución técnica y la solución jurídica*

También debe el no jurista abandonar la creencia, a menudo divulgada, de que una reforma legislativa o constitucional es la clave de todos los problemas; por el contrario, el dictado de una ley es nada más que el punto de partida para la solución; luego tendrá que venir el administrador, el economista, el experto en ciencia de la administración, el sociólogo, psicólogo, etc., a proporcionar los instrumentos que realicen la tarea propuesta: sin ellos, la ley aislada nada podrá hacer de efectivo para lograr el objetivo deseado. Si se trata de la reforma de la Constitución, *mutatis mutandis* el problema es el mismo: la sociedad debe convencer al Congreso para que dicte leyes reglamentarias atendiendo a una mira de largo plazo de la sociedad; no a las circunstancias y conveniencias políticas del gobierno de turno. Por lo demás, lo reconozca o no el abogado, lo cierto es que sus razonamientos “jurídicos” estarán siempre teñidos y orientados por sus concepciones no jurídicas. De allí que en toda cuestión que involucra una valoración técnica, o de oportunidad o conveniencia, o económica, etc., el no jurista debe procurar poner especial énfasis en llevar al conocimiento del jurista precisamente los aspectos, informes y elementos no jurídicos de la discusión. Frecuentemente encontrará que la oposición del abogado a encontrar una solución jurídicamente admisible a un problema, se desvanece cuando se logra convencerlo de la racionalidad, conveniencia, utilidad, etc., de la solución práctica cuyo encuadre jurídico se busca. Muchas veces la oposición de un jurista a una solución técnica, si bien aparece fundada externamente como oposición de índole jurídica, derivada de textos constitucionales o legales, etc., en realidad no constituye sino una manifestación extrínseca de su falta de convicción acerca de la razonabilidad de la solución técnica propuesta.<sup>65</sup> En cuanto al abogado, va de suyo que no hará buena interpretación jurídica toda vez que no conozca adecuadamente los aspectos no jurídicos del problema, bajo sus fases reales y dentro de las concepciones y principios de las demás ciencias jurídicas.<sup>66</sup>

Por último, debe tenerse presente que el derecho ha sufrido una profunda evolución en los últimos tiempos, abarcando dentro del análisis jurídico consideraciones sociológicas, políticas, etc., que lo alejan enormemente de la clásica interpretación exegética que buscaba el principio jurídico en la mera interpretación gramatical de un texto legislativo. Se vuelve así al criterio clásico de preferir los principios por sobre las normas. La existencia o la carencia de ley no

<sup>64</sup> Ampliar en CASSESE, SABINO, *Cultura e política del diritto amministrativo*, Bolonia, 1971, p. 61 y ss., 169 y ss.

<sup>65</sup> Ver ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, EUDEBA, 1963, cap. IV, pp. 105-51.

<sup>66</sup> Ampliar *infra*, § 9 y ss.

es óbice para que se reconozca y aplique un principio jurídico; el texto legal es la base pero en modo alguno un rígido precepto que deba ser interpretado sólo y exclusivamente de acuerdo con sus más mínimas expresiones. Esta tendencia a ajustarse demasiado al texto de la ley, con todo, no es atribuible principalmente a los juristas, sino más bien a quienes, por razón de su profesión, tienen un conocimiento menos acabado del funcionamiento del derecho.<sup>67</sup>

## 8.2. *Derecho administrativo y economía*

Otra de las grandes cuestiones que necesariamente afecta al derecho administrativo, es la inserción del Estado en un orden económico mundial. Han quedado en el siglo XX problemas tales como empresas públicas nacionales y multinacionales,<sup>68</sup> bancos oficiales, intervencionismo económico, planificación,<sup>69</sup> etc. Perfilan para el siglo XXI, el derecho de la concurrencia o competencia,<sup>70</sup> la integración económica,<sup>71</sup> la interacción recíproca de los sistemas económicos, la caída de barreras aduaneras y proteccionismos industriales,<sup>72</sup> el análisis de costo-beneficio de las decisiones jurídicas,<sup>73</sup> las instituciones de la estabilización,<sup>74</sup> etc. Fundamentalmente, es el fenómeno de la globalización de la economía, que algunos han comparado, en cuanto hecho inmanejable, al agua, el ruido, el viento. Por momentos parece una tempestad; un posible camino sería algún modelo de integración semejante a la Unión Europea actual y futura.<sup>75</sup>

También en el orden interno existe una clara influencia de la economía en el derecho administrativo. Una manifestación de ello puede advertirse en materia de contrataciones administrativas y ejecución de los compromisos asumidos por el Estado en dichos acuerdos,<sup>76</sup> entre otros temas de crucial importancia como equilibrio fiscal, superávit fiscal, etc.

<sup>67</sup> Nos remitimos a nuestra *Introducción al derecho*, Buenos Aires, FDA, 2001.

<sup>68</sup> Ver p. ej. WHITE, EDUARDO y HERRERO, FÉLIX, *Estudio de la legislación aplicable a las empresas de capital multinacional en áreas de integración económica*, Buenos Aires, INTAL, 1970; KAPLAN, MARCOS, *Aspectos políticos de la planificación en América Latina*, Montevideo, 1972, etc.

<sup>69</sup> Nuestros libros *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, México y Buenos Aires, Macchi, 1973; *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, EJV, 1981. No hemos hecho ulteriores ediciones por ser un tema que ha quedado irremisiblemente en el pasado.

<sup>70</sup> Ver, entre otros, ORTIZ-ÁLVAREZ, LUIS A., *Antitrust, competencia y contencioso administrativo*, Caracas, Sherwood, 2001.

<sup>71</sup> Ver *supra*, caps. II, IV, VI y sus remisiones.

<sup>72</sup> Con una importante excepción en el rebrote en la necesidad de intervenir y regular, o incluso nacionalizar temporariamente, el sector financiero internacional ante la crisis financiera de 2008/9. Es un fenómeno cuya evolución futura habrá de seguirse con atención.

<sup>73</sup> La bibliografía es actualmente muy abundante. Una orientación introductoria en BUCHANAN, JAMES M. y WARNER, RICHARD E., *Democracy in Deficit*, San Diego, Academic Press, 1977.

<sup>74</sup> CAMELLI, MARCO (dir.), *Le istituzioni nella recessione*, Bolonia, Il Mulino, 1984.

<sup>75</sup> Ver nuestros arts. "Primero: crear el Banco Central Interamericano," *LL*, 2002-D, 1453; "G8, UE, FMI, Argentina," *LL*, 2002-E, 927.

<sup>76</sup> Ver y ampliar en VEGA, SUSANA ELENA, "Política, Economía y Derecho: las tres dimensiones de la contratación administrativa," en AA.VV., *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 153-8.

### 8.3. *Derecho administrativo y ciencia de la administración*

Se discute en los textos de derecho administrativo si la llamada “ciencia de la administración,” que comprendería el estudio de los aspectos no jurídicos de la administración pública (problemas de organización y métodos, dirección de personal, liderazgo administrativo, etc.) es o no una ciencia separada de nuestra disciplina jurídica, siendo que ambas tienen el mismo objeto de estudio.<sup>77</sup>

En realidad, si bien puede tal vez abrigarse alguna duda acerca de si efectivamente la ciencia de la administración ha alcanzado el carácter de “ciencia,”<sup>78</sup> creemos que no puede dejar de reconocerse que de *hecho* tiene la más plena autonomía frente al derecho administrativo. La autonomía de una disciplina se presenta casi siempre *ex post*, como un hecho consumado, cuando aparecen obras que analizan sistemáticamente el problema con un método propio, etc. y esto ya ha ocurrido ampliamente en el caso de la ciencia de la administración, por lo que su autonomía nos parece lograda.

No decimos pues que la ciencia de la administración sea una parte del derecho administrativo, ni que el derecho administrativo sea una parte de la ciencia de la administración, lo que tampoco tendría sentido. Se trata de disciplinas diversas, que estudian cada una distintos aspectos de un mismo fenómeno: y como el fenómeno es único, no pueden ignorarse mutuamente, so pena de no aprehender en su plenitud el objeto de su estudio.

No se trata tampoco de que el análisis jurídico deba comprender el análisis no jurídico; ni de que un libro de derecho administrativo deba en cada problema hacer una consideración acerca de los aspectos no jurídicos de la cuestión. Pero sí decimos, en cambio, que la faz no jurídica de cada problema debe ser *tenida en cuenta* por el jurista que lo analiza, a fin de trabajar con bases lo más reales que sea posible.

Todo problema jurídico puede siempre tener algún margen de duda o incertidumbre: el jurista la resuelve tomando en cuenta no sólo consideraciones de derecho positivo, sino también políticas, sociales, económicas, etc.; a ello debe agregarse la consideración de *eficacia* y ésta es propia de la ciencia de la administración.

De lo contrario, el derecho administrativo estará siempre condenado a tener un grave divorcio con la realidad, ofreciendo supuestos principios jurídicos que son causa directa de ineficacia administrativa y poniendo obstáculos jurídicos a las reformas administrativas que se necesitan, o sosteniendo principios que de hecho no tienen aplicación práctica o vigencia real, con lo cual coexisten a

<sup>77</sup> Comp. DIEZ, *Derecho administrativo*, t. I, *op. cit.*, p. 28 y ss.; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 152 y ss.; GASPARRI, PIETRO, *La scienza della amministrazione*, Padua, 1959, p. 47 y ss.; FRITZ MORSTEIN MARX (editor), *Verwaltung - Eine einführende Darstellung*, Berlín, 1965.

<sup>78</sup> Duda ésta que tomada estrictamente también hace cuestionable el carácter de “ciencia” del derecho administrativo: ver *supra*, cap. V, § 1, “Poder o función. Autoridad o libertad.”

veces el ordenamiento jurídico administrativo y la administración formal, con un parasistema jurídico administrativo y una administración paralela.<sup>79</sup>

En la práctica, el administrador muchas veces se acostumbra a pensar que lo importante es la pequeña regla y no los principios,<sup>80</sup> que el abogado es el que pone trabas, no el que da soluciones, lo que no responde a una supuesta naturaleza de la ciencia jurídica, sino a que se la aplique y se la utilice con prescindencia y alejamiento de la ciencia de la administración.

Una ciencia de la administración —muy primitiva, por cierto— surgió ya con el cameralismo, mucho antes del nacimiento de la disciplina del derecho administrativo;<sup>81</sup> posteriormente queda relegada a un segundo plano, al nacer con pujanza el derecho administrativo: es la época en que se estudia conjuntamente ambas materias, pero con un neto predominio de esta última.

En este siglo y particularmente en los últimos años, se han separado: el derecho administrativo sigue, hoy todavía, siendo rama dominante para el estudio de la administración pública,<sup>82</sup> pero su vieja autoridad comienza ya a resquebrajarse, como lo hace a autoridad misma de quienes utilizan o abusan de sus transnochadas concepciones.

El avance de los estudios de ciencia de la administración en el mundo va despertando la conciencia de que la solución jurídica no es *la* solución del problema administrativo, sino sólo una de las facetas de él y tal vez no la más importante. Por lo demás, una obvia razón de extensión determina la importancia cuantitativa del estudio de estas disciplinas: el derecho administrativo cuenta con dos o más cursos en muchas Universidades, pero nunca llegará a poder comparar su estudio con las carreras universitarias en administración pública que ya existen en varias partes del mundo, que otorgan título de *master* o de doctor en *administración pública* exclusivamente.

### 9. *Perspectivas futuras de combinación del derecho administrativo con otras ciencias: la estadística*

Las normas a veces no reflejan la realidad de un país determinado. Determinarlo requiere del jurista, en primer lugar, una actividad tan simple como leer cuidado-

<sup>79</sup> Lo explicamos en *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 3ª reimpresión 2001; *L'Amministrazione parallela. Il "parasistema" giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987.

<sup>80</sup> Ver *supra*, cap. VI, § 4 a 16 y nuestro libro *Introducción al Derecho*, op. cit., cap. I y II. Ver también nuestras glosas al libro de NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 78-80.

<sup>81</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1966, 4ª ed., p. 169.

<sup>82</sup> Como dicen MOSHER, FREDERICK C. y CIMMINO, SALVATORE, *Ciencia de la administración*, Madrid, 1961, p. 58, "constituye motivo de perplejidad [...] el hecho de que el Derecho Administrativo haya debido asumir el monopolio de los estudios de administración pública por falta de otras perspectivas." Un enfoque distinto en JIMÉNEZ CASTRO, WILBURG, *La reforma administrativa, la reforma del estado y la privatización de instituciones, empresas y programas públicos*, San José, EUNED, 2000.

samente los diarios del día y del fin de semana, preferiblemente independientes. Muchos errores cometidos en el campo del derecho se hubieran resuelto bien si el que los resolvió hubiera sabido leer los diarios, lo que no es tarea fácil. Pero eso es solamente un piso mínimo de conexión con la realidad.

Existen además otros modos más sofisticados de acercarse a la realidad, aunque este análisis forma parte de otras disciplinas, como ciencia de la administración, estadística, sociología, economía, etc. Ello no libera al iusadministrativista de conocerlas, o intentar conocerlas,<sup>83</sup> antes de formular los principios que utilizará en base al derecho positivo vigente.<sup>84</sup>

La estadística puede ser un valioso instrumento de conocimiento de la realidad jurídica. Si existe, p. ej., un principio constitucional en virtud del que el pago de la indemnización expropiatoria debe ser previo, debe investigarse a través de la estadística jurisprudencial de un grupo de años, cuánto se ha tardado concretamente en pagarla en los casos en que ha habido litis sobre el monto de la indemnización. La conclusión estadística puede negar valor de realidad al principio constitucional. Lo mismo puede ocurrir con la garantía constitucional de acceso a la justicia, que muy pocos tienen, de hecho, frente a la administración pública. Aun sin recurrir a datos estadísticos normales, a veces la mera historia de precedentes jurídicos en los últimos dos o tres siglos puede dar indicios fácticos de utilidad en el presente.<sup>85</sup>

Si hay, p. ej., un recurso jerárquico o un recurso extraordinario de inconstitucionalidad o una acción de amparo, el abogado debe también saber a través de estudios estadísticos (que habrá de realizar al efecto), cuánto tarda en ser resuelto cada uno de ellos, en qué porcentaje de casos —sobre la base de un número de casos estadísticamente significativo— el recurso o la acción fue resuelto en forma favorable a las pretensiones del interesado, en qué porcentaje de casos fue rechazado por razones formales, etc.

Si los plazos reales de resolución final son muy largos, o los porcentajes de admisión del recurso muy bajos, es esto también un elemento de juicio empírico que el abogado debe conocer cuando trata de uno u otro de tales acciones o recursos, para elegir cuál interponer, si recurrir o no, etc.

Del mismo modo, para determinar con mayor grado de aproximación a la realidad cómo funciona el mecanismo de protección judicial a los derechos

<sup>83</sup> Ampliar en GARCÍA VALLÉS, RICARDO, "La investigación jurídica y la necesidad de relacionarla con otras ciencias," *Anuario de la Academia de Doctores*, Barcelona, 1974, p. 101 y ss.; MUNNÉ, FEDERICO, "La colaboración profesional y la investigación interdisciplinaria como necesidad actual," *Anuario...*, *op. cit.*, p. 79 y ss.

<sup>84</sup> BATIFOL, HENRI, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1964, p. 69: "articulación de lo normativo con lo real y la investigación empírica." Ver también PIAGET, JEAN, "Problèmes généraux de la recherche interdisciplinaire et mécanismes communs," en *Tendances principales de la recherche dans les sciences sociales et humaines*, París, 1970, p. 559 y ss.

<sup>85</sup> Lo explicamos en "Emergencia residual en la deuda pública interna (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991)," *LL*, 1995-C, 839, reproducido como cap. V de nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. V.

individuales, puede hacerse un muestreo estadístico de un número de años determinado, para establecer en cuántos casos se condenó al Estado y en cuántos no, cuántas veces las costas se impusieron al Estado, cuánto tiempo tardó en resolverse cada litigio en las distintas instancias (primera, Cámara y Corte), cuántas veces se aplicó la Convención Americana u otros tratados de derechos humanos, etc.

### 10. *La psicología y sociología*

Del mismo modo, el conocimiento concreto del comportamiento de la administración pública es absolutamente indispensable para el hombre de derecho.

Saber cómo opera la psicología administrativa en general y de cada funcionario público en particular: qué piensa, qué lo halaga, qué lo enoja o enfurece, o a qué le teme, son todos elementos de juicio a ser tenidos en cuenta. Tal vez haga falta recurrir, como en otros países, a profesionales de otras disciplinas para que nos ayuden a descifrar este tipo de enigmas.

Conocer la sociología del comportamiento administrativo, para determinar si la administración funciona de acuerdo con la organización formal que se refleja en los organigramas de cargos y funciones, o si existe una organización informal, que al margen de la formal, es la que efectivamente se encuentra en operación. A quién recurrir en procura de una solución al caso administrativo no es pues sólo una pregunta de derecho administrativo positivo (“el funcionario competente”) sino también una pregunta de práctica empírica: Quién puede hacer lugar al pedido, o incidir para que se haga lugar; sea o no el funcionario competente.

Saber *cómo* pedir algo es una cuestión en parte de práctica de recursos (forma de redacción, forma de presentación, estilo, etc.) y en parte de psicología: Un reclamo imperioso, una intimación, una ligera pero perceptible presión, un pedido cordial, o una petición discreta; hasta una sumisión abyecta para quienes carecen de principios democráticos y dignidad personal,<sup>86</sup> etc., llegando al torvo pero frecuente delito de corrupción a través de “negociaciones.”<sup>87</sup> Todo varía según la empresa, la organización institucional o el destinatario del pedido; el individuo o letrado que formule el pedido; asimismo afecta el tipo de presentación, estilo, contenido, etc.

La realidad es, pues, multifacética e inagotable.<sup>88</sup> No hay libro alguno que pueda orientar al abogado o estudiante acerca de todos los aspectos o aristas que la realidad le puede presentar: solamente puede advertírsele que no debe

<sup>86</sup> A veces el peticionante debe moderar sus actitudes; otras superar temores, evitar “el miedo a la autoridad,” la “falsa creencia en la autoridad” y crear un “conocimiento crítico” como “primer ciudadano.” Ver ZIMMERMANN, THEO, *Keine Angst vor Behörden*, Gütersloh, 1964; e *infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, cap. X, “El procedimiento administrativo en la práctica.”

<sup>87</sup> No toda negociación es corrupción, desde luego, pero no hay corrupción sin negociación.

<sup>88</sup> Nos remitimos a lo expuesto en nuestras glosas a NIETO, *op. loc. cit.* y también al desarrollo del cap. I, “El método en derecho” del presente vol. y del cap. I, “La prueba de los derechos” del t. 2.

olvidar nunca de investigar y tratar de conocer y aprehender esa realidad empírica, simultáneamente con la realidad normativa, antes de empezar a esbozar soluciones, elegir vías, etc.<sup>89</sup>

### 11. *La matemática*<sup>90</sup>

Esta es una cuestión compleja, quizás por la complejidad de los medios técnicos, que suelen incluir complicadas fórmulas y cuadros, no siempre de indubitable sustento fáctico.

En todo caso, la pretensión de cuantificar los resultados de un análisis jurídico cualquiera, tropieza con la dificultad de querer obtener la precisión de la *matemática*, cuyo lenguaje está constituido por símbolos casi siempre definibles con exactitud, partiendo de elementos provistos por el *derecho*, cuyo lenguaje es el lenguaje ordinario o natural, por lo tanto, afectado por las notas distintivas de la vaguedad, ambigüedad y textura abierta.

Ya recordamos que el lenguaje natural, incluso el “técnico” o “científico” usado por los especialistas del derecho, se halla afectado por la característica común denominada “textura abierta del lenguaje,” a resultas de la cual no puede lograrse nunca una precisión en las definiciones, en las palabras, o en los símbolos, salvo que se construya un lenguaje nuevo y totalmente artificial: *Supra*, cap. I.

A pesar de ello, siempre será de fascinante interés considerar las posibilidades de aplicación de la matemática al derecho y el posible desarrollo del análisis cuantitativo de las decisiones de tipo jurídico, así como otros problemas de naturaleza similar, que lindan entre la noción de “ciencia del derecho” y la de una nueva ciencia que algunos prevén: la “jurimétrica.”<sup>91</sup> El tiempo transcurrido desde estas primeras impresiones no sólo parece haberlas confirmado sino al revés alejado de la realidad posible de la toma de decisión en los casos de derecho, que son siempre casos y no reglas generales. Se ha revalorizado nuevamente, a nuestro entender, no sólo este segundo enfoque sino también el popperiano de la conjetura y refutación.<sup>92</sup>

Las alternativas, en todo caso y de seguirse con estos intentos, pueden ser variadas:

a) resolver problemas jurídicos muy complejos a través de la matemática, como sería p. ej. si volcáramos un problema jurídico a la lógica simbólica y de allí lo planteáramos a la computadora;<sup>93</sup>

<sup>89</sup> Nos remitimos a nuestro libro *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 4ª reimpresión, 2001 y el resumen que de él hacemos en la segunda parte del cap. I de este t. 1.

<sup>90</sup> Ampliar en FIEDLER, HERBERT, *Derecho, lógica, matemática*, traducción de EUGENIO BULYGIN y ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Buenos Aires, 1968.

<sup>91</sup> Ver LOEVINGER, LEE, “Jurimetrics: The Methodology of Legal Inquiry,” en la Revista *Law and Contemporary Problems*, vol. XXVIII, Durham (Carolina del Norte, EE.UU.), publicada por la Duke University, School of Law, n° 1, 1963, p. 5 y ss.

<sup>92</sup> Tal como lo hacemos *supra*, cap. I, y en nuestra varias veces citada *Introducción al Derecho*.

<sup>93</sup> LOEVINGER, *op. cit.*, p. 32; FIEDLER, *op. cit.*, p. 56.

b) poner “una serie de cuestiones que son susceptibles de investigación, a la prueba de la investigación,”<sup>94</sup> investigar “la estructura y las dimensiones de toda la experiencia que es relevante para el derecho.”<sup>95</sup>

c) En su faz mas simple, es la mera consulta a un CD-ROM de información jurídica o a una base de datos *on line*. Navegar por la Internet puede ser una variante de los juegos de *Play Station* o una búsqueda eficaz de datos jurídicos y no jurídicos: Todo está en el usuario.

En estos aspectos, se tratará de considerar la posibilidad de que sobre la base de los criterios jurídicos que se enuncien, se efectúe una investigación empírica para determinar de *qué manera y en qué áreas ellos se manifiestan en acciones o disposiciones concretas*; los resultados pueden a su vez manejarse de diversos modos: estadísticas,<sup>96</sup> índices porcentuales,<sup>97</sup> mapas diversos,<sup>98</sup> etc.

d) Una cuarta alternativa podría constituir una variante simplificada de la primera, a la cual se agregaría alguna de las facetas de la segunda: *plantear el fenómeno jurídico en un esquema lógico simplificado* y reducido a lo elemental, para facilitar su manejo más exacto y para permitir su comprensión y utilización por los no juristas, que a su vez podrán sobre la base de él elaborar cualquiera de las alternativas mencionadas. En suma, es fácil advertir cómo el campo de relaciones se puede extender ampliamente, cubriendo zonas que antes parecían estar distanciadas.

Por nuestra parte, lo más que hemos podido hacer hasta ahora es introducir los cuadros elaborados p.ej. por economistas, al texto de un escrito jurídico, para mejor explicar al lector de derecho lo que ha sido antes explicado por el expereto de que se trate.<sup>99</sup> No hemos podido acceder a utilizaciones más sofisticadas de las matemáticas o la lógica en el razonamiento jurídico y más bien creemos que el camino del jurista es diverso.<sup>100</sup> Lo que sí se ha tornado más que indispensable es el desarrollo de las múltiples indispensables habilidades que hay que actualizar

<sup>94</sup> LOEVINGER, *op. cit.*, p. 34. P. ej., analizar el comportamiento real de las normas jurídicas.

<sup>95</sup> LOEVINGER, *op. cit.*, p. 35: no es un “derecho mecanizado,” ni busca “súbitas revelaciones de leyes universales” sino aportar información comprobada acerca de los fenómenos jurídicos. Una posición más ambiciosa puede verse en FIEDLER, *op. cit.*, pp. 50-60.

<sup>96</sup> Puede verse al respecto ULMER, S. SIDNEY, “Quantitative Analysis of Judicial Processes: Some Practical and Theoretical Applications,” en *Law and ...*, revista citada, p. 164 y ss., 167. Ver también *supra*, § 9, para algunos ejemplos.

<sup>97</sup> P. ej., los índices de densidad de construcción autorizada por el ordenamiento jurídico, o el índice de presión tributaria, etc.

<sup>98</sup> Así como pueden volcarse a mapas datos sanitarios, educacionales, habitacionales, industriales, agrícolas, ganaderos, etc. y así como están volcados a mapas los datos políticos de las demarcaciones territoriales de las distintas entidades estatales, también pueden volcarse a mapas otras informaciones relevantes sobre problemas jurídicos.

<sup>99</sup> Un caso típico es nuestro artículo “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), Serie de Estudios

<sup>100</sup> Nos remitimos a la explicación más completa de nuestra *Introducción al Derecho*, ya varias veces citada en cualquiera de sus tres ediciones en papel y la versión en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)

pérmamente en materia de informática. Su desarrollo ha sido explosivo en los últimos años y si nos quedamos atrás, perdemos.

### 12. *Derecho y lógica simbólica*<sup>101</sup>

La misma reflexión actual, producto en definitiva de continuar viviendo y reflexionando sobre todas estas cuestiones, nos ha impedido obtener beneficio del empleo de la lógica simbólica. La circunstancia de que el derecho se exprese a través del lenguaje natural, impreciso y cargado de valoraciones, y de que el jurista no quiera *ni deba* renunciar a esa flexibilidad de su disciplina, no lleva fácilmente a que se puedan reducir los planteos muy largos o muy complejos a varios elementos fundamentales que pueden manejarse independientemente de la riqueza de contenido que puedan tener. Esto es lo que intentaba hacer la lógica simbólica cuando se la aplicaba a enunciados jurídicos,<sup>102</sup> y ella ayuda frecuentemente a evitar razonamientos falsos en que el jurista puede incurrir, abrumado precisamente por aquella riqueza de contenido que quiere manejar simultáneamente con el razonamiento lógico.<sup>103</sup> Pero a veces es la intuición creadora, más el recurso a la falsación a través de la crítica y la autocrítica, el medio en que se producen las decisiones de los operadores jurídicos.

El sueño casi de ciencia ficción de que pudieran resolverse problemas jurídicos por procedimientos automáticos de computación,<sup>104</sup> ya no parece realista.<sup>105</sup>

### 13. *Graficación de problemas jurídicos*

Como ejemplo modesto de lo expuesto, puede señalarse la posibilidad de resumir en un gráfico el desarrollo lógico de determinado problema jurídico, lo que ya hemos hecho en algunas oportunidades: pero ellas concitaron la crítica de los lectores en anteriores ediciones, en el sentido que atentaban contra la reflexión crítica del lector y al final las hemos eliminado concretamente de todas nuestras publicaciones posteriores, este tratado incluido.

Ello no quita que si un problema jurídico cualquiera es susceptible de diversas soluciones, pueden verse éstas a “variables” y “alternativas” jurídicas, que pueden luego volcarse a tablas comparativas, cuadros de doble entrada, etc.,

<sup>101</sup> Para la relación entre lógica simbólica y matemática véase FIEDLER, *op. cit.*, p. 33 y ss.; ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO, *Normative Systems*, Viena-Nueva York, Springer Verlag, 1971.

<sup>102</sup> Ver p. ej. KLUG, ULRICH, *Lógica jurídica*, Caracas, 1961, p. 41 y ss.; WEINBERG, OTA, *Rechtslogik*, Viena, 1970; TAMMELO, ILMAR, *Outlines of modern legal logic*, Wiesbaden, 1969; KALINOVSKY, GEORGE, *Introduction à la logique juridique*, París, 1965.

<sup>103</sup> Ver p. ej. los razonamientos “a fortiori” y “a pari” en ALCHOURRÓN, CARLOS E., “Juristische Schlüsse «a fortiori» und «a pari»,” en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1965, cuaderno n° 41.

<sup>104</sup> Ver LOEVINGER, *op. cit.*, p. 32. Desde luego, también el problema jurídico puede ser planteado a la computadora electrónica de otros modos. Ver p. ej. KORT, FRED, *Simultaneous Equations and Boolean Algebra in the Analysis of Judicial Decisions*, revista citada, p. 143 y ss., especialmente p. 158.

<sup>105</sup> “Una [...] axiomática no puede pretender fundar, ni menos reemplazar la ciencia experimental correspondiente”: JEAN PIAGET, *Psicología de la inteligencia*, Buenos Aires, 1955, p. 45.

donde sea más fácil y objetivamente analizable el problema jurídico en cuestión; hasta el puro y simple gráfico, cuadro sinóptico, cuadro comparativo, etc., utilizado por el operador del derecho para ayudar a la comprensión de una cuestión compleja de derecho, muestra las maneras que tiene el derecho de apoyarse en otras técnicas o métodos no jurídicos, pero científicos y útiles.

#### 14. *Indicadores e índices jurídicos*

De igual modo y para trabajos o investigaciones de mayor envergadura, pero no de tanta complejidad como para requerir el apoyo de la lógica simbólica o de la computadora, pueden elaborarse “indicadores” jurídicos, esto es, factores que representan o miden algún aspecto importante de un problema. También es cierto que la popularización de las computadoras y sus métodos de trabajo pueden pronto tornar obsoleto todo análisis de la realidad que no utilice sus recursos. A su vez, asociando diversos indicadores, pueden encontrarse índices de conjunto o sintéticos que reflejan más integralmente la totalidad de la problemática.

Si bien los indicadores e índices a elaborarse dependerán siempre de la naturaleza del problema considerado, su utilidad metodológica habrá de residir, en general, en lo siguiente: *a)* descomponer al problema bajo análisis en sus elementos fundamentales; *b)* facilitar con ello el razonamiento y manejo de esos elementos y por ende del problema total; *c)* mostrar más concretamente al no jurista las consecuencias y proyecciones fácticas que tiene un problema o una regla de derecho; *d)* permitir el procesamiento científico, técnico o empírico de los datos jurídicos. En este último aspecto es donde surge la mayor posibilidad de riqueza en la investigación, ya que permite apartarse del dogmatismo jurídico que a veces persiste en algunos juristas y acercarse totalmente a la realidad.

La ventaja es que los indicadores pueden procesarse empíricamente con finalidades diversas, según sea la investigación de que se trate y lo que con ella se quiera obtener, p. ej. los que enunciamos en el parágrafo siguiente.

#### 15. *Procesamiento estadístico*

Tomando como indicadores, en los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la condición personal del individuo inculpado (extranjero, negro, simpatizante comunista), varios autores pudieron elaborar índices que reflejaban, en un grado estadísticamente significativo, el grado de discriminación de sus miembros. Se halló así que la mayoría de los miembros del tribunal habían votado *a favor* del inculpado en un alto porcentaje de casos (hasta el 97 %, en algunos jueces), mientras que la minoría había votado en contra, en un porcentaje igualmente significativo desde el punto de vista estadístico.<sup>106</sup>

<sup>106</sup> Ver KORT, *op. cit.*, p. 67 y sus referencias de la nota 11. Es lo mismo que, de otro modo, explicamos en nuestras glosas a NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico, op. cit.*, pp. 78-80.

Estudios de esta índole, sirvan o no como base de predictibilidad de decisiones futuras,<sup>107</sup> permiten en todo caso un mejor conocimiento de la realidad jurisprudencial y una crítica empíricamente fundada del derecho viviente.<sup>108</sup>

### 16. Cuantificación

Tomando como indicadores los distintos impuestos, tasas, derechos y contribuciones a que está sometido el habitante de una región o área determinada y estableciendo su relación con los servicios prestados a la colectividad y el producto bruto regional, puede elaborarse un índice cuantitativo que indique porcentualmente cuál es la presión tributaria a que está sometido el habitante de esa región. Del mismo modo pueden cuantificarse muchos problemas jurídicos, en su faz empírica.

### 17. Procesamiento cartográfico

Tomando como indicadores las normas aplicables, sea porque potencialmente pueden dictarse ciertas disposiciones, sea porque realmente se han dictado y elaborando índices de conjunto o comparativos, puede también encontrarse que una región tiene áreas de disímiles características; esto puede por lo tanto volcarse a mapas, tal como ocurre con los datos de producción, crecimiento físico de la aglomeración urbana, servicios, etc.

Pueden superponerse mapas traslúcidos de diversas jurisdicciones concurrentes, de prestadores de servicios públicos, etc. y tratar de obtener conclusiones creativas al respecto. A su vez, este procesamiento cartográfico puede efectuarse con la finalidad de buscar “áreas homogéneas,” señalar la influencia del derecho en polos de desarrollo o centros de depresión;<sup>109</sup> utilizarse en el estudio del desarrollo de determinadas regiones, o en la viabilidad de regiones que comprenden determinadas provincias, etc.

### 18. Almacenamiento de datos jurídicos<sup>110</sup>

En los primeros tiempos de la informática hicieron su aparición en el mercado las bases de datos impresas y utilizables en CD-ROMs, pero han resultado mucho más eficaces tanto la Internet y la *cloud computing* como el almacenamiento en el disco rígido de la computadora, con el auxilio de técnicas de búsqueda

<sup>107</sup> En la opinión afirmativa KORT, *op. cit.*, p. 168.

<sup>108</sup> Esto importa ver el derecho desde otro ángulo, como explicamos en *Introducción al derecho*, *op. cit.*

<sup>109</sup> Existe un mapa del Consejo Federal de Inversiones, donde se grafican las zonas de seguridad de fronteras, las áreas de jurisdicción de parques nacionales, etc., lo que da una visión espacial diferente de la división política. Ver GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, *La región*, tesis inédita, La Plata, 1972.

<sup>110</sup> ALLEN, L. E., BROOKS, R. y JAMES P. A., *Automatic Retrieval of Legal Literature: Why and How*, New Haven, 1962. La bibliografía y tecnología se actualizan constantemente. Hay sitios en Internet donde puede encontrarse la última actualización.

en ella como el gratuito Google Desk<sup>111</sup> u otros. Una guía de bases de datos jurídicos de derecho administrativo se encuentra gratuitamente disponible en internet.<sup>112</sup> Por lo demás, el procesamiento electrónico de datos aparece también como importante en el desenvolvimiento de la actividad administrativa, pues es una realidad la creciente utilización de computadoras para el manejo de la voluminosa información impositiva, previsional, etc., que el Estado y la sociedad moderna necesitan. La Corte Suprema tiene en soporte magnético sus fallos<sup>113</sup> y así sucesivamente: resta ordenar el conjunto legislativo-reglamentario-jurisprudencial y ponerlo a disposición fácil y accesible,<sup>114</sup> en términos económicos, del usuario. Es el mínimo aporte que el Estado puede hacer al dogma<sup>115</sup> de que el derecho se supone conocido por todos, ya que ha hecho de todos modos gran parte de las inversiones necesarias. Es un deber de buena fe hacia la ciudadanía y ciertamente una obligación de publicidad y transparencia de los actos estatales, que ya debe transformarse en condición de su exigibilidad.<sup>116</sup>

En lo que hace a la jurisprudencia, será indispensable incorporar los fallos completos a las bases de datos, porque los “sumarios” de doctrina de las revistas no son siempre fiel reflejo de lo resuelto sino mera repetición de *dicta* sin autoridad jurisdiccional.<sup>117</sup> Sin embargo, los intereses no necesariamente coincidentes de las editoriales con los intereses de sus clientes y del público en general, hace que con frecuencia, imitando al Boletín Oficial de la Nación, en lugar de publicarse los datos completos, sólo hacen un enunciado general por ej. de la

<sup>111</sup> Hoy en día parece indispensable realizar una búsqueda en las bases de datos públicas privadas que se encuentran en Internet, en cada caso de estudio, para bajar al disco rígido la información que día a día se va generando en relación al trabajo específico de cada uno. Parece indispensable, en derecho administrativo, **bajar esta obra completa al disco rígido** y hacerla clasificar por *Google Desk* u otro medio que se elija, para evitar la más difícil búsqueda cap. por cap., que supone primero saber de qué cap. se trata para buscar la información del caso; tampoco es tan difícil, desde luego, armarse una carpeta en la PC con todos los índices de cada t. acumulados en un sólo documento. Hoy en día estudiar un caso supone hacer esas labor previa de detección informática de toda la información existente, so pena de caer en imperdonables olvidos involuntarios. Pero hay que estar preparado de antemano organizando la información, o se gastará más tiempo del necesario en cada caso concreto.

<sup>112</sup> Para una guía seleccionada y actualizada de ellos, por lo que interesa al derecho administrativo, consultar el sitio gratuito **www.todoadministrativo.com.ar**

<sup>113</sup> **www.csjn.gov.ar**

<sup>114</sup> Se está pues, a nivel de principios, en la línea que señalara GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., “La publicidad de las normas a través de Internet como estándar mínimo para que sean aplicables,” *Res Publica Argentina*, RPA 2008-3, 55-79. Pero como él mismo explica, los principios sufren un fuerte desmentido en la práctica de algunas jurisdicciones, p.ej. los Municipios de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>115</sup> Lo que cabe reputar que todos debemos conocer y no podemos transgredir impunemente por ignorancia son los principios jurídicos: buena fe, no autocontradicción, no dañar al otro, etc. Ver *Introducción...*, *op. cit.*

<sup>116</sup> Alguna eventual exageración encontramos en el sector energético, donde las normas se publican solamente por Internet y toman nota como si fuera un expediente en un Juzgado.

<sup>117</sup> Nos remitimos al cap. V, “Cómo leer una sentencia” de nuestra *Introducción al derecho*, *op. cit.*, antes publicado en *Actualidad en el Derecho Público*, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001 y en *Revista universitaria La Ley*, año III, n° 4, agosto de 2001, pp. 9-21.

doctrina o el sumario del fallo, y remiten a la oficina de atención al cliente de la editorial o , en el caso del Boletín Oficial de la Nación, a la Sede del Boletín Oficial, una sólo dirección en Capital Federal para todos los habitantes del país. Es, realmente, absurdo.

### 19. *Otras perspectivas*

En realidad, las perspectivas de combinación del derecho administrativo con otras ciencias y con otros métodos, no tienen más limitaciones que las de nuestra imaginación, pero no es demasiado lo que se ha progresado en las últimas décadas. Debe abandonarse el prejuicio que todas las ciencias tienen hacia su propia autonomía, pues muchos de los grandes progresos científicos de la historia se han logrado por la asociación de disciplinas aparentemente dispares, hasta ese momento.<sup>118</sup> “En la organización de los estudios especializados superiores, ha habido tal vez un poco de exceso en el énfasis de la importancia de estudios vinculados. La continuada asociación de materias vinculadas puede a veces, al igual que el casamiento de parientes consanguíneos, conducir a la esterilidad. El entrecruzamiento de materias disímiles, en cambio, puede producir un efecto revitalizador.”<sup>119</sup> Esto es también así en la ciencia jurídica.<sup>120</sup>

Desde luego, esto requiere una particular individualidad y aptitud creadora, y además “asegurar la adecuada distribución de energía entre el proceso de recepción y la actividad de tipo elaborativa. La distribución desproporcionada de tiempo a lo primero es probablemente la falla más seria en los métodos comunes de estudio”<sup>121</sup> y, por consiguiente, de investigación.

### 20. *Enfatizando cuestiones de método*

Venimos de explicar las relaciones del derecho administrativo con otras disciplinas jurídicas y no jurídicas. Es un capítulo que por lo general no recibe demasiada atención de parte de los estudiantes o estudiosos, y sin embargo hace al contexto de un problema y por lo tanto a su adecuado encuadre. Por ello nos parece oportuno reiterar y si acaso enfatizar o puntualizar algunas cuestiones de método.

Lo que sigue está dicho, pero sin mayores explicaciones ni detalles, en un conjunto de lugares dispersos.<sup>122</sup> Pero siempre parece necesario recomenzar y enfatizar. Para hacer una nota a fallo, un artículo de doctrina, una tesis, un

<sup>118</sup> Así se dio gran ímpetu en el siglo diecinueve a la psicología, que desde siglos estaba en íntima conexión con la filosofía, al asociarla en cambio con los estudios biológicos.

<sup>119</sup> MACE, C. A., *The Psychology of Study*, Londres, 1963, p. 72.

<sup>120</sup> En la que el “casamiento consanguíneo,” en la expresión de MACE, es muy frecuente. Todavía hay quienes piensan que el verdadero “jurista” es aquel que “sabe” derecho civil, penal, etc. Pero más importante es asociar disciplinas diversas al derecho, para un verdadero progreso jurídico.

<sup>121</sup> MACE, *op. loc. cit.*

<sup>122</sup> *El método en Derecho, op. cit.*; glosas al libro de NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico, op. cit.*; *Introducción al Derecho, op. cit.* cuyas cuatro versiones citamos *supra*, nota 2.

tratado, el camino es siempre el mismo. Por supuesto, de a poco y con mucha perseverancia. Pero, ¿por dónde se empieza? ¿Cómo se sigue?

### 20.1. *El método tradicional y una variante más útil, para la primera etapa*

Según los consejos tradicionales de los teóricos de metodología (una contradicción) de la investigación, se empieza recopilando material y bibliografía, estudiando el marco teórico, etc., y luego formulando la primera hipótesis y de allí continuando. La cantidad impresionante de candidatos a doctores que no presentan la tesis, e incluso de cursantes de postgrado que aprobaron absolutamente todo pero sólo les falta rendir la tesina y sin embargo tardan años en hacerlo, ilustra acerca de la falta de realismo y utilidad del método.

A poco de empezar yo trabajé de otra manera y lo consulté con un profesor de metodología de la investigación, amigo y compañero de trabajo, profesor precisamente de metodología de la investigación científica, hace algunas décadas. Él me dijo que lo mío no violaba ningún canon de investigación seria, y que no tenía nada de criticable, aunque parecía *prima facie* mas engorroso que el sistema tradicional. No era así. Veamos ahora qué tiene de positivo y cómo funciona.

Creo que si primero leemos todo lo que hay, inevitablemente nos quedamos “empantanados” porque se nos hace muy difícil decir algo creativo. Es lo que me pasó con mi tesis doctoral, que hice con una beca en 1958-9 y me pareció debía justificar el trabajo real, el tiempo materialmente empleado y pagado por la sociedad.

Todos los materiales posibles están allí, y la tesis resultante no era publicable ni fue publicada nunca, aunque muchos la citan precisamente porque tiene todo el material hasta su fecha. A mí, ni el material me ha servido. Casi diría más, es un tema que por haberlo estudiado de más y por añadidura mal, constituye un “agujero negro” en mi vida: algo de lo que yo jamás podré sacar nada verdaderamente útil. Sobrepasé los límites, quemé motores.<sup>123</sup>

Ese fue mi principal error de método en la vida; viendo su fracaso y habiendo hecho otras cosas de otra manera, cambié de método. En los demás casos, *siempre empecé primero por una idea escrita y la fui trabajando en papel hasta el punto en que no tenía nada más que corregirle o agregarle*. Ello (no tener nada más que corregirle o agregarle a un pequeño puñado de páginas, o a una página sola) no es una medida del acierto objetivo del trabajo que contiene la primera idea, sino simplemente del cansancio o la pérdida de interés o la pérdida de imaginación creativa sobre el mismo tema. No importa cuál sea el motivo, hay que parar esa etapa cuando no se nos ocurre nada más, por lo que fuera, no importa que sea el cansancio o la falta de tiempo.

<sup>123</sup> Por eso recomiendo a todo doctorando que su guía debe ser su ulterior lector anónimo, cuando publique la obra, no el jurado que en un momento determinado habrá de juzgarla; lo mismo vale para cualquier otra pieza de investigación, hasta una monografía o una tesina.

Esa primera etapa *incluye pedir críticas y consejos a amigos profesionales*:<sup>124</sup> nadie se tomará el trabajo de hacer por nosotros la investigación que todavía no hicimos, pero nos dirán qué puntos no les gustan de nuestro desarrollo argumental. Por supuesto, esto supone una ética de la reciprocidad en la cual uno esté también dispuesto a criticar el borrador de otro cuando lo mande con pedido de críticas o sugerencias. *Hay que agradecer hasta la coma que nos sugieren*: no lo hice en los primeros años de mi vida adulta, cuando publiqué mis primeros libros, y es un error. Las críticas, ideas o sugerencias de los demás pueden no gustarnos o convencernos, pero *tienen la inmensa virtud de hacernos pensar nuevamente sobre lo que hicimos*, de volver a despertar el interés y la curiosidad y eventualmente corregir y mejorar lo que ya redactamos, sea rebatiendo la idea que nos han alcanzado, o explicando mejor lo que escribimos para que no dé lugar a la crítica que nos han hecho; sea, obvio, incorporando la idea que nos dan y dando vuelta la nuestra. Si uno tiene un curso en la Facultad, lo mejor es dárselo a los alumnos con la obligación de hacer una crítica por escrito. No hay mejor crítico, ni más detallista lector, que un alumno que quiere aprobar: él supone que debe ser él que no entendió bien, no que el profesor se equivocó, y por eso su crítica será mucho más esmerada aún.

### 20.2. *La etapa de la investigación tradicional*

Recién cuando nos quedamos sin amigos y sin alumnos que nos den ideas sobre nuestro primer borrador no estudiado pero sí tan pensado como hayamos podido y cuando nos quedamos también sin ideas que agregar o enmendar a ese primer borrador, llega el momento de la investigación sistemática y “seria,” en el sentido vulgar y tradicional de la palabra. **No debe faltar**, el problema es *cuándo* la insertamos en el proceso creativo. La respuesta formal y decidida: *jamás al comienzo*, jamás antes de tener bien escrita y trabajada la idea que queremos investigar.

### 20.3. *Qué debe estar antes de empezar*

¿Qué es lo que está al comienzo, antes de ningún proyecto y ninguna idea? Pues, la lectura por placer, la investigación por curiosidad, la información que adquirimos no utilitariamente sino porque nos place. Ese es el único marco teórico que debemos tener de entrada. Eso es no solamente lo que leamos de derecho

<sup>124</sup> Categoría cuya designación invento, pero que existe en la realidad. Son todos aquellos con los cuales no necesariamente compartimos fines de semana, ni salidas conjuntas de matrimonios, ni extrañamos demasiado cuando no nos vemos, pero con los que estamos construyendo una relación de confianza, comprensión, respeto y perdón recíprocos. Con quienes tenemos lazos de solidaridad académica, científica, laboral, ciudadana. No les pediremos ni prestaremos dinero, sino que les pediremos y les daremos ideas sobre el trabajo que ambos realizamos en la vida. Cada uno de los vols. de este tratado es un testimonio viviente a las redes que nuestros amigos y colegas nos ayudan cada vez a construir.

administrativo o de derecho en general, sino más bien lo que leamos sobre todos los demás campos del conocimiento.

#### 20.4. *Retomando la segunda etapa*

Volvamos a la segunda etapa, luego que se tiene un borrador trabajado hasta el cansancio de una posible idea, de un proyecto de nota, tesis, etc. Difieren los gustos y las versiones sobre qué es una investigación sistemática y seria. Durante quince años, más o menos, hasta que comencé el tratado y tenía ya todo bastante armado, mi método en la segunda etapa consistía en seleccionar un libro de cada país muy distinto al nuestro, p. ej. un alemán y/o un austríaco y un inglés, y tres libros de las comparaciones clásicas, un francés, un italiano, un español; hoy en día agregaríamos otros derechos como el canadiense, el derecho comunitario europeo, etc. Los digo todos juntos para no ser oscuro, pero el orden de lectura no era en modo alguno conjunto, sino secuencial. Primero leía el libro alemán y/o austríaco, detallada y cuidadosamente, en aquel par de páginas en que trataba lo contenido en mi primer borrador de ideas sin investigación. Modificaba mi borrador con las citas a favor o en contra que correspondieren a ese par de páginas del libro alemán, focalizando bien la tarea, y dejando definitivamente de lado el libro alemán o austríaco una vez terminada esta primera reelaboración. Por lo tanto la lectura y análisis debía ser tan cuidadosa como para que no tuviera que volver nunca atrás a verificar si había leído bien. Haber leído bien cada libro es un *sine qua non* de una investigación exitosa; su *test* supremo, es no tener que leer otra vez algo porque se lo leyó o entendió mal.

Esa primera confrontación entre mi borrador y las páginas pertinentes de un libro alemán no me creaba problemas de timidez ni complejo de inferioridad, o incapacidad espiritual de resolver las cuestiones que el confronte me planteaba: al final de cuentas es un sistema tan distinto y distante, que era obvio que mi borrador sin investigar no podía razonablemente coincidir con el texto alemán investigado. Esa creada situación fáctica supone en el futuro autor una natural predisposición a confrontar cosas razonablemente distintas y necesariamente divergentes. Creada así la situación de confronte, ella hace que sea una discusión espiritualmente pareja, de iguales. No estoy amedrentado por el texto alemán. En todo caso, lo interesante del libro alemán lo recojo y lo anoto, en contra o a favor. Debo desmenuzar el texto alemán, hacer bien y definitivamente esta tarea, no debe quedarme nada sin analizar cuidadosamente.

Con mi primer borrador así enriquecido por mi primer libro extranjero, pasaba al libro inglés. Nuevamente, que mi borrador gordillano-alemán (y no digo argentino-alemán porque aun no había estudiado el punto en el derecho argentino; tampoco suponía esto conocer en el punto el derecho alemán, sino solamente las páginas pertinentes de un libro alemán) fuera muy distinto al libro inglés en las páginas pertinentes, no era motivo de sorpresa ni de inquietud o complejo.

Simplemente son sistemas distintos y es natural que mi borrador no coincida con el libro inglés. Estudio pues detallada y cuidadosamente lo pertinente del libro inglés, modifico mi borrador en lo que a mi juicio corresponda, incluyo las notas que sean del caso, y abandono definitivamente el libro inglés. Si hice bien mi trabajo, no deberé ya nunca volver a esas páginas del libro inglés o del libro alemán; no al menos por necesidad: quizás vuelva por placer, si encontré placer en alguna de las referencias que hice.

#### 20.5. *Siguientes pasos de la segunda etapa*

Sigo con el libro francés, otro muy diferente en derecho público por ser pretoriano su derecho administrativo, luego con el italiano, y termino con el español, el más parecido.

En ese momento mi borrador ha sido confrontado secuencialmente con un autor por vez de cinco distintos sistemas jurídicos. A la fuerza tiene que ser algo original, la mezcla de lo que pensé primero y lo que cada sistema jurídico determinado haya podido influir en ese primer pensamiento. Es posible que mi trabajo esté plagado de errores y desinformación, que deba cambiarlo mucho todavía, que deba rehacer bastante: pero al menos tengo algo sólidamente reflexionado, y comparado con exponentes de varios sistemas jurídicos diversos.

#### 20.6. *Tercera etapa. El primer pulimento*

Ahí es el momento de entrar a algunos autores locales o latinoamericanos según uno tenga material. Dado que voy a publicar en mi país, empiezo por los autores argentinos más obvios, pero siempre de a uno. El proceso con cada autor argentino debe ser tan cuidadoso y definitivo como con el primer autor alemán. Luego pasaré a algunos grandes artículos o notas a fallo. Luego tomaré algo de derecho latinoamericano. En materia de artículos y notas a fallo hay que ser cuidadoso: son trabajos menos elaborados, más temporarios en cuanto a su durabilidad, con el tiempo progresivamente más difíciles de acceder por el lector. Según nos vaya en la investigación, es posible que alguna de nuestras lecturas posteriores nos reenvíe a alguno de los derechos que hemos visto sumariamente. Que exista algún autor clave que no podemos desconocer y que no es el autor que hemos elegido de ese sistema jurídico. Desde luego, deberemos cumplir esta o estas etapas.

#### 20.7. *Cuidados en el pulimento: no citar libros viejos cuando hay ediciones recientes que tienen modificaciones*

Acá sangro por la herida: constantemente veo autores que citan, para dar un ejemplo, *Procedimiento y recursos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Macchi, 1971. ¿Cómo pueden citar ese libro si la legislación cambió en 1972? Solamente

si uno quiere mostrar la evolución o el origen de una idea, o chequear cómo era algo antes, o quién dijo primero algo. Lo mismo pasa con las ediciones de 1963 ó 1969 de *El acto administrativo*.

Estaba un día protestando exasperado ante un magistrado por su manifiesta incomprensión y desconocimiento del derecho y de los hechos del caso, mal resuelto por él. En un momento me dice, “¡Pero doctor, si no hice otra cosa que aplicar lo que Ud. dice en sus obras!” La verdad es que no entendí en el momento a qué se refería y volví a mi casa a revisar todos mis libros. Empiezo por las últimas ediciones y el tema está como yo sostenía y no como el magistrado me había dicho. Ví ediciones de 2001, lo mismo; 1998, igual. Sigo para atrás, lo mismo.

¿Cómo podía una persona con una larga trayectoria en la materia y en la justicia cometer semejante error de lectura?

Exasperado una vez más, lo encontré: El punto estaba como esa persona decía en la 2ª ed., 1971, de mi libro de procedimiento administrativo. Que en el medio hayan pasado varias reformas legislativas, una reforma constitucional y treinta y dos años —¡tres décadas y algo más!— no le habían sugerido mirar ediciones posteriores para verificar si el punto que con tanta seguridad invocaba y creía un principio vigente de derecho, estaba todavía vigente. Pues bien, no lo estaba, no lo está. Cabe puntualizar que la culpa no era del todo suya, un colega publicó posteriormente aplicando el viejo principio y citado nuestra antigua ed. de 1971. El magistrado había leído a ese colega, no a mí, y de allí se había formado una opinión equivocada de cuál era según yo el derecho vigente.

Esos errores son imperdonables en cualquiera, magistrado o no. Un profesor de la materia me confesaba que sigue enseñando por mis libros, pero por la edición que yo le regalé primero. Recién cuando un alumno se lo señaló, advirtió que yo lo citaba profusamente a él mismo en una edición posterior que también le envié, pero no había siquiera mirado. Me resulta incomprensible citar libros antiguos cuando los nuevos están de libre acceso gratuito en Internet. Si no quiere comprar los libros, o el autor no se los regala porque se quedó sin ejemplares, verifique al menos en Internet si lo que cita está igual en la actualidad, o hay jurisprudencia nueva, o legislación nueva, o algo que haya cambiado. No cite irracionalmente libros viejos de derecho nacional sin previamente constatar si el derecho cambió en el punto que invoca.

Una cosa es cansarse luego de mucho estudiar y otra muy distinta cansarse antes de haber estudiado, y estar cansado al momento de publicar. Por favor no se canse demasiado temprano, termine de constatar al menos cuál es el derecho vigente al momento que Ud. escribe. Para eso tiene la Internet y los distintos motores de búsqueda tanto en Internet como su propia PC, si previamente la alimentó del material indispensable. Ignorar el derecho vigente es ocasionalmente una excusa, lo explico en la *Introducción al derecho*,<sup>125</sup> pero por favor no exageremos

<sup>125</sup> Ver también la versión inglesa ampliada *An Introduction to Law*, *op. cit.* en nota 2.

demasiado la ignorancia, sobre todo en los operadores del derecho y en quienes escriben algo sobre derecho, lo que supone tener algo que decir: Si ese algo va contra el derecho vigente, es necesario al menos saberlo, estar consciente de ello, y dar alguna explicación o fundamentación de por qué quiere seguir aplicando derecho derogado. Puede ser mejor el derogado que el vigente, sin duda, pero el autor debe estar en claro y no equivocarse en cuanto a cuál es cuál.

De todas formas, en el supuesto de que me quejo exasperadamente, el magistrado tampoco había mirado los hechos del caso. Su solución, además de ignorar el derecho vigente y citar mal derecho derogado hace décadas, era también irrazonable por desconocimiento de la situación fáctica. Si hubiera prestado atención a los hechos no hubiera cometido el error de derecho en que incurrió, porque se hubiera dado cuenta que una solución irrazonable no puede quedar en pie aunque alguna norma la sostenga. Que en el caso ninguna norma la sostenía, claro está, es ya anecdótico.

Y si lo hizo algún empleado, pues deberá decirle que la próxima vez estudie los hechos del caso y el derecho vigente y aplicable. Al menos los hechos. Como me dijo un excelente magistrado, “Lo que no perdono a los empleados de mi juzgado es que no vean bien los hechos.”

El exceso de trabajo, la necesidad de delegación, no relevan de la obligación de dirigir, organizar y supervisar el trabajo que otros hacen para uno. De otro modo, como le dije al magistrado, simplemente no hay justicia y tenemos que volver a llorar a la administración, a golpear puertas y tocar timbres, todos los viejos vicios de la administración.

#### 20.8. *Acerca del fin de la investigación*

Debemos tener dos nortes de diferente lejanía: Uno, distante e inalcanzable, el norte del amable lector a quien podamos interesar con lo que hacemos. Hacia él debemos apuntar siempre, preguntándonos a cada momento si la cita que hacemos le sirve, si la información que le proveemos es útil, si no la tiene en otro lado ya; si conviene reenviarlo a ver otra cosa en otro lado o resumirla uno mismo en el propio texto. Las decisiones a tomar son miles, el norte uno sólo: el lector anónimo y desconocido de la obra ulteriormente quizás publicada. Si fuera una pieza literaria, una poesía o un drama, pensaríamos estéticamente en la recepción emocional y espiritual del lector o público eventual. En una obra técnica, tenemos que pensar necesariamente en la *utilidad* de nuestro trabajo para ese anónimo lector indeterminado.

Hay hitos en el camino, que son nortes menores a los cuales hay que tratar como tales, como meros trámites, meros momentos de descanso mientras se re-toma fuerzas para seguir el camino hacia el destino o norte eterno y permanente al cual nunca se llegará del todo.

Debemos resolver los hitos como lo que son, momentos de parar un tiempo para retomar fuerzas; o porque, como los caballos, debemos cambiarlos porque se han cansado, o como un coche que hay que hacer entrar a taller para hacer el *service*, o cargar nafta, reparar neumáticos. Una parada en el camino, cualquiera sea su motivo, no es terminar el viaje, es sólo interrumpirlo un tiempo: La entrega al profesor para que apruebe la tesina, o al jurado para que me doctore o me dé el título de especialista, o a la imprenta para que lo publique, o al jurado para que me nombre ayudante de segunda o de primera, profesor titular u honorario, hasta profesor emérito. Un amigo que estudió en el Nacional Buenos Aires me decía que los generales romanos victoriosos desfilaban con su carro triunfal por las calles de Roma, pero llevaban allí un esclavo que al oído les susurraba todos sus defectos.<sup>126</sup> El esclavo susurrando los defectos debe ser uno mismo mirando su propia obra y la red de amigos profesionales que nos ayude a mejorarlo y enriquecerlo.

Cuando saco un libro nuevo o un artículo nuevo lo releo para encontrar sus defectos, que siempre los tiene, e irlos corrigiendo de a poco, que siempre es un trabajo inacabable e inacabado. Cuando entrego un libro a la imprenta inmediatamente abro en la computadora el texto enviado a la imprenta, con un número subsiguiente de edición: empiezo a poner todo lo que encuentro que debí haber hecho distinto en el libro ya irremparablemente en camino al público. La autocorrección es pues un proceso permanente.

En los tiempos de la linotipia, seguía corrigiendo el libro en las sucesivas pruebas de imprenta; en los tiempos de la computadora, el libro sale impreso en papel vegetal, en espejo, directamente para su trabajo de impresión. Ya no hay más corrección posible, ya es el punto de no retorno. Ya es el momento de seguir trabajando con la siguiente edición. Podrá no aparecer nunca, pero ese es el norte verdadero. Entregar la tesina al jurado, presentar la tesis, publicar el artículo, publicar el libro, son meros altos en el camino, descanso de caminante, cambio de caballos, parada técnica. Jamás deben ser el objeto de nuestra investigación ni el norte de nuestro camino.

### 20.9. *Las etapas que siguen*

Con el libro publicado en la mano, allí hay que empezar nuevamente a pedir críticas y sugerencias a los amigos profesionales, a los alumnos, a los colegas; hay que utilizarlas, así sea para refutarlas si nos parecen equivocadas. Si estamos cansados, abandonemos por un tiempo ese camino y tomemos otros. Si el libro se

<sup>126</sup> Como no tengo esa ilustre prosapia, no lo sé. Sí sé que en la serie televisiva de la BBC, *Rome*, el que acompañaba a César en el carro triunfal sostenía sobre su cabeza una corona de laureles y tenía la boca bien cerrada. Conociendo los modernos césares, me temo que la BBC tenga la razón y no el Colegio Nacional Buenos Aires.

agota y no tenemos ganas, simplemente hagamos reimpresiones. Quien se tome el trabajo de ver las fechas de nuestras distintas eds. encontrará largos períodos en que no hemos hecho nada, en cada libro, salvo reimprimirlo. Siempre hay caminos nuevos a recorrer, nortes nuevos a buscar, experiencias enriquecedoras que hacer fuera del ámbito del derecho.<sup>127</sup>

En todos los caminos se empieza igual: pensando algo, escribiéndolo y corrigiéndolo hasta que no tengamos nada más que agregarle o nos hemos cansado y entramos en la etapa de los rendimientos decrecientes; allí seguimos con los alumnos y los amigos profesionales, que nos reinyectarán interés, gusto o pasión. Por supuesto, se pueden tener varios proyectos a la vez y recorrer en distintos tiempos diferentes caminos.

Si sale un borrador con una idea que hemos trabajado, a lo mejor podemos seguir trabajándola ya mismo con las distintas etapas de la investigación, si tenemos el interés y la voluntad de continuar.

O podemos dejarla guardada, como HOMERO o VIRGILIO guardaban ocho años sus poemas, para que decanten, luego repararlos y recién entonces publicarlos, como contaba BIELSA. O tal vez queden siempre metafóricamente en la gaveta, realmente en la PC, en alguna carpeta que siempre deberemos reordenar para poder encontrar lo que buscamos, o recurrir a los motores de búsqueda como el *Google Desk* o cualquier otro que le suceda en el futuro.

Necesitaremos no solamente guardar el material y hacer varias copias que guardaremos en distintos lugares, sino también actualizarnos permanentemente en las necesarias habilidades en el manejo de los buscadores dentro de la propia PC, el que querramos utilizar.

#### 20.10. *Las lecturas complementarias*

Ya lo dije antes: hay que estudiar otras disciplinas diversas y ajenas al derecho, para no caer como dice MACE en el casamiento consanguíneo de las ideas, que lleva a la esterilidad.<sup>128</sup> Hace más de tres décadas un magistrado del Consejo de Estado colombiano me regaló tres libros de MORRIS: *El mono desnudo*, *El zoológico humano* y algún otro. Es la visión de un zoólogo sobre el género humano. Enfoque original, que por supuesto no pretende agotar la comprensión del hombre con la visión zoológica. Pero ¡ay de aquél que piense que puede ignorarla! Lo mismo

<sup>127</sup> En una tal época aprovechamos para hacer teatro, que me ayudó para la expresión corporal y la comunicación eficaz con el auditorio. Ahora trato de leer lo mejor de cuanta disciplina ajena al derecho encuentro, para estar al día sobre el mundo, y acomodarme con mis libros a ese mundo cambiante. Una de las fuentes de información que no descuido es la lectura de las noticias que me interesan en los diarios, especialmente del fin de semana, tanto del país como, cuando viajo, del mundo.

<sup>128</sup> Lo explicamos en *El método en Derecho*, Madrid, Civitas, 1995 y 4ª reimpresión 2001, también de libre acceso en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com), p. 125, nota 64: “No será mejor especialista el que lea o estudie más de su especialidad, sino el que se interese por más disciplinas ajenas a la suya, y ejecute asociaciones de ideas creativas y novedosas.”

pasa con la historia. No hace falta ser historiador para tener que saber *algo* de qué pasó antes de ahora, en el mundo y entre nosotros.<sup>129</sup>

Economía: no se puede repetir dogmas de un Estado que no existe más en el mundo, que fracasó como modelo, y decir a la inversa que eso es un modelo fracasado y que lo nuevo es lo viejo. No, por favor, algo hay que leer, algo hay que actualizarse.

Política: no se puede hablar de la política externa de EE.UU. y no haber leído *La diplomacia* de KISSINGER. No se trata de estar de acuerdo: primero hay que saber algo y entender algo.

Estuve leyendo de antropología y etnografía para un libro que he publicado,<sup>130</sup> y tuve que explicar —para evitar confusiones— que no me había pasado de rama, que estaba escribiendo como abogado para sostener una propuesta institucional, pero me parecía que ella requería, en el caso, el soporte no sólo de la historia, la historia y otras ramas, sino también de la antropología, la etnografía, etc.

Por supuesto que no sirvo de historiador, ni de economista, ni de político, ni de antropólogo, ni de zoólogo, ni de psicólogo, ni de filósofo, ni de médico.

Pero si no estoy al menos medianamente informado de lo que pasa en el mundo, entonces seguramente tampoco sirvo como abogado. *Es para servir como abogado que debo saber algo de todo lo demás: para entender los hechos del caso*, cuyos datos infinitos son inasibles por nuestra limitación humana (LEIBNIZ) y a los cuales debemos por ende dedicar nuestro mayor esfuerzo para cometer tan pocos errores como podamos.

<sup>129</sup> ¡Al menos entre nosotros! Cuatro libros de indispensable lectura por todo argentino culto son, para mí, NEILSON, JAMES, *En tiempo de oscuridad. 1976-1983*, Buenos Aires, Emecé, 2001; GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000, esp. pp. 139-233, que llega hasta 1998; GRAHAM-YOOL, ANDREW, *Memoria del miedo*, Buenos Aires, Fundación Editorial de Belgrano, 1999; LANATA, JORGE, *Argentinos*, Buenos Aires, Ediciones B, 2002; *Argentinos. Quinientos años entre el cielo y el infierno. La edición definitiva*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008. De la actualidad son buenas recopilaciones MORALES SOLÁ, JOAQUÍN, [...] *La política de la desmesura (2003-2008)*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008; CABOT, DIEGO y OLIVERA, FRANCISCO, *El buen salvaje*. [...] *La política del garrote*, Buenos Aires, Sudamericana, 2008. Hemos omitido los nombres o apellidos de las personas referidas, que se encontraban donde aquí están los corchetes.

<sup>130</sup> *The Future of Latin America: Can the EU Help?*, prólogo de SPIRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003.

## Capítulo IX

### LAS FUNCIONES DEL PODER

#### 1. La división de los poderes y la libertad

MONTESQUIEU, partiendo de la hipótesis eterna de que todo hombre o mujer que tiene poder tiende a abusar de él,<sup>1</sup> concibió su teoría de la separación de los poderes:<sup>2</sup> Que el poder contenga al poder, lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se refrenen recíprocamente;<sup>3</sup> ello a su vez se consigue distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos constituidos por personas físicas distintas, entre otros recaudos propios

<sup>1</sup> “*C’est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser: il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites.*”

<sup>2</sup> Ampliar en BOSCH, JORGE TRISTÁN, *Ensayo de interpretación del principio de separación de los poderes*, Buenos Aires, 1944; IMBODEN, MAX, *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung*, Berlín, 1959; MARTÍN MATEO, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1999, 20ª ed., p. 38 y ss.

<sup>3</sup> Es lo mismo que en la doctrina norteamericana, donde se habló antes del sistema de “frenos y contrapesos” y ahora de la fractura del poder. Acerca del significado y finalidad de la división de los poderes como garantía de la libertad, ampliar en VANOSI, JORGE REINALDO A., *Teoría constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1975, pp. 481-3. La realidad argentina es diversa al modelo constitucional, como explicamos en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), *Serie de Estudios*; “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires* **DRA. MARÍA GRACIELA REIRIZ**, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; “La seguridad jurídica y la emergencia,” en AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, coord., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 369-74; “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009; “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Rap, 2009; “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS. Ver también GROS ESPIELL, HÉCTOR, “El control del poder y la democracia. Una reflexión uruguaya,” en el libro de homenaje a MARTINS, *op. cit.*, pp.375-94.

del juego democrático. Ya hemos visto que el sistema se perfecciona hoy en día con más transferencias y hasta fractura del poder, como medio de preservar la libertad frente al poder.

Cómo se realizará la distribución de funciones, es algo que ha sido solucionado de diferente manera en la Constitución de cada país; pero en general la mayoría ha introducido el principio de la separación de los poderes tratando de seguir en lo más importante la triple premisa a que dio lugar la teoría de MONTESQUIEU: *que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni de ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute*. Surge así el germen de los conceptos de Legislación, Administración y Justicia, conceptos que todavía se mantienen en constante elaboración. Precizando el lenguaje se habla ya más de “separación de funciones,” antes que de separación de poderes ya que el poder es uno solo,<sup>4</sup> pero se mantiene el principio de que ella tiene por finalidad coordinar el ejercicio del poder público y evitar que pueda ser fuente de despotismo o arbitrariedad.<sup>5</sup>

Es de cierta importancia recordar que en el pasado a veces se incurría en el error de suponer que la división de poderes significaba que cada uno de los tres poderes era “soberano en su esfera,” es decir que cada poder legislaba, administraba y juzgaba en lo relativo a su propia actividad. Tal concepción es completamente errada, pues lo esencial de la teoría analizada es la división de *funciones* y no sólo la división en *órganos*: una división en órganos no acompañada de una división de funciones no es verdaderamente garantía de libertad ni responde a la finalidad buscada.<sup>6</sup>

De tal modo, la división de poderes significa que cada poder, cada órgano del Estado, tenga a su cargo *una sola función del Estado*; que esto no se realice con perfección en la práctica, no significa *que la teoría misma* pueda ser enunciada en el sentido criticado, de que cada poder deba realizar *las tres funciones* en su propia esfera de actividad. La “división de los poderes” se manifiesta en una “separación de funciones,” transferencia y hasta fractura de poderes y “órganos.”

Se sienta entonces el principio de que para que el poder contenga al poder, para que no exista absolutismo ni la suma del poder público, *es imprescindible que el poder estatal sea ejercido por órganos diferenciados, cuantos más mejor*. El Estado tendrá así diversos tipos de órganos: legislativos, judiciales, administrativos<sup>7</sup> y

<sup>4</sup> Con todo, por tradición, se sigue llamando “poderes” a los órganos básicos del Estado: “Poder Legislativo,” “Poder Ejecutivo” y “Poder Judicial.” Respecto a la crítica a la concepción tradicional, ampliar en XIFRA HERAS, JORGE, *Curso de derecho constitucional*, t. II, Barcelona, 1962, p. 120.

<sup>5</sup> En igual sentido, posteriormente, MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 35.

<sup>6</sup> GIACOMETTI, ZACCHARIA, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, t. I, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1960, p. 37 y ss.

<sup>7</sup> Este es el esquema tradicional, recogido p. ej. en CNCONT.ADM, SALA IV, *Pampa Grande*, 11 de julio de 1996, con cita de ELÍAS DÍAZ, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1969, p. 31 y ss.; Rodríguez, Gerardo Walter, sala I, 29-XI-92.

autoridades administrativas independientes, con una tendencia progresiva a la fractura múltiple del poder como garantía de libertad. Los órganos legislativos son las cámaras que integran el Congreso de la Nación;<sup>8</sup> los órganos judiciales se destacan por constituir órganos *imparciales* (ajenos a la contienda) e *independientes* (no sujetos a órdenes de ningún superior jerárquico acerca de cómo deben desempeñar su función específica); los órganos administrativos, a diferencia de los judiciales, se caracterizan por ser órganos estructurados jerárquicamente, esto es, que dan o reciben órdenes: no son, pues, independientes.<sup>9</sup>

A ellos se agregan las autoridades administrativas independientes: Los excesos no han venido nunca de manos del poder judicial o legislativo, sino siempre del ejecutivo; por ello es a éste que se trata de quitar poder y transferirlo a autoridades independientes de su control.

## 2. Soluciones y dificultades existentes

Todo sería sencillo si las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional estuvieran respectiva y exclusivamente a cargo de los órganos legislativo (Congreso), administrativos (órganos dependientes del Poder Ejecutivo) y judiciales (órganos independientes). Pero las dificultades surgen de que ello no es así; de que cada órgano no se limita únicamente a la función que le corresponde y que, por lo tanto, la separación de funciones en cuanto atribución de éstas a órganos diferenciados, se realiza tan sólo imperfectamente; a lo que cabe agregar que constitucionalmente existen órganos administrativos que realizan funciones administrativas pero son, o al menos tienen la directiva constitucional de ser, tan independientes e imparciales como los órganos judiciales. De allí también la dificultad en hallar la noción que identifique plenamente a cada una de las funciones estatales.

En efecto, la práctica y la doctrina han ido elaborando soluciones para casos concretos, antes que lineamientos generales convincentes. Es por ello que si en algunos casos puede afirmarse pragmáticamente con certeza de qué tipo de función se trata, en los más la duda es inevitable y permanente.

De las soluciones existentes veamos p. ej. los actos y hechos que realiza el Congreso. Se conviene en que su actividad de control sobre el Poder Ejecutivo (investigaciones, pedidos de informes, venias, autorizaciones, etc.) es actividad administrativa; lo mismo se admite para otras labores propiamente ejecutivas del mismo cuerpo: así, todo lo referente a la biblioteca (organización, funciona-

<sup>8</sup> Y este tema, como señala VANOSI, puede en definitiva reducirse a una opción: creación autocrática o creación democrática de las leyes (pp. 487 y ss., 497 y ss.); ver *supra*, cap. I, § 5, “Las «leyes» que no son leyes,” e *infra*, cap. VII, § 5.3., “Los decretos-leyes o así llamadas «leyes» de los gobiernos de facto.”

<sup>9</sup> Como dice MERKL, ADOLF, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1935, p. 59, los órganos administrativos están regidos por relaciones de dependencia que se traducen en “el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior.” Esto también tiene importancia para determinar si una autoridad administrativa es o no independiente.

miento, compra de libros y de material, ficheros, etc.), a la imprenta (adquisición de material, edición de los diarios de sesiones, venta de éstos, etc.), al servicio de la confitería (el otorgamiento de la concesión respectiva, su control, etc.) y en general al nombramiento, dirección y remoción de los empleados del Congreso. Estos actos, que *orgánicamente* (es decir, en razón del órgano que los dicta) son legislativos, *materialmente* (en razón de su contenido) son entonces administrativos.

Lo mismo ocurre con el Poder Judicial: cuando éste nombra y dirige o remueve a sus empleados, cuando alquila sus locales o los adquiere, cuando compra libros, edita fallos, adquiere papel, tinta, etc., evidentemente realiza actividad materialmente administrativa, a pesar de no ser un órgano administrativo sino judicial el que la ejecuta.

No se soluciona el problema con afirmar que estas actividades son “seudoadministrativas”<sup>10</sup> y que tan sólo presentan una cierta “ semejanza ”<sup>11</sup> con la actividad administrativa *stricto sensu*, pues es obvio que ninguna diferencia intrínseca podrá encontrarse entre el acto de nombrar un ordenanza para el Palacio de Justicia o el acto de nombrar un ordenanza para el Ministerio del Interior; entre el acto de pedirle un café al primer ordenanza o de pedírselo al segundo; entre el acto de adquirir papel y lápices para una oficina de tribunales o el acto de adquirirlos para un Ministerio del Poder Ejecutivo. Pero el problema no termina allí: a más de esa innegable identidad material entre la actividad administrativa del Poder Judicial y del Congreso con respecto a la que realiza el Poder Ejecutivo, existe una identidad de régimen jurídico que es decisiva.

No puede afirmarse que los actos de tipo administrativo de los poderes Legislativo y Judicial “están al margen del régimen jurídico administrativo,”<sup>12</sup> a menos que se entienda por tal, sólo y exclusivamente, las normas positivas que son de aplicación a la administración central. En el derecho administrativo argentino, son sus principios los que se aplican a las actividades administrativas de los tres poderes, e incluso en algunos casos las mismas normas positivas son comunes.

No debe llamar a engaño el que a veces haya distintos textos normativos de aplicación a una u otra actividad, si el régimen sigue siendo el del derecho administrativo: no porque haya un régimen jurídico básico de la función pública de la administración pública nacional (central) y otro semejante para el personal de la justicia nacional, p. ej., podrá pensarse que este último no integra ya el derecho administrativo.

Sobre esto y con pocas excepciones hay acuerdo en doctrina; las dificultades más serias comienzan cuando se trata de analizar la actividad de los propios

<sup>10</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Tecnos, 1987, 10<sup>a</sup> ed., p. 37; comparar 4<sup>a</sup> ed., 1966, pp. 26-30.

<sup>11</sup> GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 31 de la 2<sup>a</sup> ed.

<sup>12</sup> GARRIDO FALLA, *op. cit.*, p. 32 de la 2<sup>a</sup> ed. En la 4<sup>a</sup> ed., en cambio, el autor se orienta a una distinción entre “función ejecutiva” y “función administrativa.”

órganos administrativos. Estos órganos dictan actos materialmente similares a los actos legislativos y jurisdiccionales (como ejemplo de lo primero, cuando crean reglamentos, de lo segundo, cuando se deciden recursos jerárquicos presentados por los administrados contra actos de órganos inferiores), pero pareciera predominar actualmente la opinión de que tanto los reglamentos como las decisiones en casos concretos son actividad administrativa a pesar de su similitud con la legislativa y jurisdiccional; la razón de ello está, a juicio nuestro, en que su régimen jurídico es precisamente también el del derecho administrativo.

### 3. *Distintos criterios para conceptuar la función administrativa. Crítica*

¿Es posible hallar algún criterio general que partiendo de esas soluciones llegue a un concepto útil para cada una de las funciones del Estado?

Normalmente se considera que la función legislativa es la creación de normas generales de conducta, imperativas, para todos los habitantes,<sup>13</sup> y que la función jurisdiccional es la decisión imperativa de contiendas entre partes, determinando el derecho aplicable,<sup>14</sup> pero no hay hasta el presente un concepto de función administrativa que pueda ser armonizado con los dos anteriores. Todos los conceptos existentes de “función administrativa” son incompatibles en alguna medida con las otras dos nociones y si bien ello ha sido evidente, los nuevos intentos buscan en general dar un nuevo concepto de función administrativa antes que modificar o precisar específicamente el de función legislativa o jurisdiccional.

En primer lugar, el criterio Orgánico sostiene que la función administrativa es la que realiza el Poder Ejecutivo,<sup>15</sup> criterio insuficiente por cuanto según hemos visto los otros órganos estatales (legislativo y jurisdiccionales) también realizan funciones administrativas.

Luego, el concepto residual o negativo explica, que función administrativa es la actividad estatal que resta luego de excluidas la legislación y la jurisdicción,<sup>16</sup> a lo que se observa que en realidad no resuelve nada, pues si en muchos casos es manifiesto que no hay legislación ni jurisdicción —y por lo tanto sí administración—, quedan muchos más en los que se duda de qué actividad se trata.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Eso es lo principal: los autores agregan detalles como “la permanencia,” “la novedad,” etc., pero ello no quita la claridad del concepto básico.

<sup>14</sup> Al igual que el concepto material de legislación, el de jurisdicción es susceptible de agregados; pero lo principal a efectos de lo aquí tratado es lo ya señalado.

<sup>15</sup> SANTAMARÍA DE PAREDES, VICENTE, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Ricardo Fé, 1903, 6ª ed., p. 34. En cualquier caso, cabe puntualizar en el pasado reciente, un objetable desplazamiento del poder hacia el Poder Ejecutivo, que destaca GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, desde la 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2001, pp. 582-4, continúa en la 2ª y 3ª ed. y mantiene en la 4ª ed., 2008, t. I, p. XVII. (Prólogo a la 3ª ed.) Si bien el proceso se ha acelerado desde el año 2008, existen síntomas sociales y políticos de agotamiento. Habrá que ver si se produce un recambio legislativo suficientemente importante en el año 2009 como para revertir la tendencia normativa y empírica existente.

<sup>16</sup> FLEINER, FRITZ, *Instituciones de derecho administrativo*, Madrid, 1933, p. 7.

<sup>17</sup> Confr. ANTONIOLLI, WALTER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena, Manzschke, 1954, p. 3.

Este criterio, en efecto, solamente puede ser útil en la medida en que pueda precisarse aquello que se excluye: no estando aproximativamente estipulado el concepto de las funciones excluidas, no resulta entonces clara la caracterización o descripción de lo que se identifica como residual.

Ante el fracaso del concepto orgánico y del negativo, se intentó definir a la función administrativa en forma material, como:

a) “la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los fines propios,”<sup>18</sup>

b) “la actividad concreta del estado dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas, de manera directa e inmediata,”<sup>19</sup> “la actividad del Estado dirigida a la creación o prohibición (*Verhinderung*) de algo nuevo en casos individuales,”<sup>20</sup>

c) “una de las funciones del Estado que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas por actos concretos, dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines de la ley,”<sup>21</sup>

d) “La actividad permanente, concreta y práctica, del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran.”<sup>22</sup>

Todos estos conceptos de tipo material y positivo —es decir, que definen directamente y no por exclusión la esencia misma de la función administrativa—, si bien dan una cierta idea de lo que es administración, son imprecisos. Todas esas definiciones, en efecto, conceptúan a la función administrativa como realización de algo concreto en casos individuales —oponiéndola así a la legislación (norma abstracta de tipo general) y a la jurisdicción (norma individual, pero abstracta)—; mas esa noción no es adecuada, por cuanto ya se ha visto que la potestad reglamentaria de la administración integra la función administrativa,<sup>23</sup> siendo que es precisamente lo contrario de las definiciones citadas, pues el reglamento es una norma abstracta de tipo general. Este tipo de definición material a nuestro juicio no puede prosperar, en consecuencia, pues la función administrativa comprende actividades que son materialmente idénticas a la función legislativa (los reglamentos) y a la función jurisdiccional (la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo ante un recurso jerárquico presentado frente al acto de un órgano inferior), tomadas éstas también en sentido objetivo. Finalmente se produce un retorno al criterio orgánico, considerándose que función administrativa es

<sup>18</sup> ZANOBINI, GUIDO, *Corso di Diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1958, 8ª ed., p. 13.

<sup>19</sup> D'ALESSIO, E., *Istituzione di diritto amministrativo*, t. I, Turín, 1949, 4ª ed., p. 17.

<sup>20</sup> JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, Berlín, 1931, 3ª ed., p. 6.

<sup>21</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 660.

<sup>22</sup> MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., p. 43.

<sup>23</sup> MEEHAN, “El concepto de administración pública,” *Cuadernos de los Institutos*, 103: 187 (Córdoba 1969), p. 187, no sortea esta dificultad al definirla como “aquella actividad funcional del Estado que atendiendo a los cometidos de éste, se manifiesta por actos de efectos individuales, conforme al Derecho y sujeta al contralor jurisdiccional.”

aquella parte de la función estatal que es realizada por órganos administrativos, a cuyo efecto se aclara que son órganos legislativos aquellos facultados directamente por la Constitución para dictar disposiciones generales (excluyéndose los reglamentos del concepto de legislación), órganos jurisdiccionales aquellos que aplican el derecho en situación de independencia y órganos administrativos los que se encuentran sujetos a órdenes (*weisungsgebundenen*); con lo cual el concepto final sería: la función realizada por el conjunto de órganos regidos por relaciones de dependencia que se revelan en el derecho a dar instrucciones del órgano superior y en el deber de obedecerlas del órgano inferior;<sup>24</sup> a lo cual se observa lo mismo que a la primera definición: que los otros órganos también realizan funciones administrativas (*supra*, § 2) y que existen autoridades independientes y personas públicas no estatales.

#### 4. *La contraposición del criterio orgánico (o subjetivo, o formal) y el material (u objetivo o sustancial)*

De lo dicho se desprende que, además del concepto negativo (“administración es lo que no es ni legislación ni jurisdicción”), hay dos criterios distintos de tipo positivo que han sido propuestos para diferenciar las funciones estatales: el orgánico y el material o sustancial. Desde el punto de vista orgánico o subjetivo, a veces llamado “formal,” según el acto sea realizado por un órgano jurisdiccional (independiente), administrativo (dependiente) o legislativo (de índole constitucional), nos encontraríamos ante una función de tal o cual tipo; pero este criterio es insuficiente y, tomado a la letra, erróneo, por cuanto en los órganos legislativo y jurisdiccionales también se realizan funciones administrativas.<sup>25</sup>

Desde el punto de vista material, es decir, ateniéndonos a la descripción externa de los actos mismos, serían actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa (o sea, son actos legislativos los que crean normas o reglas de derecho), jurisdiccionales los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable. Y son actos de la función administrativa los que

<sup>24</sup>MERKL, *op. cit.*, p. 59; en igual sentido ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 4 y ss.; GARRIDO FALLA, *op. loc. cit.*; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 99 y ss., p. 106; posteriormente se inclina por un concepto material: “Control judicial de la administración. El proceso administrativo,” *Revista de Derecho Administrativo*, § 1: 11, 19 (Buenos Aires, 1971).

<sup>25</sup>Ver BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2007, pp. 135 y 139, quien resuelve el problema inclinándose por el concepto subjetivo pero aclarando que debe abandonarse esta discusión sobre el concepto de función administrativa en términos de cual es el régimen jurídico aplicable, toda vez que sostiene que las zonas de incertidumbre (caso de las potestades materialmente administrativas del Poder Legislativo y Judicial) actualmente están regidas por normas específicas y por los principios generales del derecho parlamentario o judicial que son comunes con el derecho administrativo. Lo cierto es que es tal diversidad de regímenes jurídicos de los trabajadores del Estado que también los empleados parlamentarios, por ej., tienen un régimen de derecho administrativo: GARCÍA PULLÉS, FERNANDO (dir.), BONPLAND, VIVIANA y UGARTE, MARCELO L., colaboradores, *Régimen de empleo público en la administración nacional*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 58/9.

constituyen manifestaciones concretas (por oposición a abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) de voluntad estatal. Pero atenerse a este criterio es como decir que los tres poderes realizan las tres funciones y que no existe, en suma, división de poderes ni sistema de frenos y contrapesos alguno. Es destruir el sistema constitucional por vía de conceptos y definiciones que lo contrarían y pervierten. En particular, ya explicamos por qué sólo merece jurídicamente (conforme al ordenamiento supranacional) el tratamiento de *ley*, aquella emanada del Poder Legislativo.<sup>26</sup>

Este criterio también es insuficiente, pues ya hemos visto que la función administrativa no siempre se limita a manifestaciones concretas de voluntad. Pero además es erróneo y de una peligrosidad política extrema para la vigencia de un Estado de derecho.

### 5. Insuficiencia de los criterios “*subjetivo*” y “*objetivo*.” Criterio Mixto

Ninguno de estos criterios es de por sí suficiente para distinguir las funciones del Estado, pues hay *a)* actos *materialmente legislativos* que son *orgánicamente administrativos*, típicamente los reglamentos; *b)* actos *materialmente administrativos* que son *orgánicamente legislativos*, tal como las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc. que conceden o realizan las Cámaras; *c)* actos *materialmente administrativos* que son *orgánicamente judiciales*, como las autorizaciones y venias que tienen a su cargo los tribunales; el nombramiento y remoción de los empleados judiciales; la superintendencia ejercida por la Suprema Corte. *d)* Hay además actos materialmente jurisdiccionales que son orgánicamente administrativos, p. ej., cuando el Poder Ejecutivo decide un recurso jerárquico, etc.

Así entonces, en sentido *material*, el órgano administrativo realiza no sólo funciones administrativas sino también legislativas y jurisdiccionales; el órgano jurisdiccional no sólo funciones jurisdiccionales sino también administrativas; el órgano legislativo no sólo funciones legislativas sino también administrativas.

Este entrelazamiento de funciones en sentido material que realizan los órganos estatales demuestra que no puede hallarse un criterio orgánico o material *positivo y puro* para conceptuar cada una de las funciones: es necesario buscar un *criterio mixto*, que combinando elementos de uno y otro tipo pueda ofrecer una noción útil, aunque resulte menos elegante que las demás.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Debe además cumplir otros postulados: *supra*, cap. I, § 5, “Las «leyes» que no son leyes.” Que se siga denominando ley a los actos legislativos de los gobiernos militares es motivo de estupefacción permanente de este autor, como ya lo hemos destacado reiteradamente. Que provenga de gobiernos que se honran de perseguir judicialmente el juzgamiento de sus delitos de lesa humanidad hace todavía más grave la infracción ética que así se comete.

<sup>27</sup> En igual sentido COMADIRA, JULIO R., “Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo,” en su libro *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 115 y ss.

Por ello, al margen de las críticas metodológicas que puedan indicarse a un criterio que pretenda identificar la “sustancia” o “esencia” de la actividad administrativa,<sup>28</sup> para de allí deducir su concepto y su régimen jurídico (siendo que, a la inversa, es del régimen jurídico objetivo que ha de deducirse la caracterización y consiguiente definición a estipularse), debe de todos modos señalarse que no existen elementos definitorios propios y exclusivos de la función administrativa, en el sentido que se pretende. A menos que se opte por decir que el reglamento es función legislativa y el acto administrativo *en todos los casos* función jurisdiccional, resulta obvio que la función administrativa, en el sentido de actividad del Estado regida por el derecho administrativo, se manifiesta no solamente a través de actividad *concreta y práctica* (conducta material), sino también a través de actividad *normativa, general* (el reglamento) o *particular* (el acto administrativo). De nada sirve, pues, decir que se adopta un criterio objetivo o material de función administrativa, si no se puede identificar o caracterizar cuál es el supuesto objeto o contenido de la función administrativa que *ésta y sólo ésta tiene* y del cual *carecen las otras funciones*. La afirmación de haber elegido un criterio material u objetivo es en tales casos vacía o carente de contenido, por cuanto no identifica ni describe adecuadamente el pretendido objeto. Va de suyo que en nuestro modo de ver el problema, dicha identificación o descripción material única no es factible ni de acuerdo al régimen jurídico existente y no es, en consecuencia, útil como noción jurídica.

#### 6. Concepto orgánico-material de función legislativa

Podemos ya observar un dato en este entrecruzamiento de funciones: en materia de *función legislativa* el criterio objetivo o material no designa suficientemente a la función y es necesario agregarle una referencia al órgano respectivo.

Sucede así que el régimen jurídico de la función legislativa se aplica únicamente a los actos que sean *materialmente legislativos y que además hayan sido realizados por el órgano legislativo*. Las imperfecciones temporarias de nuestra actualidad política, en que el desvarío que provoca la perpetua emergencia económico-financiera lleva a un abuso de los reglamentos de necesidad y urgencia no puede elevarse a nivel de principio teórico.<sup>29</sup> Sería tanto como proponer a nivel teórico que la emergencia sea la regla y la normalidad, la excepción. Una cosa es saber ver la realidad actual y otra construir una teoría constitucional de ella. El llamado “derecho descartable” no es, precisamente, derecho.

En efecto, aunque los otros poderes del Estado parecen ejercer también, en ciertos casos, función legislativa, ello no es así desde el punto de vista jurídico.

<sup>28</sup> *Supra*, cap. I, “Lenguaje, método y derecho administrativo” y “La definición de las palabras del derecho administrativo como problema metodológico.”

<sup>29</sup> Abuso que viene acompañado de legislación en idéntico sentido, véase la ley 26.122, y las constantes concesiones que hace el Poder Legislativo, fortaleciendo el rol del PE. No olvidar lo dicho en p.3 “los excesos siempre vienen del PE.”

En el caso del Poder Ejecutivo ello se advierte al considerar los reglamentos: éstos están integrados por normas jurídicas generales emitidas unilateralmente por la administración. Su contenido material es, pues, similar al contenido de las leyes: ambos contienen normas jurídicas generales. Sin embargo, ocurre aquí que el régimen jurídico aplicable a los reglamentos no es en modo alguno el aplicable a la función legislativa.

a) En primer lugar existe una gradación jerárquica entre la ley y el reglamento, a resultas de la cual el segundo está siempre sometido a la primera y no puede contradecirla en ningún caso, pues si lo hace es considerado antijurídico; la ley en cambio puede contradecir lo que expresa una ley anterior, sin ser por ello antijurídica: simplemente deroga la ley a la que se opone.

b) Además, las atribuciones de regular los derechos individuales están conferidas por la Constitución específicamente a la ley (cuando dice en el art. 14: “gozan de los siguientes derechos conforme a *las leyes* que reglamentan su ejercicio”), mientras que el reglamento tiene sólo una función secundaria y supletoria con respecto a la ley. Esta notoria diferencia de régimen jurídico entre la ley y el reglamento demuestra que el concepto *jurídico*, formal, de función legislativa, no puede comprender a los reglamentos, a pesar de que por su contenido sean similares.<sup>30</sup> En un Estado de derecho democrático y liberal los órganos administrativos, pues, no ejercen función legislativa.

En el caso del Poder Judicial la cuestión es idéntica: los reglamentos que en algunas oportunidades dicta la justicia para regir su funcionamiento interno no tienen el mismo régimen jurídico de las leyes ni pueden oponérseles; están pues en una gradación jerárquica inferior y no pueden ser considerados formalmente, desde el punto de vista jurídico estricto, como “función legislativa.” La jurisprudencia tampoco puede considerarse como función legislativa (salvo por extensión en el caso de los fallos plenarios), pues ella no es siquiera una regla general, sino tan sólo la reiteración de un determinado criterio de interpretación del orden jurídico, en cada caso concreto. Por lo demás, la Corte Suprema ha declarado que “el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces, comprensivo de la declaración e interpretación de las normas jurídicas generales vigentes, de su sistematización y de la suplencia de sus lagunas, con arreglo a principios conocidos —art. 16 del Código Civil—, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma. No es lícito a los magistrados judiciales argentinos [...] atribuirse [...] facultades legislativas de que carecen.”<sup>31</sup>

En lo que respecta a los fallos plenarios y su obligatoriedad, hay que distinguir dos aspectos: en lo que hace a *las Salas* que integran la Cámara respectiva y en lo que se refiere a los jueces inferiores.

<sup>30</sup> Ampliar en el cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo.” Conf. LINARES, *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 205.

<sup>31</sup> CSJN, *Fallos*, 234: 82, 98, *Delsoglio*, 1956.

En el primer punto hay simplemente un pronunciamiento jurisdiccional concreto: como las Salas no constituyen tribunales aislados sino que son parte de *la Cámara, es perfectamente razonable que deban ajustarse* a la opinión de la mayoría. En cuanto hace a los jueces inferiores, estimamos que es inconstitucional exigir de un juez que falle de acuerdo a la interpretación del derecho que hace un tribunal superior. Ya ha dicho también la Corte Suprema que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia conciencia de magistrados.”<sup>32</sup> Por ello pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones.<sup>33</sup> La inconstitucionalidad deriva de que viola la independencia del juez, lo que hace a los principios fundamentales de nuestro sistema institucional.<sup>34</sup> Curiosamente, ese mismo argumento es invertido por alguna Cámara que no obstante un fallo de la CSJN declarando la arbitrariedad de un plenario suyo, reclama esa independencia y reitera en consecuencia el criterio, en un fútil enfrentamiento cuyas consecuencias sólo las pagan los justiciables.

Si por el contrario se admitiera la constitucionalidad de los fallos plenarios, la solución no varía, pues en tal caso habría obviamente una delegación del Congreso al Poder Judicial, delegación que estaría destinada a la fijación del “recto” sentido de la ley dictada por el Congreso. En tal alcance, el fallo plenario tendría la misma jerarquía normativa que un reglamento delegado; se dicta en virtud de una ley que delega la facultad pertinente y obliga en la medida en que el legislador así lo ha dispuesto; con ello, resultaría que el fallo plenario, por su carácter normativo delegado y no originario, tendría también contenido de tipo administrativo reglamentario. Lo mismo cabe sostener de las acordadas que dictan los tribunales, que constituyen típicos actos reglamentarios, de contenido y régimen administrativo: están por debajo de la ley y si la violan son antijurídicos.

Desde el punto de vista jurídico, entonces, el Poder Judicial no realiza función legislativa. La conclusión a que arribamos es que la función legislativa en estricto sentido jurídico, es únicamente realizada por el Poder Legislativo. Podemos definir entonces a la función legislativa como “el dictado de normas jurídicas generales hecho por el Congreso.”<sup>35</sup>

En esta definición hay dos elementos: uno material, objetivo, referido a cuál es el contenido de la función (el dictado de normas jurídicas generales); otro

<sup>32</sup> CSJN, *Fallos*, 131: 105-110, *Ferrocarril del Sud*, 1920.

<sup>33</sup> CSJN, *Fallos*, 131: 105-110, *Ferrocarril del Sud*, 1920.

<sup>34</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. I, p. 27 y ss.

<sup>35</sup> De acuerdo al procedimiento previsto en la Constitución para la formación y sanción de las leyes, desde luego, para efectuar así la distinción con los reglamentos meramente administrativos del Congreso, por una parte, y los actos de índole legislativa provenientes de los poderes ejecutivos, por la otra.

orgánico o subjetivo, que aclara que esta función es únicamente realizada por el Poder Legislativo.

### 7. Concepto orgánico-material de función jurisdiccional

En lo que respecta a la función jurisdiccional, el problema se repite en sus partes principales; desde el punto de vista material u objetivo, podemos considerarla como la “decisión con fuerza de verdad legal de una controversia entre partes.” De acuerdo con este primer concepto objetivo, que atiende al contenido de la función, podría parecer a primera vista que ella puede en ciertos casos ser ejercida también por el Poder Ejecutivo o por el Poder Legislativo. En efecto, en ciertos casos el Poder Ejecutivo está facultado por la ley para decidir con fuerza de verdad legal algunas controversias entre particulares, o entre ella misma y los particulares; pero advertimos inmediatamente que lo que allí ocurre es sólo que la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo es *semejante*, materialmente, a la actividad jurisdiccional, sin tener en cambio igual régimen jurídico que ésta.

El régimen jurídico propio de la función jurisdiccional es que la decisión pueda ser *definitiva* y, fundamentalmente, que sea producida por un órgano imparcial (ajeno a la contienda; un tercero desinteresado del proceso) e independiente.<sup>36</sup> Independiente significa no sujeto a órdenes o instrucciones de nadie: Por ello la primera virtud de un juez ha de ser el coraje.<sup>37</sup> Ello nace como exigencia desde el art. 18 de la Constitución, cuando expresa que es inviolable la defensa *en juicio* de la persona y de los derechos. Lo refirma el art. 109 en cuanto prohíbe al Poder Ejecutivo “ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.” Sería inconstitucional, a la luz de estas normas, querer atribuir a la administración la facultad de decidir controversias entre particulares en forma definitiva, sin posibilidad de que éstos recurran ante la justicia.<sup>38</sup> El particular puede renunciar, si quiere, a plantear la cuestión ante la justicia, pero ello no altera la naturaleza de la actividad desarrollada en tal caso por la administración, que sigue siendo típicamente actividad administrativa, sin participar del régimen jurídico de la función jurisdiccional.

Se concluye así, que esas actividades de la administración que materialmente se asemejan a la actividad jurisdiccional, no tienen sin embargo el mismo régi-

<sup>36</sup> Los órganos administrativos carecen también de los atributos típicos de la función jurisdiccional: la *executio*, o el poder de embargar y ejecutar bienes, aunque una muy desafortunada tendencia legislativa pretende darles a los agentes impositivos poder de embargar cuentas bancarias; llamar a declarar testigos bajo apercibimiento de llevarlos por la fuerza pública; que el falso testimonio sólo se configura como delito si es prestado ante órganos judiciales y no ante la administración, etc. En igual sentido DE SANTIS, GUSTAVO JUAN, “Acto administrativo y acto jurisdiccional de la administración,” *LL*, 1988-A, 924.

<sup>37</sup> Ver nuestra glosa al libro de NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 72-4 y 80.

<sup>38</sup> También lo es, en definitiva, impedir el acceso directo a una tutela judicial efectiva como garantizan el art. 8º inc. 1º) y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, creando lo que GARCÍA DE ENTERRÍA llamó una verdadera “carrera de obstáculos” previa.

men jurídico que ésta. Por lo tanto no pueden ser jurídicamente definidas como “función jurisdiccional.” El concepto jurídico atiende estrictamente al régimen jurídico de que se trata, para precisarlo y delimitarlo: si encontramos aquí que el régimen jurídico de la función jurisdiccional a cargo de los jueces no se aplica a las actividades similares que realice la administración, entonces es obvia la conclusión de que ellas no constituyen, jurídicamente hablando, funciones jurisdiccionales de la administración. Concluimos así en que la administración activa, organizada jerárquicamente o a través de entes descentralizados con igual jerarquía interna, no ejerce en ningún caso función jurisdiccional, en tanto no se instituyan en el sistema tribunales administrativos realmente imparciales e independientes, como se ha hecho en el modelo canadiense.<sup>39</sup> Mientras tanto, si sus actos se parecen en alguna hipótesis, por su contenido, a los de aquella función, no tienen sin embargo el mismo régimen jurídico; *esto es, la administración activa no realiza función jurisdiccional.*

A igual conclusión cabe arribar en el caso del Congreso, aunque podría aquí haber lugar a algunas dudas. El único caso en que podría decirse que el Congreso ejerce función jurisdiccional es en realidad el del juicio político. No compartimos tal criterio, por considerar que se trata simplemente de la remoción de un funcionario público —acto eminentemente administrativo— sujeta a ciertas garantías que salvaguardan el derecho de defensa del interesado; pero a todo evento podría recordárselo como una hipótesis de excepción. Con tal posible reserva, pues, concluimos aquí también en que *el Poder Legislativo no ejerce función jurisdiccional.*<sup>40</sup>

Nos queda finalmente por considerar el órgano especial y exclusivamente encargado por la Constitución de ejercer la función jurisdiccional: El Poder Judicial, integrado por órganos imparciales en la contienda y no sujetos a órganos superiores, por lo tanto independientes. *Es a estos órganos que corresponde el ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional.*

El régimen jurídico de la *función jurisdiccional*, entonces, sólo se aplica a los actos *materialmente jurisdiccionales* realizados por *órganos jurisdiccionales*: no así a los actos materialmente jurisdiccionales realizados por órganos administrativos o legislativos. En otros términos, el régimen jurídico pertinente se aplica sólo cuando el acto es *materialmente* el que corresponde y *además* ha sido dictado

<sup>39</sup> Lo explicamos en múltiples lugares, entre ellos “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962.

<sup>40</sup> Ver también CSJN, *Fallos*, 113: 317, *Urdániz y Cía*, 1910; CNFed. CA, Sala II, *in re Rodríguez, Gerardo Walter*, 29-IX-92. La CSJN, a propósito de las destituciones por juicio político, ha dicho que “la determinación de que el Senado cumple una función judicial, no debe conducir al equívoco de pretender que se produce una completa asimilación con un tribunal de justicia. El Senado es siempre un órgano político que, cuando le toca actuar en un juicio político concreto, cumple una función de carácter jurisdiccional,” CSJN, B. 2286. XLI. Recurso de Hecho. “*Boggiano, Antonio s/ recurso de queja.*” Lo cual es escapar al necesario control judicial pleno de tal actividad.

por el órgano a quien compete realizar la función: el juez. Bien se comprenderá que no es ésta una mera cuestión de clasificaciones ni definiciones: estamos ante uno de los pilares básicos del Estado de Derecho. En un país como el nuestro no puede alimentarse la hoguera con indefiniciones semánticas.

Definimos entonces a la función jurisdiccional como “*la decisión de controversias entre partes con fuerza de verdad legal, hecha por un órgano imparcial e independiente.*” Esta definición comprende dos elementos: uno material (u objetivo) que se refiere a lo que la función es en su contenido (decisión de controversias entre partes con fuerza de verdad legal) y uno orgánico (o subjetivo, formal), que se refiere al órgano o poder que realiza la función (los jueces, órganos imparciales e independientes). La reunión de ambos elementos —el material y el orgánico— nos da la definición respectiva, que incluimos en el § 20 de este cap. En los § 8 a 19 profundizaremos la llamada “jurisdicción administrativa.”

### 8. *El problema de la “jurisdicción administrativa”*

Acabamos de sostener que la administración no ejerce función jurisdiccional en sentido jurídico estricto, porque ello le está prohibido por los arts. 18 y 109 de la Constitución: el particular afectado por una decisión administrativa debe tener siempre abierta la vía judicial para recurrir contra ella.<sup>41</sup>

Sin embargo, la afirmación de que la administración no ejerce facultades jurisdiccionales no es pacífica en el derecho argentino, en parte por diferencias terminológicas más que de fondo. En efecto, el hablar de las relaciones entre administración y jurisdicción, del posible concepto de “jurisdicción administrativa” y de la revisión judicial de la actividad “jurisdiccional” de la administración, puede suponer varios planteos de diferente contenido y alcance.

a) En un primer criterio puede señalarse que existiría cierta repetición en hablar de revisión *judicial* de actividad *jurisdiccional*, que no sería indispensable una revisión judicial por cuanto ha existido en la especie ejercicio de jurisdicción (administrativa). En este sentido, se admitirá que la administración ejerce actividad jurisdiccional y se dirá que ésta no será necesariamente revisible por los jueces, salvo por recurso extraordinario.

b) En un segundo planteo, partiendo de una similar observación de que existe cierta incongruencia en el enunciado “revisión judicial de actividad jurisdiccional de la administración,” se puede afirmar que es *impropio pretender que la administración ejerza funciones de los jueces.*<sup>42</sup> En este sentido se afirmará que

<sup>41</sup> GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4° ed., 2008, t. I, p. 603: “las decisiones de los órganos administrativos al resolver los conflictos deben estar condicionadas, siempre, a una revisión judicial suficiente.”

<sup>42</sup> FIORINI, BARTOLOMÉ A., “Inexistencia del acto administrativo jurisdiccional,” *LL*, 101: 1027; “Inexistencia del acto jurisdiccional y judicial en la administración pública,” *JUS*, 6: 31 (La Plata, 1965); DE SANTIS, *op. loc. cit.*; BOSCH, JUAN, “La actividad jurisdiccional de la Administración Pública y la garantía del debido proceso,” *LL*, 1996-E, 1332.

la administración *no puede ejercer actividad jurisdiccional* y se hablará de revisión judicial de la actividad de la administración (que será siempre meramente administrativa); no excluyéndose de la revisión por los jueces sector alguno de actividad de la administración.

c) En un tercer sentido puede intentar superarse la contradicción señalada, afirmando que en realidad corresponde distinguir lo “jurisdiccional,” que sería el género, de lo “judicial” y “administrativo,” que serían las especies;<sup>43</sup> diciéndose entonces que hay revisión “jurisdiccional judicial” de la actividad “jurisdiccional administrativa,” sin que ello importe una limitación de la revisión “jurisdiccional judicial.”

d) Todavía en un cuarto sentido posible, se puede intentar limar sus aristas muy definidas a estos conceptos y decirse que hay *en alguna medida* actividad jurisdiccional de la administración, o por lo menos un *proceso* que en *cierto modo* incide sobre la posterior revisión judicial; el proceso se iniciaría ante la administración y se *continuaría* ante la justicia.<sup>44</sup> En este criterio, si bien no se niega totalmente la revisión judicial, se la limita y condiciona al modo en que el proceso haya sido iniciado en sede administrativa.

### 9. Discrepancias terminológicas y de fondo

Hay en todo esto mucho de meramente terminológico pero también bastante de discrepancia en el fondo de la cuestión. No interesa demasiado, en verdad, decidir de qué modo elegiremos denominar a la actividad de la administración, en todo o en parte; lo que interesa más bien es *determinar si existe algún campo de la administración cuya revisión judicial sea excluida o limitada por alguna razón intrínseca a aquél.*

De este modo, nos parece que las discrepancias *de fondo* se pueden agrupar alrededor de tres grandes grupos:

a) Quienes afirman que *no cabe* la revisión judicial de ciertos actos de la administración, fundándolo en que la administración ha ejercido ya “jurisdicción.” Esta es la primera posición que mencionáramos anteriormente.

b) Quienes consideran que no cabe sino una revisión judicial *limitada* del ejercicio administrativo de “actividad jurisdiccional” o del “proceso” administrativo. Este es el cuarto criterio antes enunciado.

c) Quienes entienden que debe existir una revisión judicial suficiente y adecuada y que no cabe limitarla; dentro de esta concepción, a su vez, es importante

<sup>43</sup> BIELSA, RAFAEL, “Acto jurisdiccional y acto judicial. Fundamento de la distinción en la ley, la jurisprudencia y la doctrina,” *LL*, 104: 825, 829: “Basta que el acto jurisdiccional administrativo sea revisible por vía judicial [...] para que el Poder Ejecutivo no incurra en la transgresión del precepto constitucional del art. 95.”

<sup>44</sup> Así BOSCH, JORGE TRISTÁN, “Revisión judicial de sentencias interlocutorias dictadas por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales,” *LL*, 84: 182 y ss. y *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?* Montevideo, 1951, pp. 107-8.

distinguir dos terminologías opuestas sólo verbalmente: quien niega totalmente el ejercicio de actividad jurisdiccional por la administración; quien afirma que existe actividad jurisdiccional de la administración, pero que ello no justifica en modo alguno que se limite o excluya la revisión judicial. Como se ve, significan lo mismo, pero la segunda es proclive a confusión. Estos son los criterios expuestos anteriormente en segundo y tercer lugar.

Una parte importante de la doctrina argentina<sup>45</sup> se había manifestado en el sentido de negar radicalmente que la administración pudiera constitucionalmente ejercer actividad jurisdiccional excluyendo o limitando el control de los jueces; ese era el criterio clásico,<sup>46</sup> que solo cedió ante la presión cesarista de los últimos gobiernos de facto. La discusión constitucional en sí está casi agotada en favor de este criterio, pues no se han enunciado argumentos convincentes que refuten las normas de los arts. 18, 109 y 116 de la Constitución. Con todo, parecería quedar un ámbito irreductible en la discusión: Que a pesar de que constitucionalmente tal otorgamiento de facultades jurisdiccionales a la administración es inadmisibles, algunas leyes se lo han dado de todos modos y la Corte Suprema lo ha aceptado.<sup>47</sup> En la legislación, los casos más cuestionables se hallan ya superados<sup>48</sup> y quedan principalmente hipótesis de ejercicio parcial de jurisdicción por órganos independientes,<sup>49</sup> que no alteran la regla.<sup>50</sup>

### 10. *El problema en la jurisprudencia. Introducción*

Trataremos ahora de analizar si esta última afirmación responde a la realidad, o sea, si realmente en la jurisprudencia de la Corte puede encontrarse *una clara regla general en favor de la constitucionalidad del otorgamiento de funciones jurisdiccionales a la administración*. En rigor, la extensa demostración que sigue

<sup>45</sup> Entre otros, véase LESTANI, H. A., *La jurisdicción contencioso-administrativa*, Buenos Aires, 1937, p. 32 y ss.; IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL M., *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Buenos Aires, 1963, 3ª ed., p. 38 y ss.; BIELSA, *op. loc. cit.*, aunque con distinta terminología.

<sup>46</sup> Ver también ARGANAÑAS, MANUEL J., *Tratado de lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1955, p. 51 y ss.; PODETTI, RAMIRO, “El plazo que establece el art. 27 de la ley 3.764 (impuestos internos.) Su interrupción,” *JA*, 1946-I, 43; BULLRICH, RODOLFO, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1929, pp. 80-1.

<sup>47</sup> Así IBÁÑEZ FROCHAM, pp. 50 y 51; FIORINI, *op. cit.* de *JUS*, p. 40.

<sup>48</sup> IBÁÑEZ FROCHAM, *La jurisdicción*, Buenos Aires, 1972, pp. 147-53.

<sup>49</sup> IBÁÑEZ FROCHAM, *op. ult. cit.*, p. 154 y ss.

<sup>50</sup> Algunas normas provenientes de épocas ojalá superadas todavía se enrolan en la admisión del “acto administrativo jurisdiccional,” como el art. 99 del decr. 1759/72, pero parecen anacrónicas frente a la más clara Constitución de 1994: Es necesario no olvidar los presupuestos políticos y constitucionales de nuestro derecho, que explicamos *supra*, cap. III, “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo.” No se trata de hacer juegos de conceptos, sino que hay que construir en cada institución una base de un sistema democrático de división, fractura y control de poder. Cada sentencia judicial que limita su propio control de un supuesto “acto administrativo jurisdiccional” es, a la inversa, pilar del cesarismo autocrático del que tradicionalmente padecemos. No nos quejemos de la debilidad presupuestaria del Poder Judicial sin también procurar eliminar toda debilidad conceptual o material de su control. Ampliar *infra*, t. 2, caps. XIII, “La tutela judicial,” XIV, “Problemas del acceso a la justicia,” XV, “Comparación del control administrativo y judicial.”

proviene de ediciones previas, pero el fallo de la CSJN en *Ángel Estrada* da una respuesta categórica en sentido negativo.<sup>51</sup>

La jurisprudencia anterior ha usado los términos con mucha imprecisión y en su momento tratamos de averiguar qué es lo que realmente resolvían en los casos sometidos a su consideración, antes que las palabras que para resolver utiliza. En efecto, la Corte ha usado en el pasado los términos “jurisdicción administrativa” tanto en el primer sentido, de excluir totalmente la revisión judicial salvo recurso extraordinario,<sup>52</sup> como en el segundo —el inverso, de prohibírsela a la administración—,<sup>53</sup> en el tercero, de admitir “jurisdicción administrativa” siempre que ella esté sujeta a revisión judicial,<sup>54</sup> y también en el cuarto, de limitar la revisión judicial de la “jurisdicción administrativa.”

Una respuesta superficial e inmediata puede ser afirmar que en verdad la jurisprudencia admitía todos los criterios y que en algunos casos había resuelto una cosa y en otros otra; pero la labor del intérprete no podía quedar detenida allí. Era necesario determinar si existía o no una *corriente dominante* de decisión en los fallos de la Corte, una *idea directriz* que pudiera servir como instrumento de interpretación. Para ello era necesario prestar atención a algunas circunstancias que no siempre fueron tenidas en cuenta al analizar los fallos de la Corte: la mayoría de los fallos, cuando se dan a raíz de recursos extraordinarios, deben ser cuidadosamente sopesados en relación a la competencia limitada que el tribunal tiene en tales casos.

No debe olvidarse que el recurso, como extraordinario que es y limitado como está a los requisitos procesales y de fondo que le son propios, muchas veces obtiene una sentencia contraria a su procedencia *formal* antes que material. Tales casos, en que el tribunal decide declarar formalmente inadmisibles el recurso, no son por cierto suficientes para construir una teoría de la doctrina material de la Corte sobre el fondo del problema en discusión. La Corte ha hecho característico de sus fallos la repetición de la terminología usada en viejos pronunciamientos,<sup>55</sup> aunque cambien los componentes del tribunal y cambie también a veces su orientación. Esta costumbre es intrascendente por lo general, pero puede ser de importancia

<sup>51</sup> Ver mi art. “Ángel Estrada,” *JA*, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; y en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311 y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>.

<sup>52</sup> Incluso se ha afirmado que el órgano administrativo ejercía una “función judicial,” *Fallos*, 155: 356, *González Maseda*, 1929; 156: 81, *Comité Radical Acción*, 1929, etc. Ver IMAZ, ESTEBAN, “Control judicial de la jurisdicción administrativa,” en *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*, Buenos Aires, 1951, p. 137 y ss.; IMAZ y REY, RICARDO, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1962, 2ª ed., p. 18 y ss.

<sup>53</sup> P. ej. en la causa *Borro*, *DJ*, 1964, 758.

<sup>54</sup> Este es un uso común: *Fallos*, 244: 548, *López de Reyes*, 1959; 247: 646, *Fernández Arias*, 1960.

<sup>55</sup> Más, hasta tiene en su planta permanente al menos un experto en letras para asegurar tal uniformidad. Dicho experto en letras no es, al mismo tiempo, especialista en derecho, de modo que no puede pedirse a la terminología de la CSJN, curiosamente, la precisión que los comentaristas desearían ver para poder enseñar los fallos más fácilmente.

para el intérprete desprevenido cuando se trata de emplear términos jurídicos. En este caso debe tenerse presente que la mera repetición de un vocablo usado en anteriores pronunciamientos no significa necesariamente que en el presente se resuelva exactamente lo mismo. La Corte invoca casi siempre precedentes de sus argumentos, aunque lo que se decida en la especie no sea lo mismo o constituya un caso totalmente nuevo, dando entonces la inexacta impresión de un *continuum*, de una coherencia y armonía total entre todos sus fallos, pasados y presentes, lo que puede llevar a error al intérprete. Por último, en relación a este supuesto continuo que sería la jurisprudencia de la Corte Suprema, creemos fundamental a su vez destacar que existen dos etapas en ella con relación a este tema: la *primera*, desde su origen hasta 1960, en que admitió con mayor o menor liberalidad y en muchos casos concretos, dichas atribuciones y que llevó como resultado a los excesos conocidos de la primera mitad de la década del cincuenta; la *segunda* etapa, que plantea una reacción vigorosa contra dicha tendencia y que se inicia con la declaración de la inconstitucionalidad de los tribunales administrativos de arrendamientos rurales.

Tratamos pues en su momento de ver si existía o no alguna *línea fundamental* en los fallos de la Corte Suprema: no estaría ella libre de excepciones, pero permitiría al menos determinar cuál era el criterio rector que debe adoptarse en los casos de duda. Y si bien consideraremos algunas de las supuestas excepciones a la actividad administrativa “jurisdiccional,” en realidad son casos límites que no interesan tanto para nuestro análisis: cuando la revisión judicial esté totalmente excluida, la confusión existirá en la legislación o en el fallo, pero no ya en el intérprete, que dirá tan sólo, en esos casos de supuesta excepción, que no existe revisión judicial.<sup>56</sup> Pero son los casos en que existe alguna revisión judicial los que más se prestan a equívocos: si se admite que la previa actividad de la administración ha sido jurisdiccional, se puede llegar rápidamente a querer limitar por vía de interpretación la revisión judicial; si, en cambio, en estos casos imprecisos se puede sentar la regla de que la administración no ejerce una atribución jurisdiccional, dejará de existir automáticamente todo argumento para limitar las atribuciones del juez y resurgirá plena su jurisdicción constitucional.

#### 11. *El recurso extraordinario no es revisión judicial suficiente y adecuada*

Cuando, en lo que sigue, nos reframamos a la “actividad jurisdiccional de la administración,” lo haremos siempre con el alcance de que si la admitimos, *ello implica que negamos o limitamos la revisión judicial*. No usaremos, por imprecisa y equívoca, la terminología que habla de “jurisdicción administrativa” pero al mismo tiempo afirma que debe estar sujeta a revisión judicial. La única excepción

<sup>56</sup> Con todo, veremos que hay casos en que esa falta de revisión judicial es sólo aparente. La excepcionalidad de la no justiciabilidad de actos administrativos es manifiesta al punto tal de poder considerársela inexistente a los efectos prácticos.

estaría constituida por los casos en que se haya seguido el modelo canadiense de que el primer acto administrativo lo dicte, no la administración activa, sino un órgano imparcial e independiente que puede ser denominado entonces tribunal administrativo, pero sujeto a revisión judicial plena. Es el caso de los controladores de tránsito en la Ciudad de Buenos Aires.

A su vez y siguiendo el criterio de la Corte Suprema a partir del caso *Fernández Arias*,<sup>57</sup> entendemos que la mera y exclusiva existencia de un recurso extraordinario ante la Corte Suprema contra un acto administrativo, no *constituye revisión judicial* en el sentido del art. 18 de la Constitución. En efecto, de querer tenerlo en cuenta como revisión judicial, habría que señalar que ella es limitadísima, tan mínima como para perder trascendencia como medio *regular y ordinario* de control judicial. Debe recordarse al respecto que este recurso no es un medio de controlar la legitimidad del acto en general, sino sólo su inconstitucionalidad y aun así limitada por las restricciones legales y jurisprudenciales existentes, de fondo y de forma; en suma, como recurso extraordinario que es, no puede tomárselo como medio *normal* y práctico de revisión.

La revisión judicial que trataremos de determinar si debe o no otorgarse, pues, la consideraremos prescindiendo de la existencia de tal recurso, aunque como veremos su funcionamiento puede ayudar en gran medida a la dilucidación de la cuestión.

## 12. *Actividad jurisdiccional de la administración y revisión judicial. Alcances del problema*

El problema de si la administración ejercía o no atribuciones jurisdiccionales no era entonces meramente teórico, sino que tenía y tiene grandes consecuencias prácticas. No está en juego una mera definición, sino el alcance de la revisión judicial: como ya dijimos, si la administración ejerce este tipo de atribuciones válidamente, ello podría significar para algunos que se limitara o excluyera la revisión judicial de esa actividad, ya que no tendría al parecer sentido una amplia revisión judicial ordinaria *si ya ha existido ejercicio de jurisdicción en el caso concreto por parte de otro órgano*.

En el planteamiento más extremo de la cuestión, otorgar atribuciones jurisdiccionales a la administración significa no dar al particular afectado acción judicial posterior para atacar la decisión administrativa y reconocerle, tan sólo, el recurso extraordinario para ante la Corte Suprema, en los casos de inconstitucionalidad y tal como ocurre con respecto a todas las sentencias judiciales definitivas. Esa es p. ej. la situación que existía con los anteriores tribunales administrativos de arrendamientos rurales, contra cuyas decisiones sólo procedía el recurso extraordinario.

<sup>57</sup> *Fallos*, 247: 646, *Fernández Arias*, 1960.

En un planteo menos extremo, pero de igual orientación, el reconocimiento de atribuciones jurisdiccionales a la administración implica la limitación o reducción de la revisión judicial, pero sin llevar exclusivamente al recurso extraordinario.

En esta tesitura, contra la decisión administrativa existiría un recurso judicial limitado de algún modo: sea como mero recurso de apelación, o como recurso para discutir sólo la legitimidad del acto, etc. Ubicándose en este pensamiento, cabría decir que “Aunque se trate siempre de dos poderes distintos, existe entonces una continuidad funcional a la que ambos contribuyen, *un solo proceso contra la administración que se inicia ante ésta y termina ante los tribunales;*”<sup>58</sup> y como lógica consecuencia de tratarse de “un solo proceso” iniciado ya ante la administración, la impugnación judicial de la decisión administrativa no se haría por vía de acción o curso ordinario, sino por vía de “recurso,” en el sentido muy restringido de que “no se concibe sino en el proceso,” “debe considerarse como un derivado de la acción,” “como un complemento,” de ella, “como un poder jurídico que nace en el proceso y no tiene vida sino dentro de él.”<sup>59</sup> Sobre todo, que no cabe en él la apertura a prueba en sede judicial, lo cual nuestros tribunales han desechado claramente.

En tal sentido, si la ley otorga un “recurso de apelación” o una “apelación” para ante la justicia contra un acto administrativo “jurisdiccional,” dicha “apelación” podrá significar para quienes acepten aquel punto de partida, “además del reconocimiento de la unidad del proceso en que toman parte el Poder Administrador y el Judicial, la aceptación de una determinada limitación en el ejercicio de las facultades de revisión que corresponden al último de los poderes indicados.”<sup>60</sup> Pero en realidad, como veremos, la jurisprudencia siempre ha interpretado que tenía jurisdicción plena para entender en estos mal llamados recursos de apelación, que serían así nada más que la supresión de la doble instancia judicial, que nuestra Corte ha reputado constitucional. El significado de tal recurso de apelación sería entonces el de una instancia judicial plena, pero sólo una, en Cámara.

### 13. “Recurso” o “acción” judicial y facultades jurisdiccionales de la administración

Como se comprende, de la aceptación del ejercicio válido de “funciones jurisdiccionales” por parte de la administración surgen, entonces, una serie de limitaciones actuales o virtuales para la ulterior revisión judicial de los actos respectivos; a *contrario sensu*, de su rechazo surge la necesaria plenitud de la revisión

<sup>58</sup> BOSCH, JORGE TRISTÁN, *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública?*, *op. cit.*, p. 107.

<sup>59</sup> Son palabras de LASCANO, DAVID, “Naturaleza jurídica de las acciones judiciales,” *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, t. XIV, La Plata, pp. 185-6, que recuerda BOSCH, *op. cit.*, p. 107.

<sup>60</sup> BOSCH, *op. loc. cit.*

judicial posterior.<sup>61</sup> Por lo demás, siendo el problema de índole constitucional, tiene alcances interpretativos muy poderosos: si adoptamos la posición de que la Constitución no permite el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la administración, entonces nos veremos obligados a interpretar aquellas leyes que otorgan supuestos “recursos de apelación” para ante la justicia contra actos administrativos, en forma amplia.

No diremos en tales casos que se trata de un recurso restringido, sino que señalaremos la impropiedad terminológica de la ley, que donde debió decir “acción” *porque no otra cosa podía constitucionalmente decir*, dijo “recurso;” la interpretaremos entonces como si hubiera dicho lo que en verdad correspondía de acuerdo con la Constitución. Para ello será de aplicación el criterio de acuerdo al cual si una ley puede ser interpretada de dos modos, uno de los cuales implica su apartamiento de la Constitución, habrá que interpretarla del otro modo que la haga congruente con las normas supremas.

Esa interpretación que torne congruente tal “recurso” con el sistema constitucional, con todo, puede hacerse de tres modos distintos:

a) Uno puede ser el afirmar que si bien se trata efectivamente de un recurso en sentido procesal, es potestativo del interesado seguirlo o no, que si lo desea puede no interponerlo e iniciar en su lugar una acción ordinaria<sup>62</sup> Como variante del mismo criterio, podría también decirse que el recurso se asemeja a un juicio ejecutivo, que puede intentarse pero no hace cosa juzgada y puede luego ser discutido nuevamente en un juicio ordinario.

b) En otro planteo, puede pensarse que si la ley ha creado un “recurso de apelación” para ante una Cámara de Apelaciones, no podemos prescindir de él e iniciar una acción ordinaria ante el juez de primera instancia, porque la multiplicidad de instancias judiciales no es una garantía constitucional,<sup>63</sup> pudiendo entonces la ley limitar válidamente la revisión judicial a una única instancia, que sería la de la Cámara.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> Como bien advierte MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 115, no se trata de una cuestión terminológica sino de determinar la amplitud del control, p. ej. alegar hechos y producir pruebas en sede judicial. En la misma obra, t. II, pp. 701-2 y nota 421; DIEZ y HUTCHINSON, TOMÁS, *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1983, pp. 39-40, 82 y ss.

<sup>62</sup> En sentido similar COSTA, AGUSTÍN A., *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, 1950, se pronuncia por la inconstitucionalidad lisa y llana de tales “recursos de apelación.” Lamentablemente es una solución que la jurisprudencia no ha querido aceptar. El otorgamiento de estos recursos directos, con privación de la primera instancia ordinaria, es un privilegio que se otorga indebidamente a la administración y no sostienen bien el Estado de Derecho los jueces que prefieren aceptar esta restricción judicial y del acceso de los individuos a la justicia.

<sup>63</sup> Cabe recordar, en contra, las magníficas páginas de COUTURE, en el prólogo al libro de COSTA, acerca de la relación entre libertad y doble instancia judicial, *op. cit.*, pp. 3-7 y 37, nota.

<sup>64</sup> CSJN, *López, Guillermo A. c/Banco Hipotecario Nacional*, DJ, 1965: 1915, con disidencia de PEDRO ABERASTURY y CARLOS J. ZAVALA RODRÍGUEZ, que admiten tal recurso siempre que él sea una revisión judicial suficiente y adecuada a “la defensa de sus derechos y a la amplitud necesaria del debate judicial (*Fallos*: 250:418).”

Pero si la ley quiere además expresa o implícitamente *limitar también esa única instancia judicial*, p. ej. al decir que sólo se trata de un “recurso de apelación,” entonces sí diremos que ello es inconstitucional, pues debe existir siempre una instancia judicial *suficiente y adecuada*, requisitos éstos que no se hallarían reunidos en la especie; en tal caso interpretaremos la ley afirmando que en realidad no se trata de un mero recurso de apelación, sino de un medio amplio de abrir la instancia judicial ante la Cámara.

La jurisprudencia se ha orientado hacia este segundo criterio: ha dicho así la entonces llamada Cámara Federal de la Capital que un órgano administrativo<sup>65</sup> “no se encuentra en relación directa ni jerárquica con este tribunal. De sus decisiones no cabe apelación, como impropiamente lo expresa el decreto 5148/55 (art. 5º), porque ésta sólo funciona entre los diversos grados que constituyen las instancias del Poder Judicial.” “Algunas decisiones de los órganos no judiciales son susceptibles de recursos ante los tribunales; recursos que no son apelaciones sino medios autónomos para rever, por la vía contencioso-administrativa, tales decisiones.”<sup>66</sup> En igual sentido la Cámara Nacional del Trabajo, Sala II, ha sostenido que puesto que “al Presidente de la República y al personal de la Administración pública nacional le está vedado ejercer funciones judiciales [...] no es posible atribuirle la calidad de tribunal de 1a. instancia respecto de un órgano judicial que actúa por vía de apelación, porque entonces cabría concluir que en ese caso ha ejercido aquellas funciones, no siendo óbice la circunstancia de que sus decisiones sean recurribles, porque también lo son las de los jueces en los casos autorizados por las leyes procesales.” “La naturaleza de «acción» y no de «recurso procesal» que tienen las vías que varias leyes declaran expeditas para llevar decisiones administrativas ante el Poder Judicial, ha sido también declarada por la jurisprudencia.”<sup>67</sup>

La Cámara Contenciosa de la Ciudad de Buenos Aires ha seguido esta tendencia: “debe garantizarse en todos los casos la existencia de la posibilidad de acceder a una revisión judicial «suficiente y adecuada», la calificación de «recurso» que la ley 466 en su artículo 34, le otorga a la vía de acceso a la instancia judicial de escrutinio del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del Consejo Profesional de Ciencias Económicas, no será interpretada por este tribunal literalmente como un recurso de apelación, sino como un medio de habilitar una instancia judicial amplia ante la Cámara.”

“No proceder de este modo, implicaría revestir al Consejo Directivo del C.P.C.E. de la calidad de los tribunales de primera instancia, pues sólo entre los diversos

<sup>65</sup> En el caso, la Junta Nacional de Recuperación Patrimonial.

<sup>66</sup> CNsp., *Mariategui*, 1956, LL, 84: 185, con nota de BOSCH, JORGE TRISTÁN, “Revisión judicial de sentencias interlocutorias dictadas por órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales,” *op. cit.*

<sup>67</sup> CNTrab., Sala II, 1959, LL, 99: 287, *Plotnicoff Uliansky*, 1959. Similar orientación de la Cámara Federal, aunque no tan expresa, en *Cía. Británica de Construcciones de Acero Ltda.*, DJ, 1964: 1965; *Arregui*, DJ, 1964: 703, etc.

grados que conforman las instancias del Poder Judicial pueden mediar recursos de «apelación».<sup>68</sup>

También la Corte Suprema ha dicho que aunque la ley usara el término “recurso,” se trataba en realidad de una “acción contenciosa.”<sup>69</sup> En conclusión: si podemos afirmar que la administración no puede ejercer atribuciones jurisdiccionales, entonces, en los casos en que la ley otorga supuestas “apelaciones” contra sus actos, las interpretaremos en forma amplia, como acciones, aunque respetando la indicación del tribunal que la ley determine.

c) Otra variante, que ha sido intentada con éxito al menos una vez,<sup>70</sup> es iniciar preventivamente la litis en primera instancia y ampliarla cuando el acto es dictado; luego “apelar” en término ante la Cámara, pidiéndole que suspenda juzgamiento en el recurso directo hasta que le lleguen por vía de apelación los autos de primera instancia.

#### 14. Alcance jurídico-político del problema

Ya decía COUTURE, refiriéndose a la doble instancia judicial, que él postulaba en lugar de la instancia única que “Luego de larga y trágica experiencia en la conquista de las libertades del hombre, siempre cabría pronunciarse en favor de aquella solución que traiga consigo el prestigio del libre examen, que es la esencia del sistema democrático de gobierno. Y si aun quedara alguna duda, en nombre del precepto agustiniano que nos impone, en la duda, la libertad.”<sup>71</sup> No es posible discrepar con esta afirmación de principios, pero no deja de estar claro que la doble instancia se requiere en materia penal, por aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero no así en el resto de los casos. La duración extraordinaria de estos litigios en el país hace a veces pensar si tiene sentido un sistema que en la práctica se compone virtualmente de tres instancias, computada la de la CSJN sin cuyo agotamiento la administración no da por terminada la discusión.

Por ello consideramos que la reflexión de Couture es más aplicable cuando se trata, no ya de suprimir una instancia judicial dejando otra, sino de suprimir o reducir incluso a ésta; por eso, adelantándonos a cuál sea en verdad la interpretación constitucional que corresponde, no podemos dejar de señalar la

<sup>68</sup> Contencioso administrativo y Trib. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, *Dacuña*, Jorge Humberto y Faur, Isaac Roberto c/ C.P.C.E., 20-VI-2001.

<sup>69</sup> Fallos, Contardi, 183: 389 (1939); Caviglione Hnos., JA, 1944-III, 73; PODETTI, *op. cit.*, p. 43; FIORINI, “Tribunales y función administrativa,” *Derecho del Trabajo*, XVIII: 893; REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 9 y 54.

<sup>70</sup> Acá se nos conflictúan diversos valores personales no congruentes. Baste decir que el caso fue nuestro y nos fue resuelto favorablemente. Por razones obvias no podemos indicar el caso.

<sup>71</sup> COUTURE, en el prólogo al libro de COSTA, *op. cit.*, p. 5: *In dubio pro libertatis*. Por ello, si bien la Convención Americana de Derechos Humanos prevé la doble instancia en materia penal, ya han comenzado a aparecer pronunciamientos que las extienden a la materia administrativa. En igual sentido la Organización de las Naciones Unidas ha creado en 2008 también la doble instancia judicial para asuntos administrativos.

trascendencia que desde el punto de vista político tiene la cuestión: la limitación de la revisión judicial en beneficio de la administración y en desmedro de los particulares, es característica de los Estados totalitarios, de la negación del Estado de Derecho.<sup>72</sup> Por ello, si compartimos los principios superiores de la libertad y del Estado de Derecho, no podremos sustentar una tesis que excluya o limite la protección judicial de los administrados frente a la administración.<sup>73</sup> Esa es la solución que se ha impuesto en la doctrina y la jurisprudencia.

### 15. *Evolución en el derecho argentino del reconocimiento de facultades jurisdiccionales a la administración*

Según lo hemos dicho es importante recordar como ha evolucionado el problema en nuestro país: anteriormente a 1960 existían leyes que otorgaban a la administración la facultad de aplicar sanciones severas a los administrados sin recurso o acción judicial posterior,<sup>74</sup> o la resolución en forma definitiva de contiendas entre partes privadas;<sup>75</sup> pero luego la Corte declaró la inconstitucionalidad de esas leyes.

En 1960, en el fallo *Fernández Arias*,<sup>76</sup> la Corte declaró que el art. 18 de la Constitución impone la garantía de que “ha de reconocerse a los habitantes del país el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia,” y que si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha, existe agravio constitucional originado en privación de justicia. “Puede afirmarse, por tanto, que aun cuando el art. 18 de la Constitución no requiere multiplicidad de instancias, según ha sido uniformemente resuelto, debe entenderse que sí impone una instancia judicial al menos” (considerando 20).

Resulta de ello que si la ley otorgaba a la administración la facultad de resolver alguna cuestión, es necesario también que se haya previsto “oportunidad para que los jueces revisen el pronunciamiento administrativo,” pues es imprescindible la existencia de “recurso u ocurso subsiguiente ante los jueces del Poder Judicial,” “en la inteligencia de que, a falta de él, el régimen dejaría de ser congruente

<sup>72</sup> REAL, ALBERTO RAMÓN, “El «Estado de derecho» (Rechtsstaat),” en *Estudios jurídicos en memoria de EDUARDO J. COUTURE*, Montevideo, 1957, pp. 601-2; ver también, del mismo autor, “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas,” en *La Justicia Uruguaya*, t. XVII, secc. 2 (doctrina), 1948, p. 47 y ss.; GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, op. cit., 2ª ed., p. 386: “La decisión de los órganos administrativos al resolver los conflictos debe estar condicionada, siempre, a una revisión judicial suficiente.” En igual sentido 4º ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, p. 603.

<sup>73</sup> Reconocer facultades jurisdiccionales a la administración, con el alcance de que sólo procederá contra ella el recurso extraordinario, no es “ventajoso” para el administrado, pues la verdadera garantía procesal está en la normal intervención amplia de la justicia ordinaria, no en un recurso excepcional y restringido como es el extraordinario.

<sup>74</sup> Así, la ley 13.492 y la 12.983, sobre precios máximos, agio y especulación.

<sup>75</sup> Así la ley 13.246, de arrendamientos y aparcerías rurales.

<sup>76</sup> *Elena Fernández Arias y otros vs. José Poggio - sucesión*, Fallos, 247: 646, 1960.

con los derechos y garantías constitucionales” (cons. 17). “De conformidad con lo hasta aquí expuesto, pues y a título de síntesis, cabe declarar que, en casos como el de autos, *control judicial suficiente quiere decir: a)* reconocimiento a los litigantes del derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; *b)* negación a los tribunales administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial (doctrina de *Fallos*: 205:17; 245:351.) *La mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad, no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas.*”<sup>77</sup>

A pesar de algunas imprecisiones que el fallo contiene, su idea central es perfectamente clara: no puede otorgarse a la administración una facultad que sea irrevisible judicialmente. No satisface el requisito de la necesaria revisión judicial la mera existencia de un recurso limitado de inconstitucionalidad o arbitrariedad.

Es necesario un medio de impugnación judicial que permita la discusión *suficiente y adecuada* de los hechos y el derecho que el caso involucra. Si entendemos por función jurisdiccional aquella que pueda constituir esa “instancia judicial al menos” de la que habla el fallo, que haga *innecesaria* una revisión judicial “adecuada,” es evidente que ese tipo de atribución le es terminantemente *negada* a la administración.<sup>78</sup>

En el fallo *Ángel Estrada*,<sup>79</sup> la Corte interpretó una vez más que el control judicial debe ser amplio y suficiente. Establece que “...el otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos de la administración desconoce lo dispuesto en los artículos 18, que garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos, y 109 de la Constitución Nacional que, [...] prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales. Tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, *su independencia e imparcialidad estén aseguradas*, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya

<sup>77</sup> Fallo citado, cons. 19, p. 658; *in re Gioldi, LL*, 1995-D, 462, la Corte retoma este criterio.

<sup>78</sup> En tal sentido CSJN, *Banco Regional del Norte Argentino*, 4-II-88; *Jalife Elías* (año 1993), *LL*, 1994-D, 73; CNFed. CA, Sala II, *Dar S.A.*, 13-VII-95.

<sup>79</sup> CSJN, A 126.XXXVI, *Ángel Estrada y Cía. SA c/resol 71/96*. Ver nuestro art. *Ángel Estrada, JA*, 2005-III, fas. 9, *El caso Angel Estrada*, pp. 46-48; y en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311 y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>. REJTMAN FARAH, MARIO, “La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias,” *LL, SJDA*, 27/05/2005; CARRILLO, SANTIAGO, “Entes Reguladores: rumbo a las autoridades administrativas independientes,” *ElDial.com, Suplemento de Derecho Económico*, 12/10/2007.

sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente”. (Cons.12.)

El destacado es nuestro y se emparenta con la concepción que venimos exponiendo hace tiempo respecto de la necesidad de establecer una primera decisión administrativa pronunciada por tribunales administrativos imparciales e independientes, sujetos a control judicial suficiente y adecuado.<sup>80</sup> Parécenos obvio que ese sistema que se utiliza p.ej. en Canadá<sup>81</sup> hace a un accionar administrativo más eficaz, imparcial y justo, además de oportuno, sin perjuicio del control judicial adecuado. El cambio es más sencillo de lo que parece: sólo se trata de transformar a los actuales órganos ejecutivos de la administración en tribunales administrativos independientes. Lo que falta, claro está, es la visión de estadista que requiere desprenderse de los controles diarios de la vida pública y dedicarse en cambio a la visión a largo plazo del país y de la economía. Por la creciente concentración de poder que nos toca vivir en este tramo de la historia esa aspiración puede parecer casi utópica, pero estimamos que su tiempo habrá de llegar en aras a la eficiencia, una vez demostrada hasta el hartazgo la ineficiencia de la concentración actual de poder, que lleva inevitablemente a su propia caída.

#### 16. *El recurso extraordinario y las facultades jurisdiccionales de la administración*

Consecuentemente con el criterio que se desprende de los fallos mencionados, el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a la administración, con el criterio de excluir la adecuada revisión judicial, no satisface la garantía de la defensa en juicio aunque se reconozca al interesado el recurso extraordinario. Esta es la regla general a la cual la Corte Suprema hace expresa excepción en el caso en que la ley da la elección entre la vía administrativa y la judicial, si el interesado elige voluntariamente la primera. Ahora trataremos de considerar en cambio si además de esa supuesta excepción existen o no otros casos en que la *jurisprudencia* reconozca a la administración atribuciones supletorias de las de los jueces.

Es conveniente dejar sentado desde ya que no nos interesa aquí hallar una definición de “función jurisdiccional,” sino meramente indagar *si es legítimo limitar la revisión judicial de los actos administrativos en base a un supuesto ejercicio administrativo de actividad jurisdiccional*; lo que investigamos entonces es si

<sup>80</sup> Nos remitimos a “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 955-962. Previamente publicado bajo el título: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32.

<sup>81</sup> Lo hemos descrito en “Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas,” *European Public Law Review*. En prensa.

la administración ejerce alguna vez atribuciones tales que limiten o excluyan una revisión judicial suficiente.

Por ello, si se quiere afirmar en el plano puramente teórico que la administración ejerce facultades jurisdiccionales pero se aclara que ello no significa que se limite la revisión judicial suficiente y adecuada de ellas, con derecho a producir prueba y alegar sobre su mérito, no nos interesa rebatir dicha afirmación ya que ello concuerda sustancialmente con lo que aquí decimos y no constituye sino un inadecuado empleo terminológico de tales palabras.<sup>82</sup> No altera esta conclusión el que algunos fallos parezcan morigerar verbalmente el principio, adecuándolo a las circunstancias del caso.<sup>83</sup>

La prueba más acabada para determinar si la administración ha ejercido o no atribuciones jurisdiccionales dentro de la orientación de los fallos de la Corte Suprema (en cuanto a su contenido), es ver si se ha admitido el recurso extraordinario directamente contra la decisión administrativa ya que de acuerdo con el mencionado principio, *sólo el ejercicio de función jurisdiccional por la administración justificaría dicha procedencia del recurso extraordinario*, con la consecuencia de excluir ya otra revisión judicial. Si la Corte resuelve en un caso determinado que el recurso no procede y declara que ello es así *por no tratarse en la hipótesis del ejercicio de facultades jurisdiccionales por la administración*, pareciera que respecto a ese caso no hay ya discusión posible en el terreno de la realidad jurisprudencial: *no se ha admitido en la especie que la administración hubiera ejercido facultad jurisdiccional*.<sup>84</sup>

### 16.1. Recursos rechazados

Los fallos de la CSJN en materia de recurso extraordinario contra actos administrativos, se caracterizan por su sistemático rechazo, *en base a que no existía en las situaciones consideradas ejercicio administrativo de facultad jurisdiccional*.

Ello no significa que deje de haber protección judicial para el interesado, sino que en lugar de tener únicamente el limitado y excepcional recurso extraordinario para ante la CSJN, tiene *tanto la acción judicial ordinaria como también*

<sup>82</sup> Es el caso de la propia Corte Suprema, que en algunos fallos habla de "jurisdicción administrativa," aclarando que requiere "como indispensable el control judicial," *Mercé, DJ*, 1964-457. Ver también, GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, op. loc. cit.*

<sup>83</sup> CSJN, *Fernández Arias*, 247: 646, 1960; *Fernández*, 267: 97, 1967. Parte del problema, frecuentemente, es la irrisistida tentación de hacer "doctrina" desde el fallo: parafraseando a LORD DENNING, es dejar caer el judicial manto de armiño y tomar la tiza y el pizarrón. Son actividades incompatibles, que lesionan tanto la función judicial como la tarea docente, que no es en *dicta* donde debe ejercerse. Por ello es más sana la restricción del desarrollo de un fallo, tratando de mostrar no lo que opinan o lo que saben de la doctrina nacional, sino con qué preciso argumento resuelven el *thema decidendi*.

<sup>84</sup> La redacción de algunos fallos puede ofrecer dudas: "que el recurso extraordinario sólo es procedente [...] contra resoluciones de organismos administrativos, cuando éstos se hallen equiparados a tribunales de justicia": pero no existen casos en que la Corte haya ido tan lejos como para encontrar un órgano administrativo equiparado a un tribunal judicial. Ver también CSJN, *Altamirano*, 312-II: 1682, año 1989, especialmente voto de BACQUÉ.

*el recurso extraordinario*, este último contra la sentencia definitiva que dicte el juez. Así, en *Nacif*<sup>85</sup> la CSJN, luego de recordar que el recurso extraordinario contra actos administrativos sólo procede cuando el órgano respectivo ejerce “funciones judiciales, atribuidas por ley y con carácter final, es decir, sin revisión por vía de acción o de recurso,” señala que ello no ocurre en el caso y que todas las cuestiones alegadas en el recurso “deben *plantearse ante el tribunal judicial al que corresponde conocer* [...] y no ante esta Corte. Todo sin perjuicio de la apelación a que la oportuna resolución judicial del punto pueda dar lugar”: de este modo el tribunal dice expresamente que el acto impugnado debe atacarse ante “el tribunal judicial al que corresponde conocer,” con lo cual está negando, fuera de toda duda, que en el caso el organismo administrativo haya ejercido atribución jurisdiccional.<sup>86</sup> En igual criterio los casos *Paolini*,<sup>87</sup> *Lagrecá*,<sup>88</sup> *Aberg Cobo*,<sup>89</sup> *Antonio Domínguez*,<sup>90</sup> *Altamirano*<sup>91</sup> y otros. De esta reseña jurisprudencial, que responde en general al carácter del resto de los fallos que rechazan recursos extraordinarios contra actos administrativos, se destaca ya de antaño la no existencia notoria de facultades jurisdiccionales de la administración, que los juristas del pasado tanto insistían o insisten en reconocer, pero que el fallo *Ángel Estrada* aclara definitivamente, al menos para los que puedan leer sin preconceptos. El que la Corte, en el pasado, haya dicho en cada caso que el recurso extraordinario sólo procederá cuando haya ejercicio de facultad jurisdiccional, no quiere decir, en una correcta interpretación de lo que en el caso se decide,<sup>92</sup> que ella exista necesariamente: Para buscar la respuesta a ese interrogante es necesario pasar a otros fallos.<sup>93</sup> La explicaremos a continuación.

## 16.2. Recursos admitidos

Lo verdaderamente interesante para indicar el sentido de la jurisprudencia precedente a *Ángel Estrada* no era esas frases incidentales en las cuales pareciera admitirse tales facultades, sino precisamente los fallos en que concretamente se

<sup>85</sup> *Fallos, Nacif*, 240:407, año 1958.

<sup>86</sup> En igual sentido SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, *Derecho procesal constitucional*, t. 5, Buenos Aires, Astrea, 2000, p. 453. No pensamos pues que en estos fallos la Corte acepte el ejercicio administrativo de atribuciones jurisdiccionales, como lo hace FIORINI, *op. cit.*, p. 40.

<sup>87</sup> *Fallos, Paolini*, 243: 448, año 1959.

<sup>88</sup> *Fallos, Lagrecá*, 245: 530, año 1959.

<sup>89</sup> *Fallos, Aberg Cobo*, 248: 516, año 1960.

<sup>90</sup> *Fallos, Antonio Domínguez*, 250: 272-4; año 1961.

<sup>91</sup> CSJN, *Altamirano*, 312-II: 1682 y LL, 1990-A-301, esp. voto de BACQUÉ.

<sup>92</sup> O sea, aquello que es *holding*, vinculante, decisorio, es lo único que debe tomarse como principio; el mero *dictum*, si no tiene otro sustento, carece de real valor.

<sup>93</sup> Discrepamos por ello con FIORINI (art. últ. cit., pp. 40-1) y MARIENHOFF, *op. loc. cit.*, en cuanto de estos fallos que afirman que la administración en el caso no ha ejercido función jurisdiccional, sacan la conclusión inatente de que admite el ejercicio de tales atribuciones por la administración. Es la misma posición que sostuvo CASSAGNE, aunque estimamos que no es su posición actual, en que prefiere citar la doctrina española postconstitucional o a JORGE TRISTÁN BOSCH en vez de su clásico maestro MIGUEL S. MARIENHOFF.

ha resuelto la cuestión de manera positiva; o sea: deben tomarse aquellos fallos que por decidir el *fondo* de la cuestión tienen auténtico valor como precedentes. No los que, rechazando el recurso por la *forma*, hacen consideraciones con mero carácter de *dicta*, es decir, no obligatoria ni decisoria y por lo tanto insuficiente como precedente.

Pues bien, además del caso *Fernández Arias* ya comentado, en que la Corte sienta el principio de la inconstitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a la administración, salvo el supuesto de elección de vías, existen otros pronunciamientos de suma importancia. En la causa *Montagna*<sup>94</sup> la Corte hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto contra una decisión administrativa, *reconociendo entonces que la administración había ejercido función jurisdiccional*, pero lo hizo *para declarar a renglón seguido la inconstitucionalidad del ejercicio de tal atribución, por violación al art. 18 de la Constitución*. Sostuvo en efecto el tribunal que “tampoco existe en el caso calificación especial de la relación jurídica que media entre las partes *que permita la sustracción de su juzgamiento a los jueces ordinarios de derecho*,” revocando en consecuencia la resolución impugnada por el agravio que implica al interesado el ejercicio por la administración de una facultad jurisdiccional. Del mismo modo, en la causa *Rosales*,<sup>95</sup> la Corte Suprema hizo lugar a un recurso extraordinario interpuesto contra una decisión administrativa que era irrevisible judicialmente, para declarar precisamente que dicha irrevisibilidad era violatoria del art. 18 de la Constitución al no reconocer al interesado el derecho de defensa *en juicio*. La Corte no se pronuncia sobre si el recurrente tenía o no razón en otros aspectos, sino únicamente sobre el agravio que significaba someterlo a una decisión administrativa irrevisible judicialmente, aunque fuera atacable por recurso extraordinario. Establece así el tribunal “Que, conforme a la doctrina de *Fallos*: 247:646 y de la sentencia dictada en la causa “*Beneduce c/ Casa Auguste*” —*Fallos*: 251:472—,<sup>96</sup> es principio fundado en la garantía de la defensa en juicio que, a los fines de la solución de las controversias jurídicas individuales, *no se excluya compulsivamente la intervención suficiente de un tribunal de justicia* —doctrina de *Fallos*: 250:61, 251:471 y otros—.”<sup>97</sup>

En este primer párrafo del fallo *Rosales*, la Corte Suprema da el criterio rector: que no se excluya *compulsivamente* la intervención judicial suficiente. Pero agrega todavía el fallo: “Tratándose de diferendos entre particulares, *su sumisión total a organismos administrativos*, sin más recursos que los atinentes a la regularidad del procedimiento y a la conformidad con la Constitución local, es

<sup>94</sup> *Fallos*, 249: 181, *Montagna*, año 1961.

<sup>95</sup> *Fallos*, 253: 485, *Rosales*, año 1962.

<sup>96</sup> En dicho fallo se aclara en el cons. 13 concretamente “que, en tales condiciones [...] se requiere resolución judicial respecto de la licitud de la huelga origen del despido,” “a los efectos de que el tribunal de la causa se pronuncie respecto de la licitud del movimiento huelguístico del caso.”

<sup>97</sup> La bastardilla es nuestra.

*insuficiente para satisfacer las exigencias del art. 18 de la Constitución Nacional.* La sola razón de que quepa, de tal manera, recurrir a organismos especializados en el ámbito de la actividad de que se trata, no basta para excluir todo control respecto de la razonabilidad de sus decisiones en lo que hace a la existencia de un mínimo de elementos de prueba atinentes a los hechos de la causa y a la legalidad de la resolución adoptada.”<sup>98</sup>

En el caso de la *Cámara Gremial de Productores de Azúcar*,<sup>99</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto contra un acto administrativo en que se había pretendido ejercer una facultad jurisdiccional, pero lo hizo precisa y específicamente para decir que tal ejercicio era por ello mismo violatorio de la Constitución al atentar contra la garantía de la revisión judicial:

Dijo la Corte en esa oportunidad que “El sentido de la jurisprudencia mencionada es, precisamente, impedir tal posibilidad como medio indispensable para la preservación del Estado de Derecho. Porque, en definitiva, la posibilidad de limitar los derechos individuales ya por vía de reglamentación legal ya por vía de actos ejecutivos, no *justifica la inexistencia de control, judicial suficiente* —doctrina de *Fallos*: 247:646; 248:81; 250:61; 251:472 y otros—: “Que, en tales condiciones y *habida cuenta de que en la causa se asigna carácter final a la decisión administrativa, insusceptible de toda revisión judicial ulterior* [...] *rige para el caso el principio general reconocido en Fallos: 253:485. Corresponde, en consecuencia, admitir la impugnación constitucional de lo actuado, con fundamento en el art. 18 de la Constitución Nacional.*”<sup>100</sup>

Otra vez en este fallo la Corte dice que el carácter final e irrevisible de una decisión administrativa la torna inconstitucional por violación del art. 18 de la Constitución, debiendo entonces existir *control judicial suficiente* de toda la actividad administrativa: Lo cual es decir, en definitiva, que la actividad administrativa no puede nunca ser de naturaleza jurisdiccional ni constituir válidamente “el ejercicio de funciones sustraídas a los jueces,” salvo que se creen algún día tribunales administrativos imparciales e independientes sujetos a revisión judicial plena. Claro está, si la tendencia actual es incluso tratar de cercenar a los cuerpos independientes, bien se comprende que no es ésta la hora del cambio. Pero confiamos en que, como en tantos otros temas de derecho público argentino, nuestra selección de modelos de derecho comparado compatibles con el nuestro que estimamos conveniente seguir tendrá finalmente éxito, sea en la justicia o incluso en la legislación, como ha ocurrido con la nueva ley local de tránsito, según explicamos en otro lugar.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> P. 489. La bastardilla es nuestra.

<sup>99</sup> *Fallos*, 255: 354, *Cámara Gremial de Productores de Azúcar*, año 1961.

<sup>100</sup> El destacado es nuestro. Este y otros fallos adelantan el camino de la legitimación para los derechos de incidencia colectiva que explicamos *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. II.

<sup>101</sup> *Supra*, cap. IV, p. 7, nota 15.

### 16.3. Conclusiones sobre la jurisprudencia

De la jurisprudencia analizada y tomando como punto de partida el caso *Fernández Arias*, se desprende con bastante claridad, a nuestro juicio, que no es constitucional que la administración, constituida por órganos estructurados jerárquicamente y *parte* en la contienda que resuelve, pueda decidir con atribución “jurisdiccional,” *irrevisible judicialmente salvo recurso extraordinario*, una determinada cuestión.

El recurso extraordinario para ante la CSJN, que se deja vigente contra actos administrativos dictados en ejercicio de supuestas atribuciones jurisdiccionales, más que constituir una excepción, prueba la regla ya que según hemos visto la Corte, en los casos en que le ha tocado decidir, *ha resuelto sistemáticamente que no existían facultades jurisdiccionales de la administración*.

En verdad, el recurso extraordinario subsiste hoy en día excepcionalmente más que nada —con referencia a actos administrativos— para impugnar el ejercicio administrativo de actividad jurisdiccional, al efecto de que se lo declare inconstitucional *precisamente por constituir un indebido ejercicio de jurisdicción a cargo de órganos administrativos*. No existe pues en nuestro sistema tal actividad y corresponde acudir directamente la vía judicial ordinaria.

Ello significa que no puede nunca limitarse la revisión judicial de los actos administrativos con base en una supuesta actividad jurisdiccional ejercida previamente por la administración actica, jerárquicamente organizada, o incluso descentralizada pero sin imparcialidad e independencia: Hacerlo implica caer en otra de las confusiones que afectan a este tema. La conclusión, pues, consiste en que la doctrina de las facultades jurisdiccionales de la administración activa ordenada jerárquicamente, o descentralizada pero sin imparcialidad e independencia,<sup>102</sup> además de no tener asidero constitucional ni jurisprudencial, no puede tener incidencia alguna válida sobre la revisión judicial; esta última debe efectuarse por igual y con iguales alcances, cualquiera que sea la índole de la actividad que la administración pública haya ejercido previamente.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> Ver nuestros arts. “Ángel Estrada,” *JA*, 2005-III, fasc. n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311 y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>. “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo,” en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, México, octubre de 2003, pp. 19-32. También en prensa como: “Simplification of Administrative Procedure: The Experience of the Americas,” *European Public Law Review*. Un caso que hace *pendant* con *Ángel Estrada* es *Halibi*, febrero de 2009, en materia de amparo colectivo. Sus respectivas lecturas son imprescindibles, pues implican sustanciales progresos del derecho público argentino en materia jurisprudencial, ya que las novedades legislativas y administrativas son al contrario negativas en grado extremo, al menos al momento de entrar este libro en prensa.

<sup>103</sup> Esto se aplica también a la supuesta actividad política, no justiciable, constitucional o de gobierno del Poder Ejecutivo, como lo hemos dicho en el t. 2, cap. VIII.

#### 16.4. *Una aclaración procesal*

Por fin, corresponde destacar que si bien en algunos casos la Corte Suprema ha admitido la procedencia del recurso extraordinario contra actos administrativos que pretendían ejercer funciones o facultades jurisdiccionales, al solo efecto de declarar la inconstitucionalidad de la decisión así tomada, lo que en realidad corresponde y usualmente ocurre, es que el particular ataque el acto supuestamente jurisdiccional ante la justicia ordinaria en razón de la materia y del caso.

En otras palabras, él deberá iniciar un juicio de conocimiento —ordinario o sumarísimo según corresponda de acuerdo al CPCC de la Nación— contra el Estado, si ninguna previsión legal distinta existe para el caso, o deberá ejercer los “recursos” “limitados” que la legislación le acuerde según las situaciones.<sup>104</sup>

Será entonces allí, en esa primera revisión judicial por jueces inferiores, donde el particular deberá reiterar o plantear el caso federal por violación a la garantía del debido proceso ante el pretendido ejercicio de facultades jurisdiccionales por la administración, para luego seguir ante los jueces superiores y en último grado ante la Corte Suprema en procura de una satisfacción a su planteo en el orden interno, previo a acudir al orden supranacional.

Desde el ángulo estricto del derecho procesal, pues, no sería en principio correcto intentar directamente la vía del recurso extraordinario, aun contra un acto que ejerza facultades jurisdiccionales, sino que deben intentarse y agotarse las instancias judiciales previas previstas en el ordenamiento jurídico.

#### 17. *El art. 109 de la Constitución nacional y la función jurisdiccional*

Finalmente, la conclusión de que la administración no ejerce ni puede ejercer función jurisdiccional se desprende no sólo del art. 18 de la Constitución, cuando garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos,<sup>105</sup> sino también del art. 109: “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.”

Cuando la Constitución expresa que no puede “ejercer funciones judiciales,” no cabe sino interpretar que ello supone una distinción entre funciones judiciales y funciones administrativas. ¿Dónde estará la diferencia entre ambas? Si caracterizamos a la “función judicial” por el contenido, el Poder Ejecutivo no podrá dictar actos de ese contenido que establezcamos; si en cambio la caracterizamos por el efecto jurídico que sus actos deben producir, entonces concluiremos en que el Poder Ejecutivo no podrá dictar actos que produzcan tales efectos jurídicos. La conclusión es siempre, inevitablemente, la misma; debemos definir de algún

<sup>104</sup> Ver *infra*, t. 2, cap. XIII. Uno de los casos más recurrentes es el de los recursos de “apelación” que diversas leyes dan ante la Cámara del fuero contra decisiones administrativas, como ocurre en materia de entes reguladores: *infra*, cap. XV. La ley 25.488 derogó el juicio sumario.

<sup>105</sup> Para su desarrollo ver *infra*, t. 2.

modo la “función judicial” y decir ineludiblemente que eso no podrá, bajo ningún concepto, hacerlo la administración.

#### 18. *La supuesta distinción entre jurisdicción “judicial” y “administrativa”*

Se ha tratado no obstante de salvar esa objeción afirmando que aunque de acuerdo con el art. 109 de la Constitución el Poder Ejecutivo no puede realizar funciones “judiciales,” sí puede en cambio realizar funciones “jurisdiccionales,” diciéndose entonces que lo “jurisdiccional” es el género, el cual admitiría dos especies: la “jurisdicción judicial” y la “jurisdicción administrativa.” Con ello resultaría que la administración no realizaría “jurisdicción judicial,” pero sí “jurisdicción administrativa.”

Por de pronto ya hemos dicho en otro lugar que hablar de “jurisdicción judicial” es una redundancia, pues judicial significa lo relativo a la judicatura, esto es, a los jueces: los órganos que ejercen la función jurisdiccional; y que hablar de “jurisdicción administrativa,” esa “desconcertante frase” como dice con cierta ironía VIVANCOS,<sup>106</sup> implica una *contradictio in terminis*, pues si hay jurisdicción no hay administración y viceversa; si se pretende aclarar que esta última es “jurisdicción sobre materia administrativa,” hay una impropiedad lingüística.<sup>107</sup> Pero aun dejando de lado ese aspecto terminológico y lógico, si admitiéramos que pueda ser verbalmente adecuado efectuar tal distinción, queda todavía por ver si ella es conceptualmente correcta.

No lo es. Pues si se trata de diferenciar tales “conceptos” de “jurisdicción judicial” y “jurisdicción administrativa” —como será ineludible hacerlo ya que se afirma que se trata de especies distintas— se enfrenta un problema insoluble. En efecto, si la diferencia se la da por el órgano y se afirma como habitualmente se hace que “es judicial la que ejercen los jueces, administrativa la que ejercen los órganos administrativos,” entonces hay una petición de principios, pues se está diciendo otra vez que el Poder Ejecutivo no puede realizar funciones de los jueces, pero no se define a éstas sino por el hecho de que son de los jueces y viceversa [...] Si se desea distinguir “jurisdicción judicial” de “jurisdicción administrativa” pareciera ser requisito *sine qua non* de la distinción explicar en qué consiste la diferencia [...]: debe calificarse de algún modo cuál es la función específica de los jueces y hecho esto, concluir en que tal función no puede ser realizada por el Poder Ejecutivo. Por ello, sea que se escoja definir a la función de los jueces como la de resolver *contendas* en forma definitiva, o que se la califique tan sólo como la función de resolver en forma definitiva, ello será algo que el Poder Ejecutivo, por el art. 109, no podrá hacer.

<sup>106</sup> VIVANCOS, EDUARDO, *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo*, Barcelona, 1963, p. 56.

<sup>107</sup> Lo dijimos en nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, 1ª ed., p. 46 y lo reiteramos en *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., cap. I, en argumentos que aquí reproducimos.

Con esto resulta que el pretendido *género* que contaría con *dos especies* no es en absoluto tal: la actividad de los jueces y la actividad de la administración, llámeselas como se las llame, están escindidas en el art. 109 de la Constitución con el alcance de que *la administración no puede ejercer la de los jueces*: no hay entonces un nexo común entre ambas actividades; la actividad propia de los jueces es exclusivamente de ellos y en ningún caso puede ser ejercida por la administración.

Para poder afirmar que el Poder Ejecutivo tiene “función jurisdiccional” que no es “función judicial,” será necesario definir la función judicial por su contenido o régimen jurídico, diferenciándola entonces por su contenido o régimen, *pero no por el órgano*, de la función “jurisdiccional.” Pero es obvio que tal intento es fallido, porque toda definición de función judicial que no caiga en la absoluta sencillez de decir que es un acto concreto de aplicación de derecho, tendrá que declarar reservada a los jueces y prohibida a la administración la decisión definitiva con fuerza de verdad legal de controversias entre partes.

Por lo demás, la definición de que es la aplicación del derecho a un caso concreto no distingue, sino que confunde en un solo caso, las funciones de la administración y de la justicia, siendo que la Constitución dice que las funciones de la justicia no pueden ser ejercidas por la administración: necesariamente deben aplicarse diferencias materiales y de régimen jurídico entre ambas. Es pues lógicamente imposible, dentro de la rígida norma del art. 109, admitir que el Poder Ejecutivo pueda ejercer funciones “jurisdiccionales.”

Como dice FIORINI, “Toda nuestra tradición jurídica es la negación de las razones determinantes que influyeron en Francia para la creación de la presunta jurisdicción en la administración. El art. 95 (hoy 109) que prohíbe que «en ningún caso» el Poder Ejecutivo, es decir, el jefe que tiene a su cargo la administración general del país, realice actividades judiciales, implica también que no podrá cumplir funciones jurisdiccionales.” “Este art. 95 (109) proyectado por ALBERDI —cuya posición contra la dictadura es la que le hace preparar las bases de nuestra ley fundamental— se relaciona con el enfático y típicamente argentino art. 29 de total repudio a la suma del poder público. El art. 95 (109) es una especie del género prohibitivo que establece este art. 29.” “Tanto es ese temor —razón dominante— que en el art. 23 se reitera nuevamente en forma expresa la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda realizar funciones judiciales.” “Estas tres prohibiciones no rigen solamente para el Poder Ejecutivo, como pretende una desviada interpretación que se queda con la letra y excluye el contenido funcional que estos artículos encierran. La labor judicial o jurisdiccional está prohibida al jerarca superior y por ende a los órganos inferiores, es decir a toda la administración pública sin excepción.”<sup>108</sup>

<sup>108</sup> FIORINI, “Inexistencia del acto jurisdiccional y judicial en la administración pública,” *op. cit.*, p. 39.

### 19. *Conclusión sobre la función jurisdiccional de la administración*

En resumen: ni de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema ni con las normas constitucionales, puede hablarse de función jurisdiccional por parte de la administración, con el alcance de sustituir total o parcialmente la actividad jurisdiccional propia de los jueces. Si hacemos la dicotomía “jurisdicción judicial” y “jurisdicción administrativa,” ello no sólo implicará una contradicción lógica insuperable, sino que será otro de los términos que arrojará siempre dudas innecesarias sobre la naturaleza de la revisión judicial. Si, a pesar de todo, leemos en los fallos una mención a tales supuestas “facultades jurisdiccionales de la administración,” tendremos que hacerlo con la reserva mental de que *no se confunden ni sustituyen a la función propia de los jueces*; no se trata de especies de un mismo género, ni son intercambiables; *la necesaria intervención judicial* exigida por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con la Constitución, *no se salva con la intervención de un organismo administrativo*, llámense como se llamen las atribuciones que en el caso ejerza. Esto es lo fundamental y lo que nos lleva a afirmar que *la revisión judicial de los actos administrativos no es en absoluto una continuación limitada del “proceso administrativo,” ni un proceso especial con caracteres esencialmente distintos del proceso judicial ordinario*. Este es el punto de partida a nuestro juicio más importante para toda consideración de los distintos aspectos que dicha revisión presenta.

Para expresarnos con absoluta corrección, en consecuencia, no debemos hablar en caso alguno de “facultades jurisdiccionales de la administración,” por cuanto en nuestro sistema las facultades jurisdiccionales sólo corresponden a los jueces.

### 20. *Recapitulación. Las funciones administrativas de los tres poderes*

La actividad de tipo administrativo que realizan los poderes judicial y legislativo se rige en un todo por el régimen jurídico propio de la misma actividad administrativa, no correspondiendo en principio aplicarle el régimen jurídico de la función jurisdiccional ni de la función legislativa, aunque de esos poderes se trata.

Tratándose del Poder Legislativo, observamos que cuando las cámaras nombran y remueven a su personal; cuando otorgan una concesión para los servicios de confitería, etc., del Congreso; cuando organizan y administran la Imprenta del Congreso, la Biblioteca del Congreso, etc.; cuando contratan con empresas la construcción o refacción de las obras de palacio legislativo; cuando compran materiales, libros, etc., en todos estos casos y muchos más *el Poder Legislativo se encuentra realizando una función típicamente administrativa, que además se rige por el régimen jurídico propio de la función administrativa*.

El Poder Judicial, al igual que el Legislativo, realiza una enorme cantidad de funciones de tipo administrativo: nombramientos, dirección y remoción de

su personal; suministros de papel, libros, máquinas, muebles, etc.; construcción de obras; edición de fallos; alquiler o compra de edificios para los juzgados, etc., todo ello constituye ejercicio de la función administrativa, regido también por el régimen jurídico propio de ella. Instituciones como la Biblioteca del Congreso de la Nación o la Imprenta del Congreso de la Nación realiza indubitable función administrativa, necesariamente regida por el derecho administrador. El poder ejecutivo es el que realiza la mayor parte de la función administrativa, pero dista de ser el único.

Pero cabe observar que, a diferencia de los otros poderes, que realizan su propia función y además la administrativa, él realiza sólo la función administrativa, no correspondiéndole —con criterio jurídico formal— ni siquiera parte del ejercicio de las otras funciones. El concepto de función administrativa es así el más indefinido de todos, pues no tiene, a diferencia de las demás funciones, un contenido único. En efecto, la función administrativa, desde el punto de vista de su contenido, puede consistir tanto en el dictado de normas jurídicas generales, como en la decisión de controversias entre partes, como y he aquí lo más frecuente, en la actuación material en los casos concretos que se le presentan.

A diferencia de las otras funciones, que no sólo tienen un contenido preciso y único<sup>109</sup> sino que también son realizadas sólo por los órganos específicamente creados por la Constitución al efecto, la función administrativa no está sólo a cargo de la administración: También la realizan en cierta medida los otros poderes; y este desempeño de la función administrativa por parte de los otros poderes del Estado se efectúa bajo el mismo régimen jurídico de la función administrativa.

Es decir, no ocurre aquí lo mismo que en los casos anteriores, en los cuales los otros poderes realizaban alguna actividad semejante a las de uno, pero esa actividad no tenía su régimen jurídico y no podía por ende ser considerada como parte de la misma función.

La actividad de tipo administrativo que realizan los poderes judicial y legislativo se rige, repetimos, por el régimen jurídico de la actividad administrativa y no procede aplicarle el régimen jurídico de la función jurisdiccional ni legislativa, salvo en las posibles excepciones que comentamos en el § 22.1.

### 21. *Resumen de las funciones del Estado*

Dado que la función administrativa no es realizada por ningún órgano con exclusión de los demás y que no tiene un contenido propio que la caracterice, su definición es la suma de las conclusiones parciales que hemos expuesto. Diremos así que la función administrativa es:

a) En primer lugar, toda la actividad que realizan los órganos administrativos y autoridades administrativas independientes, criterio subjetivo. No se ha

<sup>109</sup> *Supra*, § 6 y 7.

dado nunca en nuestro país la experiencia de otorgar verdadera independencia e imparcialidad a órganos administrativos, ni siquiera a los entes de control previstos en el art. 42 de la Constitución nacional, o a eventuales tribunales administrativos insertos en su organización pero independientes de ellos

b) En segundo lugar, toda la actividad que realiza el órgano legislativo, excluida la función legislativa —en sentido material y orgánico— que le es propia. Aquí estamos utilizando, necesariamente, un criterio residual.

c) En tercer lugar, toda la actividad que realizan los órganos judiciales, excluida la función jurisdiccional —en sentido material y orgánico— que específicamente realizan: nuevamente, criterio residual.

O sea que es “*toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales.*”<sup>110</sup>

## 22. Otros problemas

### 22.1. La “jurisdicción voluntaria” y las leyes concretas

Es claro que la definición no cierra del todo, pero ninguna lo hace. Una solución sería realmente abandonar el intento y contentarse con la descripción enumerativa. Pero pensamos que la definición dada puede ser de alguna utilidad como orientación genérica, sin perjuicio de señalar que tiene algunos aspectos puntuales que son todavía debatibles. Dentro de ellos nos referiremos al problema planteado por ciertas actividades tradicionalmente consideradas administrativas: la “jurisdicción voluntaria” ejercida por los jueces, ciertas leyes concretas del Poder Legislativo —presupuesto, pensiones, etc.—, el juicio político del Congreso y las funciones administrativas realizadas por personas públicas no estatales y por determinados particulares.

En el caso de la jurisdicción voluntaria, si fuera verdaderamente función administrativa, su calidad de tal es perfectamente coherente con las definiciones que hemos expuesto; sin embargo, un autor ha objetado que tales actividades no se rigen en verdad por el derecho administrativo, por lo cual mal puede aplicárseles la denominación de función administrativa.<sup>111</sup>

La objeción es exacta en la medida en que se sostenga que tales actividades son de tipo administrativo, pero la cuestión es que tal vez lo inexacto sea considerar, como se hizo tradicionalmente, que tales actos sean de sustancia administrativa. En este sentido es posible que corresponda modificar la formulación tradicional del carácter administrativo de estos actos y decir que si bien ellos no tienen objetivamente carácter jurisdiccional, en un caso (en cuanto no

<sup>110</sup> Por razones de simplificación no incluimos en este concepto el caso de las funciones administrativas excepcionalmente realizadas por instituciones no estatales, como fuera el caso de la Federación Agraria en la emisión de cartas de porte.

<sup>111</sup> GARRIDO FALLA, *op. cit.*, t. I, p. 26 y ss.

son resolución de una contienda entre partes) o legislativo, en otro (en cuanto no son normas generales), *deben con todo asimilarse a los actos de tal carácter*, por su gran similitud formal con ellos y por la aplicación que reciban de igual régimen jurídico.

## 22.2. *Funciones de autoridades administrativas independientes*

En las postrimerías del siglo XX se hizo también común, en Europa, la institución de la “autoridad administrativa independiente,” creada a semejanza del clásico modelo norteamericano de autoridades reguladoras.<sup>112</sup> Son creadas y dependen del Congreso de la Nación, no del Poder Ejecutivo nacional. Los funcionarios que integran sus directorios se designan para períodos escalonados; tienen estabilidad por el período para el cual son nombrados, que no coincide con el de las autoridades políticas. En Estados Unidos las más conocidas son la FCC, *Federal Communications Commission*; SEC, *Securities and Exchange Commission*; *Federal Reserve Board*, etc. Cabe señalar que su independencia, unida a su no conexidad con los períodos presidenciales, le otorga al Estado mismo una mayor estabilidad y continuidad. Además es una de las claves de un moderno sistema democrático de división del poder, que acá nuestras autoridades políticas y sus ideólogos y juristas de turno se resisten a aceptar. Les *gusta* el ejercicio autoritario del poder, el cacicazgo, el populismo, el clientelismo, la corrupción y sobre todo las prebendas obtenidas a su amparo en la construcción de una nueva oligarquía propia del siglo XXI.

Los órganos que estos actores de nuestra realidad se resisten a aceptar, o intentan amordazar además de la libertad de pensamiento y de prensa, son en nuestro país el Defensor del Pueblo de la Nación, la Auditoría General de la Nación, los entes reguladores de los servicios públicos monopolizados,<sup>113</sup> el Consejo de la Magistratura,<sup>114</sup> el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, el Ministerio Público, para no citar sino los principales, ya que habría que crear defensorías del Pueblo en cada sector de la administración y de la sociedad. Algunas entidades privadas han comenzado a hacerlo, a nuestro juicio con especial éxito, como es el caso de ANDREW GRAHAM YOOL en el diario *Perfil*.

<sup>112</sup> Como lo explica GENTOT, MICHEL, *Les autorités administratives indépendantes*, París, 1994, p. 1; ver también COLLIARD, CLAUDE-ALBERT y TMSIT, GÉRARD (directores), *Les autorités administratives indépendantes*, París, PUF, 1988.

<sup>113</sup> Cuando tienen ley regulatoria. Ampliar *infra*, cap. XV, “Los entes reguladores” § 4, “Independencia y estabilidad,” 6 “Facultades regulatorias” y 8, “El ente regulatorio no tiene jurisdicción administrativa.”

<sup>114</sup> Con todo, cabe advertir que en los últimos años diversas leyes y fallos han restringido severamente su respectiva independencia o imparcialidad, o libertad de acción. Pero la cantidad y calidad de las críticas levantadas en contra de tales modificaciones permite abrigar esperanzas de que en un futuro no demasiado lejano posteriores gobiernos nos permitan retrotraer el camino hacia la institucionalidad perdida y que los puedan finalmente crear, dentro de su ámbito de competencia, tribunales administrativos imparciales e independientes de los entes mismos, para que ejerzan, entonces sí, una verdadera jurisdicción administrativa aunque sujeta a revisión judicial plena.

Su función no es dictar normas generales con fuerza de ley ni resolver contiendas con autoridad de cosa juzgada, por lo tanto no legislan ni juzgan.<sup>115</sup> Administran, pero en forma independiente<sup>116</sup> de los otros poderes del Estado o de las corporaciones privadas o públicas no estatales a que pertenecen.<sup>117</sup> Es una nueva concepción democrática del poder. Claro está que ante una defeción generalizada del poder político en su deber de cumplir sus obligaciones democráticas *stricto sensu*, debe ser la justicia la que inevitablemente, como *ultima ratio* del Estado, acuda a intentar *desfazer* el entuerto. Utilizamos castellano antiguo porque así nos parece que nos encontramos.

En cuanto a los entes reguladores en particular, se está produciendo una tendencia germinal que llevará algún día a su independencia real, que debieron tener desde un primer instante pero de la que gozaron sólo en períodos muy excepcionales y aislados. Como ya dijimos, en el aspecto positivo, por una parte, se tiende a eliminar el control de sus actos por vía administrativa de alzada.<sup>118</sup> Por la otra, se comienza a perfilar algunos aspectos semejantes a la jurisdicción, como tratar de ser en ocasiones terceros desinteresados del proceso.<sup>119</sup> También se reduce la ingerencia por otras vías de parte del Poder Ejecutivo. Si este conjunto de datos promisorios se afirmara, tendríamos un caso de lo que en Estados Unidos de Norte América se llama jurisdicción administrativa primaria: Ni jurisdicción plena, ni administración pura. pero como ya dijimos, estamos todavía lejos de verlo funcionar en la realidad, salvo el caso de los controladores de tránsito en la Ciudad de Buenos Aires.<sup>120</sup>

<sup>115</sup> Otros autores, en cambio, piensan que realizan las tres funciones del Estado y son como un pequeño Estado dentro del Estado (BIANCHI.) Es una buena hipérbole, didácticamente útil, aunque desde luego no descriptiva. En todo caso el fallo *Angel Estrada*, de la CSJN, ya citado, señala su falta de imparcialidad e independencia como para ejercer funciones jurisdiccionales.

<sup>116</sup> Esa independencia, como es obvio, se ve fuertemente amenazada en los tiempos que corren. Pero la consistencia y reiteración de las críticas públicas a tales cambios permite confiar en su oportuna rectificación, quizás por ulteriores gobiernos. El proceso de cambio será probablemente lento, como lenta ha sido la construcción del poder concentrado en exceso. Mientras tanto, hemos perdido mucho en calidad institucional.

<sup>117</sup> El mejor antecedente es el del periódico *Perfil*, que nombró *Ombudsman* del periódico a un periodista de impecable independencia y coraje, ANDREW GRAHAM YOOL.

<sup>118</sup> Ampliar *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, cap. XI.

<sup>119</sup> Esto se advierte claramente en CNFed. CA, Sala I, *Angel Estrada*, citado. Pero el fallo de la CSJN consideró acertadamente no tenían independencia ni imparcialidad. Hace años les recomendé que crearan tribunales administrativos independientes e imparciales dentro de su organización, pero prefirieron retener la pretendida función jurisdiccional en el Directorio del organismo. Creían que podían estar en el sistema medieval de la justicia retenida por el monarca, porque así se lo susurraba al oído la vieja doctrina.

<sup>120</sup> Sobre la aplicación del derecho administrativo o penal por estos órganos y los órganos judiciales de contralor ver el excelente trabajo de PULVIRENTI, ORLANDO D., "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y un camino a seguir en la seguridad del tránsito," en ALTERINI, JORGE (dir.), *Sistema de evaluación permanente de conductores. Doctrina. Texto actualizado de la ley 4148. Jurisprudencia extranjera*, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 19-30. Tenemos un par de discrepancias, pero no hacen al asunto. Es el mejor de los trabajos publicados comentando la citada ley de la CABA, en el folleto mencionado.

### 22.3. *Funciones administrativas de órganos no estatales*

Otra cuestión de interés, que implica también una excepción a la idea genérica que la definición transmite, es la relativa a la realización de funciones administrativas por órganos no estatales. Los llamados entes públicos no estatales, a que nos referimos más abajo, como así también a veces simples personas privadas, ejercen una parte del poder del Estado y en esa medida ejercen función administrativa y dictan, consecuentemente, actos administrativos. La cuestión era discutida en el derecho argentino y había anteriormente primado la opinión contraria,<sup>121</sup> pero por las razones que exponemos en su lugar creemos que la excepción cabe ser admitida, por lo menos en el derecho administrativo argentino. En otros países la práctica de otorgar funciones administrativas a entidades no estatales se halla más difundida aun,<sup>122</sup> por lo que debe tenérsela presente como una excepción de cierta importancia.

En el derecho argentino el ejercicio de funciones administrativas públicas por parte de órganos no administrativos aparece reconocido en el art. 86 de la Constitución nacional al referirse al objeto de contralor por el Defensor del Pueblo de la Nación y en la ley sobre la auditoría general de la Nación. El ejemplo más importante es el de los concesionarios y licenciarios de un poder monopólico o exclusivo conferido por el Estado, particulares ambos sometidos al control de tales órganos en virtud de ejercer funciones de dicha naturaleza.

También hay funciones administrativas públicas ejercidas por personas públicas no estatales, es el caso del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

### 22.4. *Las funciones materiales del Estado*

Cabe advertir contra una errada concepción que asimila a las así denominadas “funciones” del Estado, con una noción finalista o teleológica, pretendiendo por asimilación verbal suponer que el fin del Estado es realizar las tres funciones antedichas. Por el contrario, el fin del Estado se concreta hoy en día principalmente en sus funciones políticas, económicas y sociales, que son así funciones en sentido material pero no en sentido formal jurídico. Lo que ocurre es que la clasificación formal de las tres “funciones” del Estado en legislativa, jurisdiccional y administrativa, es una primera manera de aproximarse al conocimiento del funcionamiento jurídico del aparato del Estado. Luego de esta primera aproximación corresponderá seguir analizando otras clasificaciones igualmente formales, pero que responden a diversos aspectos del régimen jurídico administrativo: facultades discrecionales y regladas de la administración, actos y hechos administrativos,

<sup>121</sup> Ampliar en el t. 3, *El acto administrativo*, cap. I, § 12, “Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales.”

<sup>122</sup> Ver FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS, *Derecho administrativo, sindicatos y autoadministración*, Madrid, 1972, p. 179 y ss.

derecho subjetivo y derechos de incidencia colectiva, interés legítimo e interés simple, entes públicos estatales y no estatales, etc.

También será necesario referirse a una institución clásica del derecho administrativo que hoy día nos parece corresponde cuestionar, como es el poder de policía.<sup>123</sup> Explicar aquí las funciones del Estado en la trilogía clásica mencionada no quiere en modo alguno decir, pues, que esas sean las funciones materiales que el Estado moderno debe realizar para satisfacer con ello sus fines: será en todo caso *a través* de estas funciones formales que habrá luego de cumplir, o no, sus finalidades materiales en el campo político, económico y social.

<sup>123</sup> Desarrollamos el tema *infra*, t. 2, cap. V, “El «Poder de policía.»” Ver también nuestro art. “Policía y poder de policía,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41. Otra referencia se puede hallar en el cap. IV de este vol., p.7, nota 15.

## *Capítulo X*

# CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

## I. Acto, hecho, reglamento, contrato

### 1. *Conceptos clasificadores*

Las nociones de “acto administrativo,” “reglamento,” “contrato administrativo,” etc., cumplen meramente una función metodológica y sistematizadora dentro del derecho administrativo; están desprovistas, en consecuencia, de caracteres dogmáticos que exijan arribar a una definición determinada como única válida y verdadera; en verdad, son admisibles tantas definiciones de reglamento o acto administrativo como sistemas doctrinarios existan en el derecho público y ellas serán válidas en cuanto armonicen dentro del sistema conceptual en que se las ubica.

Pero si bien la discusión acerca de cómo dar una definición de acto administrativo carece de proyecciones dogmáticas, ello no significa que sea totalmente intrascendente dar uno u otro concepto ya que de la mayor o menor perfección y precisión del mismo dependerá la facilidad y utilidad con que se lo podrá manejar luego. La definición a ofrecerse debe entonces responder a una adecuada metodología y a una satisfactoria sistematización de la realidad del régimen jurídico de la función administrativa, pues las definiciones y clasificaciones han de servir para explicar su funcionamiento.

En el proceso de lograr esa sistematización que producirá por resultado la definición buscada, podemos distinguir varios pasos.

### 2. *Función administrativa*

El punto de partida reside en el concepto de función administrativa, que según se recordará comprende toda la actividad de los órganos administrativos (cen-

tralizados o descentralizados) y también la actividad de los órganos legislativo y judiciales en la medida en que no se refiera a las funciones específicas de tales órganos: Para llegar a una definición de acto administrativo, deberemos clasificar y sistematizar la realidad que nos presenta la función administrativa.

### *3. Actividad jurídica y no jurídica*

La primera clasificación a efectuar es aquella que distingue entre la actividad jurídica y no jurídica de la administración, o sea, actividad que produce o no efectos jurídicos directos; obviamente, la parte que nos va a interesar más intensamente a efectos de la investigación es la primera.

### *4. Actos y hechos de la administración*

#### *4.1. La distinción entre acto y hecho, jurídico y no jurídico*

A continuación distinguiremos según que esa actividad o función administrativa, jurídica o no jurídica, se manifieste a través de actos o de hechos. Diremos que los actos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad, de conocimiento o de juicio; que hechos son las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material, a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así y pueden presentarse actos que no son ejecutados, o hechos realizados sin una decisión previa formal. La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica, por cuanto el hecho también es en alguna medida expresión de voluntad administrativa; pero en líneas generales puede afirmarse que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los particulares a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material.

Si bien en cualquier hecho o actuación material de la administración podemos deducir cuál ha sido la voluntad que lo ha precedido (del hecho de que se haya colocado una barrera en una calle, podemos deducir que se la ha querido cerrar al tránsito; del hecho de que se quite la barrera deducimos que se ha decidido abrirla nuevamente), no por ello habrá allí un acto: para que exista acto es necesario que encontremos esa declaración de voluntad que se manifiesta intelectivamente y no a través de su directa ejecución.

Aunque subjetivamente puede existir una decisión del funcionario actuante tanto si dicta un acto como si realiza un hecho, sólo se llamará acto a aquella decisión que se exterioriza formalmente como tal y no a través de su directa eje-

cución. Así, la decisión *ejecutada* se da a conocer a los demás individuos a través de los hechos reales que transmiten la idea respectiva; la decisión de librar la calle al tránsito se deduce de que nada ni nadie impide transitar; la decisión de destruir se infiere de que la cosa está siendo destruida, etc. En cambio, la decisión *declarada* se da a conocer a los demás individuos a través de hechos o datos que tienen un significado simbólico, figurado: la decisión de permitir pasar surgirá pues de una expresión verbal o escrita, o de un signo convencional de tránsito; la decisión de destruir surgirá de un cartel, etc. De allí se desprende que el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que queda allí nomás, como determinación, opinión o conocimiento: que no se ejecuta al exteriorizarse. No obsta a este concepto el que la idea contenida en la declaración se ejecute inmediatamente después de exteriorizarse; lo esencial es que se pueda apreciar objetivamente una escisión, una separación conceptual y real entre *a)* la decisión, opinión, conocimiento, etc., por un lado y *b)* la ejecución de esa decisión por el otro; y esa separación surge de que la declaración sea conocida a través de datos simbólicos (palabra oral o escrita, signos convencionales, etc.) y no de datos reales.

Cuando la exteriorización de la decisión se hace recién a través de la ejecución misma, o sea, de los datos reales (la destrucción de la casa; el retiro de los obstáculos que cerraban la calle, etc.) no estamos ante un acto sino ante un hecho administrativo. La ejecución material, en todos los casos, es un hecho: tanto cuando ejecuta un acto, como cuando en ausencia de acto transmite directamente en la actuación material la voluntad a que responde. El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declaración de voluntad: pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución conceptualmente posible de dicho acto). Decidir la destrucción o construcción de una cosa, es un proceso intelectual; dar a conocer la decisión de destruir o construir esa cosa, pero sin destruirla o construirla aun, es un acto; construir o destruir la cosa, en ejecución de la decisión dada a conocer previa, independiente y simbólicamente es un hecho; pero también es un hecho destruir o construir la cosa directamente, sin haber dado a conocer en forma separada y previa la decisión de hacerlo: en este último caso faltará el acto administrativo.

Ordenar la detención de una persona, es un acto; aprobar la detención de una persona, hecha por un agente inferior, es un acto; decidir por sí mismo y comunicar al interesado que se lo va a detener, es un acto; pero la detención en sí misma es siempre un hecho: y cuando se efectúa la detención sin haber previamente dado a conocer al interesado por un proceso intelectual (no-real: orden verbal, nota, etc.) la voluntad de realizarla, es un hecho realizado sin la existencia de un acto administrativo.

Otros ejemplos: si un agente de policía me dice: “Queda usted detenido,” eso es un acto; si luego me toma del brazo y me lleva a la comisaría este es el hecho que ejecuta el acto anterior; si directamente me toma del brazo y me lleva a la comisaría, sin antes haberme transmitido aquella decisión de detención, entonces se tratará de un hecho administrativo. En este último caso, al hecho administrativo puede también seguir un acto con posterioridad: al llegar a la comisaría, el comisario decide constituirme detenido y así lo certifica por escrito: esto es ahora un acto; cuando me llevan al calabozo, esto será otra vez un hecho administrativo. Si más tarde advierten que se trata de un error en la persona y que debieran detener a otra persona de nombre parecido, podrán abrir la puerta del calabozo y esto será un hecho; decirme: “Salga, está en libertad” y ello será un acto: devolverme mis objetos personales y ello será un hecho. Finalmente, cuando ante mi requerimiento se aplique una sanción administrativa a los agentes policiales que me detuvieron irregularmente, ello será un acto; el cumplimiento de la sanción un hecho.

Con ello aparecen ya cuatro divisiones en la actividad administrativa: los actos jurídicos realizados en ejercicio de la misma, los actos no jurídicos, los hechos jurídicos y los hechos no jurídicos.

#### 4.2. *Actos no jurídicos*

También son llamados *actos de la administración*. Se trata de decisiones, declaraciones o manifestaciones realizadas en ejercicio de la función administrativa, que no producen efectos jurídicos directos respecto de un sujeto de derecho. Se diferencian de los hechos administrativos (tanto jurídicos como no jurídicos), en que en lugar de actividades materiales consisten en manifestaciones o declaraciones, expresiones intelectivas de voluntad, conocimiento, opinión, recomendación, juicio, deseo, etc. Encontramos en esta clasificación gran parte de las piezas procesales de todo expediente administrativo: los *informes* producidos por oficinas técnicas o no técnicas, en que se relatan hechos ocurridos y de conocimiento de la oficina, o se verifican hechos expresándose los resultados, o se realizan averiguaciones, informándose de ellas, etc.; los *dictámenes*, en los cuales el funcionario pertinente emite una opinión, juicio, consulta, etc., destinada a orientar el criterio de la autoridad que debe decidir.

Los dictámenes forman parte de la actividad llamada “consultiva” de la administración y se clasifican en dictámenes “facultativos” (que pueden o no solicitarse al órgano consultivo) y “obligatorios” (que es debido requerirlos, como condición de validez del acto). A su vez, los dictámenes obligatorios se subdividen en *vinculantes* (cuando es también necesario proceder según lo aconsejado por el órgano consultivo), *semivinculantes* (cuando puede no adoptarse la decisión recomendada, pero no puede adoptarse la solución contraria a la recomendada, o no puede adoptarse la solución observada por el órgano consultivo) y *no vin-*

*culantes* (cuando puede adoptarse libremente cualquier decisión, coincida o no con la opinión del órgano consultivo). Dentro de los dictámenes ocupan un lugar fundamental los *dictámenes jurídicos*, los cuales son obligatorios, de acuerdo con el art. 7º, inc. *d*) *in fine* del decreto-ley 19.549/72,<sup>1</sup> pero no vinculantes.<sup>2</sup>

También cabe considerar dentro de los actos no productores de efectos jurídicos directos, todas las medidas de prueba que la administración produzca durante el procedimiento: pericias,<sup>3</sup> declaraciones testimoniales,<sup>4</sup> producción de pruebas documentales o instrumentales,<sup>5</sup> tales como copias simples o certificadas, etc.

Todos estos actos, llamados *lato sensu* actos de la administración, caben dentro del concepto de las llamadas “medidas preparatorias,” de las que el art. 80 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72 dice que no son recurribles directamente,<sup>6</sup> sin perjuicio del derecho de alegar en contra de ellas; la razón de ser de que no sean recurribles o impugnables es precisamente que no producen un efecto jurídico directo respecto del particular y por lo tanto no son susceptibles de causar agravio o gravamen directo. Su cuestionamiento por vía de un recurso administrativo, requerirá la previa emisión del acto administrativo a cuya formación tales medidas estaban destinadas a contribuir.

Con todo, deben distinguirse los actos preparatorios, tales como informes, dictámenes, pruebas, etc., de los llamados actos “interlocutorios” o “de mero trámite” (art. 84 de la reglamentación citada), que junto con los actos “definitivos” o “que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado” (arts. 84 y 89) constituyen el total de los actos productores de efectos jurídicos directos,<sup>7</sup> a los cuales nos referimos a continuación.

### 4.3. Actos jurídicos

Son las decisiones, o declaraciones de voluntad, conocimiento o juicio, productoras de un efecto jurídico directo, esto es, del nacimiento, modificación o extinción

<sup>1</sup>“Considerárase [...] esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos.” Otros aspectos pueden verse en WEBER, YVES, *L'administration consultative*, París, 1968.

<sup>2</sup>Son vinculantes para los servicios jurídicos que integran el Cuerpo de Abogados del Estado, las opiniones jurídicas de la Procuración del Tesoro de la Nación (art. 6º, ley n° 12.954 y 3º, 4º, y 8º, inciso *a*), decr. 34.952/47). Ello no implica que sean vinculantes para los órganos que deben emitir el acto, quienes pueden apartarse de los criterios manifestados por el referido organismo. Raramente asumen ese riesgo.

<sup>3</sup>Las pruebas periciales se rigen por los arts. 54 a 57 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72. Aclaremos que es la *pericia*, *documento*, etc., lo que constituye acto no jurídico, pues el acto que *ordena* la pericia, etc., es ya un acto interlocutorio (*infra*, § 4.2).

<sup>4</sup>Lo atinente a la prueba testimonial es tratado en los arts. 49 a 53 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72; lo atinente a la prueba de confesión, en el art. 59.

<sup>5</sup>Arts. 27 a 30 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72.

<sup>6</sup>“Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, inclusive informes y dictámenes, aunque sean de requerimiento obligatorio y efecto vinculante para la Administración, no son recurribles.”

<sup>7</sup>Conf. Bolivia, arts. 27 y 57; Perú, 1.1 y 159.1.

de un derecho o deber jurídico de un sujeto de derecho. Veremos más adelante que pueden distinguirse según sean unilaterales o bilaterales y a su vez, según sean individuales o generales, en el caso de los actos unilaterales.

Podemos también adelantar ahora que igualmente pueden distinguirse en el caso de los actos unilaterales individuales, en actos “definitivos” o equiparables a ellos (“los que impiden totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado,” *v. gr.*, una orden de archivo de las actuaciones, o una decisión que niega al particular el derecho de defenderse, o el acceso a las actuaciones, o la defensa letrada, etc.) y en actos “interlocutorios” o “de mero trámite.” Estos últimos son actos que producen un efecto jurídico directo, pero sin decidir el fondo de la cuestión central planteada: un pase, un traslado, una vista concedida parcialmente, una medida ordenando o denegando la producción de una prueba, un acto relativo a la forma de producción de determinada prueba, el pedido de un dictamen o informe, etc.

La diferencia entre unos y otros reside en que los recursos administrativos utilizables contra ellos de acuerdo con el decreto 1.759/72, son distintos en el caso del acto administrativo que decide el fondo de la cuestión o paraliza el procedimiento y en el caso del acto que decide una cuestión de trámite;<sup>8</sup> a su vez, ambos se distinguen de los actos o medidas preparatorias en que estas últimas no son recurribles, mientras que los primeros sí lo son, sin perjuicio de la diversidad de recursos aplicables.

#### 4.4. *Hechos no jurídicos*

Son todas las actuaciones materiales de la administración que no producen un efecto jurídico directo, ni constituyen declaraciones o manifestaciones intelectivas. Así, el profesor da su clase de pie o sentado, o camina durante la misma, hace gráficos en el pizarrón o pasa diapositivas; el agente de policía lleva un expediente de la comisaría al juzgado; el ordenanza barre el aula, trae agua o café; el profesor trae expedientes administrativos a clase para que los vean los alumnos, etc.

#### 4.5. *Hechos jurídicos*

Son las conductas administrativas que producen un efecto jurídico determinado, sea él la creación de un derecho o un deber, o incluso la producción de responsabilidad respecto del agente que lo cometió o de la administración: el agente de policía que me detiene sin orden de autoridad competente, comete un hecho antijurídico que lo hace responsable a él y a la administración; el funcionario

<sup>8</sup> Corresponden a los primeros aquellos recursos que someten la resolución de la cuestión a consideración del órgano superior (recurso jerárquico y recurso de alzada) mientras que en el segundo caso, sólo puede requerirse un nuevo examen por el mismo órgano autor del acto a través del recurso de reconsideración. Esta posibilidad se halla también presente en el primer caso.

que no obedece una orden judicial de pronto despacho ante un amparo por mora, incurre en responsabilidad (decreto-ley 19.549/72, arts. 28 y 29); la posesión pacífica de una cosa, durante un determinado tiempo, hace nacer un derecho sobre ella; el agente que se lleva un coche mal estacionado, pero lo hace con negligencia tal que le produce un daño, comete un hecho que produce también el efecto jurídico de hacer nacer un derecho a indemnización del propietario del vehículo; el conductor de un vehículo oficial que con culpa o negligencia choca contra el vehículo de un tercero, incurre en igual responsabilidad patrimonial para sí y para el Estado, etc.

### 5. *Primera definición*

Con estos elementos podemos, si lo deseamos, dar una definición elemental de acto administrativo, diciendo que es una declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos directos.

Sin embargo, esta definición —aunque dogmáticamente correcta— peca de una deficiencia metodológica y práctica, cual es la de ser excesivamente amplia y vaga como para permitir una adecuada y precisa utilización técnica; parecería así necesario continuar todavía con la investigación.

### 6. *Actos y contratos administrativos*

Dentro de los actos realizados en ejercicio de la función administrativa y que producen efectos jurídicos existe una diferencia de régimen entre aquellos que se realizan de común acuerdo entre la administración y otro sujeto de derecho, para reglar derechos y deberes comunes, y las manifestaciones meramente unilaterales de la administración que realiza ella por su cuenta y por su sola voluntad. Los primeros reciben generalmente la denominación de “contratos administrativos”<sup>9</sup> y tienen un régimen propio diferenciado y bastante autónomo: ante tal circunstancia cabe preguntarse si no es más conveniente evitar la duplicación de los términos “acto administrativo” y “contrato administrativo.”

<sup>9</sup> La denominación de *contratos administrativos* incluida en el texto, comprende a la totalidad de los contratos celebrados por la administración. Cabe destacar que tradicionalmente se han distinguido dos grandes categorías: aquellos contratos regidos en forma predominante por el derecho privado, denominados frecuentemente contratos *privados* de la Administración, y aquellos a los cuales la ley —o la voluntad de las partes, o el interés público de los usuarios afectados— asignaba un contenido predominante de derecho público, denominados *contratos administrativos*. Hoy, en el derecho argentino actual, pensamos que puede resultar útil agrupar tres tipos principales de regímenes jurídicos de contratos celebrados por la administración: 1°) algunos más próximos a la esfera del derecho privado, con un virtual pie de igualdad entre las partes, sin ser con ello totalmente contratos privados; son los que han existido siempre; 2°) otros, con regímenes intermedios que tomaron forma y crecieron al amparo del extendido sector público de la economía que existió hasta fines de la década del 80 del siglo XX., 3°) y los contratos que tienen un régimen más severo para el contratista en función de la necesidad de tutelar el interés de los usuarios del servicio que aquél presta en condiciones monopólicas o de exclusividad. Ampliaremos este análisis en el cap. XI, *Clasificación de los contratos administrativos*.

Puesto que estos últimos tienen ya una caracterización propia y específica y una denominación corriente y también específica, cabe conceptuarlos y caracterizarlos independientemente de los actos unilaterales y reservar el concepto de “acto administrativo” exclusivamente para los primeros, atento que los segundos tienen ya su denominación propia.

### 7. *Segunda definición*

Si nos damos por satisfechos con este estado de la investigación podemos entonces decir que acto administrativo es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos en forma directa. Sin embargo, ello es todavía prematuro.

### 8. *Actos unilaterales generales e individuales*

En efecto, incluso dentro de los actos unilaterales de la administración es dable encontrar una sensible diferencia entre aquellos que producen actos jurídicos generales (o sea, para una serie indeterminada de casos) o individuales (esto es, particulares, concretos: para un solo caso determinado, o para distintos casos individualmente especificados y determinados.)

Entre los actos administrativos de carácter general, encontramos aquellos que forman parte permanente (hasta su derogación o sustitución) del ordenamiento jurídico, que innovan el ordenamiento jurídico<sup>10</sup> que no son otros que los reglamentos administrativos (o sea, las normas generales dictadas por la administración) y que, al igual que los contratos administrativos, tienen su propia denominación específica y su propio régimen especial, que los diferencia de los actos administrativos de alcance particular. Cabe distinguir a los reglamentos, de los actos administrativos de alcance general que no se integran en el ordenamiento jurídico, que aunque tengan como destinataria a una pluralidad indeterminada de sujetos, no cambian el ordenamiento jurídico, se limitan a aplicarlo, tal como sucedería con una convocatoria general a inscripción para exámenes emitida por la Facultad de Derecho a los alumnos de determinado año o ciclo. Cabe destacar, no obstante, que el decreto-ley 19.549/72 de procedimientos administrativos no efectúa esta distinción, limitándose a distinguir entre actos administrativos de alcance particular y de alcance general (arts. 11, 23, 24 y 25.)

Dada la ya advertida diversidad existente entre el acto administrativo y el reglamento, cabe añadir en lo que hace al régimen legal en particular, o entre los actos administrativos de alcance general y los actos administrativos de alcance particular, empleando la terminología del decreto-ley, parece adecuado reservar la denominación de acto administrativo a aquellos actos administrativos produc-

<sup>10</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Primera edición argentina, con notas de AGUSTÍN GORDILLO, Buenos Aires, Thomson-Civitas-La Ley, 2006, Tomo I, p. 187.

tores de efectos jurídicos individuales, denominando actos administrativos de alcance general a aquellos que, sin modificar el ordenamiento jurídico, poseen efectos jurídicos generales, y reglamentos, a aquellos actos unilaterales productores de efectos jurídicos generales, que cambian el ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto, resulta evidente que la metodología adecuada no puede ser en modo alguno la de superponer los conceptos de “acto administrativo” y “reglamento administrativo” haciéndole perder precisión al primero, además de infligirle un daño innecesario al segundo, suficientemente claro de por sí.

### 9. Tercera definición

Podemos entonces definir el acto administrativo, como la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.

Dar esta definición restringida, se reitera, sirve sólo a una finalidad metodológica y no pretende ni puede pretender negarle el carácter de “actos” a los contratos y reglamentos, ni tampoco el que los mismos sean de índole “administrativa.”<sup>11</sup> Tal vez podría decirse que el término “acto administrativo” admite un doble uso: amplio y restringido. En sentido amplio, sería acto administrativo toda declaración administrativa productora de efectos jurídicos y en sentido restringido sería sólo la declaración unilateral e individual que produzca tales efectos jurídicos.

No puede por lo tanto considerarse objeción válida a esta definición aquella que afirma que los reglamentos no tienen carácter legislativo sino administrativo, para de allí querer sacar la conclusión de que deben integrarse en la noción de acto administrativo.

Si bien la primera parte de esta afirmación es correcta, en cuanto los reglamentos no tienen carácter legislativo sino administrativo, ello no funda la siguiente conclusión, pues el no llamarlos “actos administrativos” en modo alguno se basa en quitarles el carácter de “administrativos,” según ya se dijo, sino simplemente en usar el término “acto administrativo” en un sentido más restringido, por razones didácticas y metodológicas. Podrá preferirse una u otra definición por estimársela más práctica y útil, pero no porque alguna de ellas deba ser necesariamente la única definición válida.

## II. Facultades regladas y discrecionales de la administración

### 10. Introducción

El concepto y distinción de las facultades regladas y discrecionales y de los derechos subjetivos y derechos reflejos (o “intereses legítimos”), e incluso derechos

<sup>11</sup> Esas son las concepciones esencialistas que criticamos en el cap. I.

de incidencia colectiva, es comúnmente explicado por los autores de derecho administrativo en ocasión de tratar de algún punto determinado de la materia (especialmente, el antiguamente llamado “contencioso-administrativo”). Estos temas, sin embargo, se presentan en mayor o menor grado en toda la disciplina; por ello se hace indispensable su estudio e investigación en forma autónoma. Estas nociones, además, tienen una finalidad ordenadora y metodizadora, al igual que la noción de acto administrativo. En efecto, la actividad administrativa puede ser clasificada de muy diversos modos, de acuerdo con las distintas formas jurídicas que pueda asumir. Tales clasificaciones responden a diferentes finalidades, explicando una u otra de las particularidades del ejercicio de la función administrativa; por ello no resultan necesariamente excluyentes las unas de las otras, sino que se superponen en gran medida. Podríamos decir que según sea el distinto ángulo con que se enfoque la actividad administrativa, así serán las formas jurídicas encontradas y por lo tanto las clasificaciones a que éstas darán lugar.

Las clasificaciones precedentes son fundamentales en el derecho administrativo, pues constituyen la parte casi más importante de su teoría general. Son una suerte de columna vertebral, un nexo técnico entre las demás cuestiones e instituciones de la materia. Todos los demás temas del derecho administrativo giran necesariamente alrededor de estas clasificaciones y deben recurrir a ellas para solucionar más de una cuestión decisiva.

En resumen, estas dos clasificaciones consideran un distinto aspecto o momento de la actividad administrativa y por ello será perfectamente posible expresar que en un caso la administración ha ejercido una atribución reglada o discrecional, que al ejercerla ha afectado un derecho subjetivo, un derecho de incidencia colectiva o un interés difuso, un interés legítimo, o un interés simple; que a tal efecto ha dictado un acto, o un contrato, o un reglamento administrativo, o que ha realizado un simple comportamiento activo o una omisión, o contestado con el silencio administrativo, etc.

Ninguna de estas nociones es determinante de que concretamente se dicte o realice uno u otro tipo de acto o hecho (acto administrativo, reglamento, contrato; hecho administrativo, silencio, omisión.) La primera distinción entre facultad reglada o discrecional tiene íntima relación con que se haya lesionado un derecho subjetivo o un interés legítimo, según veremos en las páginas siguientes. Es posible y deseable que con el correr del tiempo la distinción pierda importancia, en la medida que la asuman en mayor medida principios tales como el de la razonabilidad explicado en el § 8 del cap. VI. Creemos que el principio de la razonabilidad puede también ser aplicado, con éxito, a temas tales como la racionalidad económica de una medida administrativa o legislativa determinada, aunque cabe convenir que existen demasiados ángulos de discusión como para tener optimismo en el corto plazo al respecto. Una muestra de ello lo proporcio-

nan las cuestiones relativas a cómo manejar la política económica en tiempos normales y en tiempos de crisis, tema en el que es frecuente encontrar en nuestro país medidas o decisiones que en el resto del mundo, particularmente en el mundo desarrollado, no se consideran las más acertadas o incluso ni siquiera racionales.<sup>12</sup>

### 11. *Criterio de distinción*<sup>13</sup>

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto.<sup>14</sup> Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.<sup>15</sup>

Dicho de otro modo, la actividad administrativa debe ser eficaz en la realización del interés público, pero esa eficacia o conveniencia u oportunidad es en algunos casos contemplada por el legislador o por los reglamentos y en otros es dejada a la apreciación del órgano que dicta el acto; en ello estriba la diferencia de las facultades regladas y discrecionales de la administración. En un caso es la ley —en sentido lato: Constitución, tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, C.N.), tratados internacionales, ley, reglamento— y en otro es el órgano actuante, el que aprecia la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse.<sup>16</sup>

En el primer caso, la ley se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público; en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de derecho; no tiene él libertad de elegir entre más

<sup>12</sup> Ver nuestros trabajos "Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina," en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009; "La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional," UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Rap, 2009; "Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality," en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>13</sup> Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo," *Revista de Administración Pública*, 38: 159 (Madrid, 1962); RIVERO, JEAN, *Droit administratif*, París, 1970, p. 78 y ss.

<sup>14</sup> Ver y comparar VENEZIA, JEAN-CLAUDE, *Le pouvoir discrétionnaire*, París, 1959; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1963, p. 213 y ss. y ediciones posteriores; HAMSON, C. F., *Pouvoir discrétionnaire et contrôle juridictionnel de l'administration*, París, 1958; EHMKE, HORST, "Ermessen" und "Unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960; SESÍN, DOMINGO J., *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

<sup>15</sup> Ver y comparar: LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958; FIORINI, BARTOLOMÉ, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, Buenos Aires, 1948.

<sup>16</sup> DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 213.

de una decisión: su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea en realidad inconveniente. En este caso la actividad administrativa está reglada: el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.<sup>17</sup>

En el segundo caso, la ley permite al administrador que sea él quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto a los intereses públicos; ella no predetermina cuál es la situación de hecho ante la que se dictará el acto, o cuál es el acto que se dictará ante una situación de hecho. El órgano administrativo tiene elección, en tal caso, sea de las circunstancias ante las cuales dictará el acto, sea del acto que dictará ante una circunstancia.

Se trata principalmente de la correspondencia entre el objeto del acto<sup>18</sup> y las circunstancias de hecho exteriores a él; en un caso se precisan —facultades regladas— cuáles son las circunstancias de hecho que deben dar lugar al acto, mientras que en el otro —facultades discrecionales— no: el acto puede darse libremente ante diversas situaciones de hecho, dentro, claro está, de los límites establecidos por el orden jurídico, a los cuales habremos de referirnos en el curso de este análisis;<sup>19</sup> o bien, frente a determinada situación de hecho, puede dictarse más de un acto con objeto diverso; expresado de otra forma, en un caso se determina un solo objeto del acto como posible para una determinada situación de hecho y en el otro puede con cierta amplitud elegirse la situación de hecho ante la que se adoptará esa decisión, o la decisión que se adoptará ante una situación de hecho.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 213.

<sup>18</sup> Aquello que el acto decide, certifica u opina con efectos jurídicos directos e inmediatos.

<sup>19</sup> Siempre, claro está que tenga verdaderamente una situación de hecho que lo justifique y la apreciación sea razonable, proporcionada, etc. Un problema más complejo es cuando la facultad reglada proviene en verdad de una norma de carácter legislativo, caso en el cual la administración no tiene la facultad de apartarse de ella sino que debe a lo sumo plantear su inconstitucionalidad en sede judicial. Lamentablemente, los tiempos por los que atravesamos muestran muchas medidas irracionales dictadas por el poder legislativo a iniciativas de la propia administración (pesificación asimétrica, confiscación de depósitos bancarios, default, confiscación de fondos de jubilaciones y pensiones, etc.), con lo cual la posibilidad de su control judicial queda necesariamente postergada en el tiempo y pasan a ser cuestiones de responsabilidad del Estado, con sus conocidos problemas prácticos. Ver nuestros trabajos “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires DRA. MARÍA GRACIELA REIRIZ*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

<sup>20</sup> DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 214. Señala BALBÍN en tal sentido que cuando el ordenamiento jurídico, por aplicación de las diversas reglas y con intervención de los poderes estatales, sólo acepta una solución, entonces es reglado. Por el contrario, cuando el sistema permite más de una solución, entonces es discrecional. BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 1º ed., La Ley, 2007, p. 488. Cabría precisar una sólo solución “razonable” por lo antes expuesto.

## 12. Aspectos que comprende la regulación

Esa predeterminación de la conducta administrativa a través de normas jurídicas puede realizarse de distintas maneras:

### 12.1. Regulación directa

Se trata de las normas jurídicas que se refieren específicamente a la actividad administrativa: leyes de procedimiento, de contabilidad, de presupuesto, etc.

*Competencia.* La ley siempre prevé en forma expresa o razonablemente implícita, la *competencia*<sup>21</sup> que tienen los órganos administrativos para actuar; generalmente también la forma y el procedimiento en que deben exteriorizar sus declaraciones o manifestaciones de voluntad; ese es un primer e importante grupo de casos de *regulación* de la actividad administrativa.

Un ejemplo de regulación directa de la competencia lo encontramos en el art. 7º, inc. a), del decreto-ley 19.549/72, de acuerdo con el cual el acto debe “ser dictado por autoridad competente,” el cual se complementa con el art. 3º del mismo texto, que establece que la competencia será la que resulta según los casos, de la Constitución, de las leyes y de los reglamentos que se dicten, pudiendo también surgir de delegación o sustitución expresamente autorizada por una norma concreta.

*Forma.* El mismo decreto-ley regula la *forma* del acto, cuando dice en su art. 8º que “El acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito [...] sólo por excepción [...] podrá utilizarse una forma distinta” y en su art. 7º, inc. e), que el acto “deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto,” en particular “los hechos y antecedentes que le sirven de causa” (inc. b) y “el derecho aplicable.”

*Procedimiento.* También el *procedimiento* previo a la emanación del acto se halla reglado en diversos aspectos, exigiéndose el dictamen jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos o intereses legítimos (art. 7º, inc. d) y el cumplimiento de los procedimientos y trámites esenciales previstos expresa o implícitamente por el ordenamiento jurídico. Entre los procedimientos esenciales previstos expresamente y que el administrador está por lo tanto obligado a cumplir, en virtud de una facultad reglada, está el permitir y facilitar a los interesados que ejerzan el “derecho a ser oído,” “derecho a ofrecer y producir pruebas”<sup>22</sup> y “derecho a una decisión fundada,” o sea, “que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas.” (Art. 1º, inc. f), apartados 1º, 2º y 3º.)

<sup>21</sup> Ampliar *infra*, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 6, “La competencia,” § 7, “Distinción entre competencia y ejercicio de la función,” § 8, “Clasificación de la competencia;” nuestro Proyecto de 1964, arts. 3º y ss., 124 y ss.; Bolivia, art. 5º y ss.; Brasil, art. 11 y ss.; Perú, art. 61 y ss.

<sup>22</sup> Ampliar *infra*, t. 2.

*Objeto.* Una cuarta regulación directa de la actividad administrativa se encuentra en relación al *objeto* del acto; p. ej. en la prohibición del objeto del acto (la así llamada “violación de la ley”); ello consiste en que el órgano no podía dictar el acto de que se trate, sea porque la ley (en sentido lato) lo prohibía de manera general, sea porque la ley sólo lo autorizaba para ciertas circunstancias de hecho que en el caso no se dieron.<sup>23</sup>

En este sentido dice el decreto-ley 19.549/72, art. 7º, inc. c), que “el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible; debe decidir todas las peticiones formuladas.”<sup>24</sup> Acá se observa que existe regulación en la medida en que habiendo “cuestiones propuestas” o cuestiones que deben ser decididas o están planteadas en el expediente, tenemos las *circunstancias de hecho* a las cuales debe corresponder el *objeto* del acto. La correspondencia exigida por la norma en este caso es que esas cuestiones planteadas sean resueltas por el objeto del acto: si la decisión no resuelve entonces las cuestiones propuestas, el acto transgrede la regulación normativa existente.

También con referencia al *objeto*, puede ocurrir que la ley sólo autorice el objeto para ciertas *circunstancias de hecho*; allí se trata de un caso de actividad *reglada* en relación al objeto que no debe ser confundido con aquél en que el administrador invoca para su decisión hechos *que no son ciertos*, pero que no fueron establecidos por la ley como condición de legitimidad del acto.<sup>25</sup> Sólo cuando la ley predetermina que para tales y cuales hechos corresponde tal o cual acto, existe regulación del objeto; cuando la ley en cambio se limita a exigir que las decisiones tomadas en el ejercicio de facultades discrecionales sean *motivadas*<sup>26</sup> y establece recursos para el caso de una motivación fundada en hechos erróneos, nos encontramos ante una restricción al ejercicio de la actividad discrecional, pero no por ello ante una actividad reglada en cuanto al objeto. Está sí, reglada en cuanto a la forma.<sup>27</sup>

En todos estos casos (competencia, forma, procedimiento, objeto prohibido por la ley, objeto autorizado sólo para ciertas circunstancias de hecho) se trata de una regulación impuesta *directamente* a la actividad administrativa.

<sup>23</sup> P. ej., el decreto-ley 19.549/72 autoriza en su art. 17, primera parte, que la administración revoque el acto irregular, o sea viciado de nulidad; pero en la segunda parte limita esta facultad y prohíbe la revocación “si el acto hubiere generado prestaciones que estuvieren en vías de cumplimiento,” incluso aunque el acto fuere irregular.

<sup>24</sup> En esa orientación, nuestro Proyecto de 1964, arts. 85 y ss., 119 y ss.; Bolivia, art. 28; Perú, art. 3º, inc. 2º).

<sup>25</sup> En este segundo caso el acto es también inválido, pero por violar una limitación a la discrecionalidad. La invocación de “hechos o antecedentes inexistentes o falsos,” es prevista como causal de nulidad por el art. 14, inc. a) del decreto-ley 19.549/72. Si, en cambio, se invocan hechos ciertos, no se transgrede este aspecto de la limitación.

<sup>26</sup> Así lo exige el art. 7º, inc. e) del decreto-ley 19.549/72, que acertadamente establece esta obligación tanto para los actos reglados como discrecionales. Ampliar *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. X, “Formalidades,” § 6, “La fundamentación o motivación.”

<sup>27</sup> Y en tal caso la omisión o defectuoso cumplimiento determina la nulidad del acto.

La verificación de la exactitud de los hechos invocados por el administrador como origen o “causa” de su acto constituye un capítulo esencial del control judicial de la Administración, tanto del ejercicio de facultades regladas —para establecer si efectivamente se ha configurado el presupuesto de hecho que conforme a la norma aplicable, debía dar lugar a la emisión del acto con objeto predeterminado por parte de ésta— como, especialmente, de facultades discrecionales, como un aspecto fundamental del control de razonabilidad y del cumplimiento de la finalidad del acto administrativo.

Se trata de lo que ha dado en llamarse, particularmente por la doctrina española, “el control de los hechos determinantes.”<sup>28</sup>

El control relativo a la realidad de los hechos invocados por el administrador constituye un aspecto fundamental del control judicial de la discrecionalidad, dado que siendo la realidad sólo una, pudiendo los hechos invocados haber acaecido o no, su eventual falsedad o inexistencia vicia de nulidad el acto, no guardando este aspecto relación alguna con cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia.

Cabe señalar que también existe cierto grado de regulación del fin del acto administrativo y la actividad administrativa, porque como ha sido señalado<sup>29</sup> “todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica.” Tal es lo que establece el art. 7º, apartado f) del decreto-ley 19.549/72, cuando establece que “habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto.” No obstante, tratándose de una regulación limitada —pudiendo en muchos casos existir más de una posibilidad de cumplimiento de la finalidad establecida por la norma— el fin opera más bien como uno de los límites elásticos de la discrecionalidad administrativa, a los que habremos de referirnos posteriormente.

También pueden concurrir otros aspectos regulados directamente, como el tiempo u ocasión establecido por la norma para el ejercicio de la facultad de que se trate, o las modalidades que se establezcan para su ejercicio.

Otros ejemplos de regulación directa de la actividad administrativa encontramos en las leyes de ministerios, de administración financiera del Estado, de

<sup>28</sup> Cabe recordar nuevamente a GARCÍA DE ENTERRÍA, ya citado en el cap. I, en el sentido que la realidad, como tal, si se ha producido o no el hecho y cómo se ha producido, no puede una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la administración discernir si un hecho se ha cumplido o no, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. Enunciación aparentemente indiscutible, que no ha impedido la reticencia de los tribunales en examinar la realidad de los hechos aducidos por la administración o en su caso el legislador. El problema es en cierto modo parecido al control de la racionalidad administrativa y legislativa en materia económica, pero son innúmeros los ejemplos en que el tribunal, simplemente, no ve los hechos. Un caso paradigmático es *Cine Callao*, que analizamos en *Derechos Humanos*, 6ª ed., Buenos Aires, FDA, 2007. Ver también *supra*, cap. I, e *infra*, t. 2, cap. I.

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., Tomo I, p. 462.

obras públicas, de expropiaciones, estatutos del personal civil de la administración pública, normas sobre contratos de suministros, etc.<sup>30</sup>

## 12.2. Regulación indirecta o inversa

En muchas situaciones la ley no reglamenta la forma en que *la administración puede actuar* frente a los particulares, sino las condiciones bajo las cuales los particulares no pueden ser molestados por la administración. Llamar a esto “límite de las facultades discrecionales” no es adecuado ya que la administración se ve constreñida a respetar esas *reglas* establecidas: su situación no es libre; su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho.

Nosotros lo designamos como *regulación indirecta o inversa*, o sea, como actividad administrativa reglada en forma inversa. Se comprenden aquí todos los casos en que la ley *reglamenta* no ya el derecho subjetivo de la administración a actuar sobre los particulares, sino el derecho subjetivo *de los particulares* a que nadie interfiera con sus actividades.

P. ej., si la ley autoriza a la administración a realizar una obra pública y no establece la forma concreta en que debe llevarla a cabo, no por ello tiene la administración discrecionalidad total: puesto que el derecho individual de propiedad sí está reglado (en el Código Civil), cuando la administración en su actividad daña a un inmueble de un particular (grietas, filtraciones, etc.), comete un hecho antijurídico y el particular tiene el derecho subjetivo a invocar las consecuencias jurídicas pertinentes.

La regulación *indirecta* es pues en general la que se estudia en el derecho civil, laboral, etc.; la administración se encuentra ligada por ella aunque ninguna norma se la haya hecho expresamente aplicable.

Con todo, cabe señalar también que a veces la ley civil,<sup>31</sup> comercial, etc., contiene previsiones de derecho administrativo que regulan directa y no indirectamente la actividad administrativa. Así, p. ej., el decreto-ley 19.550/72 de sociedades comerciales establece en su art. 302 ciertas atribuciones que la autoridad administrativa de controlar de las sociedades puede ejercer y regula las sanciones que puede aplicar (apercibimiento, con publicación, multas a la sociedad, sus directores y síndicos); también el art. 299, al determinar los casos en que es de aplicación la “fiscalización estatal permanente,” regula en forma directa la actividad administrativa ya que tal fiscalización no podrá extenderse a otras entidades no comprendidas en la enumeración; el art. 301 del mismo decreto-ley 19.550/72 prevé una facultad discrecional de la administración, al autorizar funciones de vigilancia sobre sociedades no comprendidas en el art. 299, “cuando lo considere necesario, según resolución fundada, en resguardo del interés público.” Disposiciones similares pueden encontrarse en los decretos-leyes

<sup>30</sup> Ver también *supra*, cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo.”

<sup>31</sup> Otros ej. *supra*, cap. VIII, § 2, “Relaciones con el derecho privado.”

de bancos (18.061/69, derogado por el decreto-ley 21.526/77, modificado por ley 25.562), bolsas y mercado de valores (17.811/68), seguros (17.418/67), metrología (19.511/72), concursos y quiebras (leyes 24.522, 25.563 y 25.589). Se trata de disposiciones aisladas que contemplan en forma *directa* conductas regladas o discrecionales de la administración: al margen de esas normas de regulación directa, pues, el todo de la legislación opera como una regulación indirecta en cuanto fija derechos de los particulares, que éstos tienen también frente a la administración en los casos ocurrentes.

### 12.3. Regulación residual

Cuando falta la regulación directa y también la inversa, no entramos en la discrecionalidad administrativa, pues todavía el orden jurídico prevé la solución de un tercer caso de colisión de derechos<sup>32</sup> de la administración y los particulares.

La Constitución argentina y en forma similar otras constituciones americanas, dispone en su art. 28 que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio;” ello significa que ni las leyes ni por lo tanto los actos de la administración pueden destruir la *esencia*<sup>33</sup> de los derechos subjetivos que ella reconoce y garantiza, al igual que el derecho internacional de los derechos humanos. Así, aunque la actividad administrativa no se halle reglada ni en forma *directa* ni en forma *inversa*, le resta esta regulación *residual* que ofrece la Constitución cuando la actividad afecta la esencia del derecho.

Claro está, si los tribunales son remisos en considerar que se ha alterado el derecho subjetivo, la discrecionalidad se extiende: pero eso no es propio de la discrecionalidad sino de ciertas actitudes judiciales.

### 12.4. Regulación técnica (antes llamada “discrecionalidad técnica”)

Por fin, la discrecionalidad que las normas jurídicas otorguen al administrador no significa que éste pueda actuar en contra de las reglas de la técnica, cuando éstas sean claras y uniformes.

En este aspecto es preciso distinguir entre reglas estrictamente técnicas —indiscutibles e indiscutidas, por lo general— y aspectos técnicos susceptibles de controversia. En el primer caso, si desde el punto de vista de la técnica lo que la administración ha hecho o pretende hacer es indubitadamente erróneo, la actividad administrativa será ilegítima;<sup>34</sup> en cambio, si se trata de cuestiones técnicas en las que cabe admitir la duda y los mismos técnicos no están de acuerdo en cuál es el criterio correcto, entonces la libertad del administrador

<sup>32</sup> Ampliar *infra*, t. 2, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva” y III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva.”

<sup>33</sup> Así la formulación también seguida por el art. 53.2 de la Constitución española.

<sup>34</sup> Ya hemos mencionado los casos de errores de conducta económica, como prohibir las exportaciones para bajar los precios del mercado interno. Nos resta mucho camino por andar en la materia.

es más amplia y su conducta no será ilegítima por haber elegido una de las posibles vías técnicas.

Es interesante destacar que en este punto se ha operado una importante evolución en el presente siglo. Antiguamente se decía que la administración tenía una “discrecionalidad técnica,” esto es, una atribución discrecional en materia técnica que tornaba irrevisables los actos que dictara en ejercicio de esas atribuciones.

Pero en realidad, este antiguo concepto de discrecionalidad técnica dependía de un igualmente antiguo concepto de lo que constituye una técnica: si ésta es una mera cuestión opinable o discutible, un arte que puede ser ejercido de diversos modos y de acuerdo al criterio subjetivo de quien en el caso lo desempeña, es lógico afirmar que esa actividad no puede en tal aspecto ser controlada. En cambio, si una técnica es científica y por lo tanto, por definición, *cierta*, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal de un sujeto individual, es obvio que no puede en este aspecto hablarse de completa “discrecionalidad” (no sumisión a normas) sino que corresponde por el contrario hablar de “regulación” (sujeción a normas, en el caso técnicas). En suma, la actividad técnicamente errada es sólo por ello antijurídica, aunque no hubiera normas legales o reglamentarias que regularan dicha actividad. Si bien podría afirmarse que no habiendo reglas normativas a que sujetarse, se trataría de una actividad “discrecional,” no empleamos ya esta terminología y consideramos que se trata de un caso de actividad reglada.<sup>35</sup>

De todos modos, no hay en absoluto una completa discrecionalidad en materia técnica; afirma ALESSI en este sentido que si la discrecionalidad “es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público a los fines de valorar la oportunidad de la acción o del contenido a dar a la acción misma [...] es errado hablar de una discrecionalidad *meramente técnica* ya que los dos términos *discrecionalidad* y *técnica* son esencialmente inconciliables: [...] cuando se trata de una cuestión meramente técnica ella es resuelta exclusivamente en base a criterios técnicos y a reglas técnicas y la administración pública no tiene ninguna facultad de apartarse de tales reglas;”<sup>36</sup> en sentido similar señala DIEZ que “La discrecionalidad no existe en el aspecto técnico, que es preciso, sino en el administrativo ya que el agente tiene cierta libertad de apreciación. Como es natural, los vicios sobre la operación técnica influyen en la legitimidad del acto administrativo.”<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Es evidente que en rigor de verdad la regulación técnica, aunque no sea incluida como facultad reglada, no participa de todos modos de los caracteres de los demás límites a la discrecionalidad; se diferencia de estos en que ella también es un “límite concreto” y no un “límite elástico,” con su consecuencia de que también podrá dar origen a derechos subjetivos y de incidencia colectiva que permitan su necesario contralor judicial y den lugar a la reponsabilidad del Estado en caso de transgresión.

<sup>36</sup> ALESSI, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949, p. 145; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 430.

<sup>37</sup> DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, 1ª ed., pp. 113-4.

En cualquier caso, aparece otra novedad con la internacionalización del derecho y de la economía:<sup>38</sup> inevitablemente también se internacionaliza la técnica. Es así como algunas cuestiones técnicas quedan fuera de la apreciación tanto administrativa como jurisdiccional local, por ser no solamente de carácter supralegal sino también supranacional.<sup>39</sup>

### 12.5. *Discrecionalidad cero*

La doctrina y jurisprudencia españolas han acuñado el concepto de discrecionalidad cero,<sup>40</sup> emparentada con el concepto de los principios jurídicos indeterminados.<sup>41</sup>

Se trata de conceptos empleados en la norma que refieren un ámbito de la realidad que aunque en su enunciación no permiten una determinación exacta, sí pueden ser precisados en oportunidad de su aplicación, por aludir, en definitiva, a supuestos concretos, constituyendo fundamentalmente conceptos de experiencia

<sup>38</sup>Aunque el fenómeno dista de ser reciente, pocos argentinos creen que sea cierto. Un presidente argentino, de viaje por el exterior en el tercer milenio, exclamó asombrado: “¡No sabía que el mundo estaba tan globalizado!” Sin embargo las advertencias son de larga data y de distinto origen. Además de las que mencionamos en los caps. II, IV y VI podemos recordar aquí a BIERSTEKER, THOMAS J., “Transnational Corporations and the Neutralisation of Legislation,” en GHAI, YASH; LUCKHAM, ROBIN y SNYDER, FRANCIS (ed.), *The Political Economy of Law. A Third World Reader*, Nueva Delhi, Oxford University Press, 1987, p. 465 y ss. En el mismo libro ver también MURRAY, ROBIN, “The Internationalisation of Capital and the Nation State,” p. 289 y ss.; CUTAJAR, M. ZAMMIT, “The International Monetary Fund,” p. 353 y ss.; SCHACHTER, OSCAR, “The Evolving International Law of Development,” p. 406 y ss.; GHAI, YASH, “Management Contracts,” p. 389 y ss.; NACIONES UNIDAS, “The International Patent System,” p. 302 y ss. Como se señala uniformemente desde antiguo y como dice VAYTSOS, CONSTANTINE, “Legal Issues in the Revision of the International Patent System,” *op. cit.*, p. 304 y ss., p. 315: “en el mercado mundial [...] operan (las) «reglas del juego.»” La razón de este no querer o no poder ver la realidad mundial ni siquiera en el tercer milenio hay que bucearla en nuestra historia: LANATA, JORGE, *Argentinos. Desde Pedro de Mendoza a la Argentina del Centenario*, Buenos Aires, Ediciones B Argentina S.A., 2002 y numerosas reediciones.

<sup>39</sup>PEDRIERI, ALBERTO, “Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità,” en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Módena, Mucchi, 1996, p. 1413 y ss.

<sup>40</sup>Ver t. 3, *op. cit.*, caps. IX, “Vicios de la voluntad,” p. 34 y notas 8.13 y 8.14; VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” p. 9, nota 4.28; X, “Formalidades,” p. 1, nota 1.6 y XII, “Modificación del acto administrativo,” pp. 21-2 y nota 12.5. Ver FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *La arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1998; *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998; GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 438; SAINZ MORENO, FERNANDO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, p. 234 y ss.; GRECCO, CARLOS MANUEL, “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa,” *LL*, 1980-D, 1036; BOTASSI, CARLOS A., “Control judicial de la actividad administrativa discrecional,” *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, 1998, 59: 33, 35; BARRA, RODOLFO CARLOS, *Contrato de Obra pública*, t. II, Buenos Aires, Ábaco, 1986, p. 2320 y ss.; BIANCHI, ALBERTO B., “El «writ of certiorari» en nuestra Corte Suprema (La «cuestión federal suficiente» como concepto jurídico indeterminado),” *ED*, 125: 857. La doctrina es uniforme.

<sup>41</sup>GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, *op. cit.*; SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos...*, *op. cit.* El principio se remonta al derecho alemán, p. ej. en FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 132.

—fuerza irresistible— o de valor —justo precio, estándares del buen padre de familia o del buen hombre de negocios.<sup>42</sup>

La aplicación de estos términos no se traduce en discrecionalidad administrativa, dado que, en definitiva, no admite mas que una solución justa; así, el precio es justo o no lo es; se ha actuado o no con la diligencia del buen padre de familia, etc. Tal determinación suele requerir del examen de los hechos. Se trata, en definitiva, de supuestos en los cuales podría entenderse existente una apariencia de discrecionalidad, pero en los cuales la solución, en definitiva, es reglada.

El principio ha sido acertadamente recogido y aplicado en nuestro país.<sup>43</sup> Se debe señalar, no obstante, que la expresión “discrecionalidad cero” está referida a la aplicación de normas que contengan conceptos jurídicos indeterminados; o bien, a supuestos en los cuales los hechos del caso y el procedimiento administrativo han dejado exclusivamente una alternativa válida, tal como sucedería en el supuesto de una licitación en la cual habiendo dos oferentes igualmente idóneos, la administración adjudicara sin razones valederas la contratación a la oferta más costosa, quedando, de anularse tal decisión, sólo la posibilidad válida de adjudicar a la restante. Esta expresión no es aplicable a todos los casos, dado que cuando la norma atribuye válidamente un ámbito de discrecionalidad a la Administración; ámbito limitado, por cierto, en la forma referida en este capítulo, tal discrecionalidad efectivamente existe.

Ello, por cuanto la función administrativa no puede reducirse a la aplicación de normas; su ejercicio habrá frecuentemente de requerir de la apreciación de la oportunidad o conveniencia por parte del administrador, dentro, claro está, de los límites que le fijan los elementos reglados del acto, la regulación indirecta, la regulación residual y la regulación técnica, y observando los límites a la discrecionalidad derivados de la razonabilidad, desviación de poder, buena fe, equidad, etc. Y, fundamentalmente, desterrando definitivamente la arbitrariedad del accionar administrativo.

## 12.6. Conclusiones

Podemos así hacer un quintuple planteo de las facultades regladas, diciendo que ellas se presentan y por lo tanto falta la discrecionalidad:

a) Respecto a la *competencia* y generalmente también respecto al *procedimiento, formas o formalidades*; igualmente respecto al *objeto*, en los casos en que la ley predetermina qué circunstancias de hecho dan lugar a un acto;

<sup>42</sup> La CSJN ha dicho que el abuso del derecho previsto en el artículo 1071 del Código Civil, p. ej., es un concepto jurídico indeterminado, *Arcángel Maggio, LL, 2007-C, 38.*

<sup>43</sup> CFed. Mar del Plata, *Cipriano*, año 1997, *LL, 1998-F, 356*, con nota “Control de razonabilidad,” *LL, 1998-F, 355*, reproducida con igual título en nuestro libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 100, p. 202.

b) Respecto a los casos en que la ley regula y protege el derecho *del particular* a su propia actividad o conducta libre. (Regulación inversa de la actividad administrativa: libertad, propiedad, dignidad, honor y todos los derechos garantizados en la Constitución y pactos internacionales de derechos humanos.)

c) Respecto a los casos en que se llega a vulnerar la esencia del derecho subjetivo privado (regulación residual).

d) Cuando se violan las reglas de la técnica: nunca puede ser válido que contraríe lo que técnica o científicamente se ha determinado; con la doble aclaración de que algunas normas técnicas tienen carácter internacional y por ende supralegal,<sup>44</sup> y otras a su vez son meros reductos reglamentarios a los cuales recurre la administración para darse mayor latitud de acción.<sup>45</sup>

e) Cuando existe una única posible solución justa y razonable al caso.

Este planteo es, a nuestro juicio, el adecuado. Sin embargo, hemos visto que la actitud ocasionalmente adoptada por la doctrina es mencionar dentro de las “facultades regladas” únicamente a las normas del carácter citado *que se encuentran en una ley que contempla directamente la actividad administrativa*. En lugar, pues, de incluir todo posible tipo de *regulación concreta que predetermine cómo debía ser el acto dictado por el administrador*, dentro de las facultades regladas, se mencionan allí solamente a aquellos que surjan de una ley “administrativa,” esto es, de una ley destinada específicamente a la administración. Así se dice que cuando una ley no contempla directamente a la actividad administrativa pero establece alguna prohibición o alguna norma general de conducta que resulta aplicable a la administración, hay una “limitación a la actividad discrecional de la administración.” Pero a nuestro juicio ese tipo de terminología implica un falseamiento de la realidad, al resistirse a llamar “reglado” a lo que está predeterminado por el orden jurídico, sea de un modo o de otro. Es minimizar la importancia de la regla de conducta que abarca de uno u otro modo a la administración; es como decir que la administración requiere siempre reglas propias, lo cual por lo demás tampoco es exacto.

### 13. *La revisión judicial del acto en el caso de las facultades regladas y en el de las facultades discrecionales*

En el caso de las facultades discrecionales, el juez no puede anular el acto en lo que concierne al objeto,<sup>46</sup> pues la ley ha entendido dejar libertad al adminis-

<sup>44</sup> *Supra*, notas 12.13 y 12.14.

<sup>45</sup> *Supra*, caps. VI y VII.

<sup>46</sup> Salvo, como se ha explicado anteriormente, que haya violación a los límites de las facultades discrecionales: irrazonabilidad, falta de sustento fáctico suficiente, desproporcionalidad, desviación de poder, etc. Comp. REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 47.

trador para apreciar la oportunidad de la medida;<sup>47</sup> en el caso de la facultad reglada, el acto deberá ser anulado por el juez cuando su objeto no es el que la ley previó; cuando la ley ha precisado ante qué circunstancias de hecho el administrador debía obrar en tal o cual sentido, el *juez deberá analizar cuáles eran las circunstancias de hecho* para poder determinar si se dieron los requisitos previstos por la ley.

A primera vista parecería entonces que el juez controlara la oportunidad de la decisión, pero ello es sólo así indirectamente, pues precisamente *la ley hizo de la oportunidad del acto* —entendida según el criterio de la ley y no del agente estatal o del juez— *una condición de su legalidad*.<sup>48</sup>

#### 14. Continuación. Todo acto es en parte reglado y en parte discrecional

Cuando el derecho administrativo estaba en sus orígenes, la falta de regulación normativa hacía que algunos actos de la administración fueran casi totalmente discrecionales; hoy en día todo acto es en su mayor parte reglado y sólo parcialmente discrecional. En realidad, no es el acto mismo lo que puede calificarse de discrecional o reglado, sino la atribución que al efecto se ha ejercido.<sup>49</sup>

Como expresa DE LAUBADÈRE,<sup>50</sup> “Se ha tornado banal repetir de acuerdo a HAURIUO que no existen actos discrecionales, sino solamente un *cierto poder discrecional* de las autoridades administrativas. Esta precisión es una alusión a una categoría de actos hoy desaparecidos cuya noción era en realidad muy diferente de aquélla de poder discrecional. Se llamaban *actos discrecionales (o de pura administración)* a ciertos actos respecto de los cuales ninguna crítica de legalidad parecía concebible y que escapaban así por su naturaleza a todo control.” En realidad, nunca las atribuciones de un órgano administrativo podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales; es imposible en la práctica —e inconveniente— prever hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer: siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante.

El problema contemporáneo, con todo, es la tendencia administrativa a dictar reglamentaciones en exceso, que son fruto de una decisión discrecional y se transforman mágicamente en fuente de regulación.<sup>51</sup> Por ello cabe tener presente que esta pseudo regulación administrativa es una de las grandes trampas de la administración contemporánea, que tuvo un renovado reto el 24 de agosto de 2008.<sup>52</sup> Lo mismo ocurre a la inversa: jamás existirá una norma tal que autorice

<sup>47</sup> Ver CCAyT, Sala I, *Mansilla*, 13-X-06, *LL, Sup. Const.* 2007 (noviembre), 74.

<sup>48</sup> DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 218.

<sup>49</sup> Acerca del control judicial en la jurisprudencia actual, ver BALBÍN, *op. cit.*, p. 516 y ss.

<sup>50</sup> *Op. cit.*, t. I, París, 1963, 3ª ed., p. 214.

<sup>51</sup> Tal como vimos *supra*, cap. VII, § 10.3.

<sup>52</sup> Como explicamos en el cap. VII del t. 2, *op. cit.*, “La regulación económica y social” y *supra*, cap. VII, § 13.2. ¿Aplicará la CSJN algún día el texto expreso de la Constitución?

a un funcionario a hacer absolutamente cualquier cosa,<sup>53</sup> sin limitación alguna; siempre existirá alguna otra norma o principio que le fije de antemano ciertos límites a los que deberá ajustar su acción. Como dice WALINE, la administración “dispone en cada caso de un cierto margen de apreciación, pero está siempre apretada, más o menos estrechamente, por ciertas disposiciones legales.”<sup>54</sup> Toda actividad administrativa, en el ejemplo ya visto, está *reglada* en cuanto a la *competencia* (es decir, siempre es algún órgano determinado y no otro el que puede realizar la actividad; siempre es determinada actividad y no otra la que puede realizar un órgano: cuando se excede de sus atribuciones propias el acto está viciado de *incompetencia*.) El juez debe revisar en forma diferente la legitimidad de la parte reglada y de la parte discrecional; algunos códigos provinciales argentinos<sup>55</sup> dicen que el juez *no puede revisar la parte discrecional, pero dado que todo tiene una porción reglada, expresa o virtualmente* (la competencia, p. ej.), el juez siempre analiza la legitimidad de cualquier acto. El “acto discrecional,” como acto irrevisable, es un absurdo.

Si por comodidad idiomática, pues, los códigos o los autores hablan de acto discrecional, no significa ello que el acto sea irrevisable ni que sea totalmente discrecional: sólo quiere decir que es un acto determinado en el que hallamos un margen de discrecionalidad mayor que en otros actos y que en ese margen el régimen de revisión judicial difiere del común o —en algunos códigos provinciales— no existe; ningún acto es totalmente irrevisable por tener algún contenido discrecional: sólo en esa parte discrecional puede serlo. Por lo demás, desde el punto de vista lingüístico, no cabría hablar tampoco de “actos reglados” o “actos discrecionales,” sino en todo caso, respectivamente, de “actos dictados en el ejercicio de facultades regladas” o “discrecionales,” en el sentido de que la parte del acto que consideramos o que nos interesa en el momento, ha sido concebida —esa parte— en función de normas que la determinaban necesariamente, o por el contrario, en virtud del arbitrio del funcionario.

En suma: sólo con referencia a aspectos concretos de la actividad de un órgano y específicamente a aspectos concretos de sus actos, puede hablarse en rigor de verdad de “regulación” o “discrecionalidad,” según se presente el caso: y la distinción nos servirá para saber si el funcionario está *obligado* a hacer algo en particular, sin poder emplear su propio criterio acerca de qué es más conve-

<sup>53</sup> Cuando quiera, como quiera, donde quiera: “mientras un sistema positivo no pueda ser reducido a la fórmula *prohibido todo*, la subjetividad será un dato insoslayable y en esa medida la definición del derecho subjetivo como categoría mantendrá su significación dentro del esquema propuesto.” Ver LAQUIS, MANUEL A., SIPERMAN, ARNOLDO, GROISMAN, ENRIQUE y otros, “Sobre la teoría del derecho subjetivo,” en *Jurídica*, México, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1972, n° 4, p. 221 y ss., p. 259.

<sup>54</sup> WALINE, *op. cit.*, p. 415.

<sup>55</sup> Así era la jurisprudencia francesa *del siglo XIX*; ver DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, pp. 215-8. Los códigos modernos admiten la revisión plena del acto en cuanto a su legitimidad, Véase Corrientes, art. 4°. Es la aplicación del principio constitucional y supraconstitucional del acceso pleno a la justicia.

niente o mejor, y por ende sin poder apartarse de lo que las normas le indican, o si en cambio puede utilizar su juicio y elegir entre más de un camino o medio de acción. En el primer caso, si el órgano se aparta de lo que determina la norma, su conducta será sólo con ello ilegítima y podrá ser anulada; en el segundo caso su conducta es en principio legítima cualquiera sea la decisión que adopte, pero puede no llegar a serlo si transgrede alguno de los llamados “límites a las facultades discrecionales,” a que nos referimos a continuación.

### 15. *Los límites a la actividad discrecional*<sup>56</sup>

En verdad, la total irrevisabilidad de la actividad administrativa no puede lógicamente presentarse, porque existen a su vez ciertos límites jurídicos a las facultades discrecionales de la administración y el juez, para determinar si esos límites han sido violados o no, debe necesariamente revisar también la parte discrecional del acto. En ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa pueda estar fuera o por encima del orden jurídico y es por ello que se enuncian una serie de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa; estos límites a la discrecionalidad se diferencian de las facultades regladas en que constituyen por lo general limitaciones más o menos elásticas, vagas, imprecisas, necesitadas de una investigación de hecho en el caso concreto a fin de determinar su transgresión, al par que la violación de las facultades regladas es usualmente más clara, al resultar de la mera confrontación del acto con la norma legal; así, la regulación es límite concreto, los principios que frenan la discrecionalidad son límites relativos o elásticos. Los principales límites que analizaremos ahora son los siguientes: la razonabilidad (es decir, la prohibición de actuar arbitraria o irrazonablemente; en otra formulación, la justicia), la desviación de poder (prohibición de actuar con una finalidad impropia), la buena fe, la discrecionalidad cero, el *alterum non lædere*.

#### 15.1. *Razonabilidad*<sup>57</sup>

*Sustento fáctico y motivación.* La decisión “discrecional” del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es “irrazonable,” lo cual puede ocurrir fundamentalmente cuando: a) no exprese los

<sup>56</sup> Ver FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la administración, op. cit.*; SESÍN, *op. cit.*

<sup>57</sup> Ampliar *supra*, cap. VI, § 8 y ss., 14 y 16 e *infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. VIII, § 8 y 8.2. Ver también BUDASSI, IVÁN FERNANDO, “El control de razonabilidad en la doctrina de la CSJN,” *RDA*, 21/23: 211; nuestro Proyecto de 1964, arts. 73 y 93 inc. 2°); Bolivia, art. 4°, inc. p) y art. 29; Brasil, art. 2°; Perú, art. IV inc. 1°) ap. 4. Algunos ejemplos actuales en nuestros art. “Un caso de estudio: 2008, un punto de inflexión en el control de la racionalidad económica en la Argentina,” en el libro de homenaje a ALFONSO NAVA NEGRETE, México, en prensa, 2009; “La unidad del orden jurídico mundial y la racionalidad económica nacional,” UNIVERSIDAD AUSTRAL, en prensa, Rap, 2009; “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS.

fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o *b*) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o *c*) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr.<sup>58</sup>

Estos principios, además de ser de índole constitucional, han sido consagrados por el decreto-ley 19.549/72, que en su art. 7º, incs. *b*) y *e*) exige simultáneamente que el acto tenga lo que llama “causa” o “motivos” (de hecho y derecho) y “motivación” o explicitación de aquella causa o motivo.

El inc. *b*) exige que el acto “Deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirven de causa y en el derecho aplicable” y el inc. *e*) determina que el acto “Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso *b*) del presente artículo.” Aparece así doblemente consagrada la necesidad de una expresión clara, concreta y relacionada del derecho aplicado (no bastando, pues, la mera invocación de normas jurídicas que supuestamente fundamenten el acto, sin que se explique cómo y por qué lo fundamentan) y la necesidad tanto de que el acto explicite los fundamentos fácticos que llevan a su dictado, como asimismo que exista verdaderamente una situación de hecho externa al acto que realmente lo justifique o fundamente; en otras palabras, el acto deberá estar objetivamente sustentado, esto es, apoyado, basado, “en los hechos y antecedentes que le sirven de causa.” El acto está viciado tanto si los hechos invocados son “inexistentes o falsos” (art. 14, inc. *a*), o si aunque no se falsee la realidad, de todos modos el acto carece de hechos justificativos, de hechos externos que en forma suficiente y adecuada sirvan de base al acto que se dicta (“falta de causa,” según el art. 14, inc. *b*).

La motivación o expresión de la causa se incluye generalmente en los llamados “considerandos” o “vistos y considerandos” que el acto tiene, pero nada impide que el acto se remita a informes o dictámenes previos que enuncian el porqué —de hecho y de derecho— del acto, siempre que los informes y dictámenes de que se trate sean a su vez notificados al interesado. La llamada causa del acto, en cuanto hechos y derecho que lo sustentan, puede estar *mencionada* y argumentada en el acto, si se cumple con la ley en este aspecto, o puede estar igualmente fuera del acto sin haber sido merituada explícitamente; en cuanto hechos y antecedentes que justifican el acto, por supuesto, la “causa” es siempre externa al acto y ha de hallarse en las constancias del expediente, si son ciertas, o en la realidad que rodea a toda la situación de que se trata: nunca en el acto mismo. La “falsa causa” o “falta de causa” puede probarse por todos los medios probatorios (prueba

<sup>58</sup> Ampliar *infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. VIII, § 8 y esp. 8.2; LINARES, *Poder discrecional administrativo*, *op. cit.*; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “Razonabilidad, arbitrariedad y contralor judicial,” *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, 6: 343 (1961); GRAU, ARMANDO EMILIO, “La razonabilidad en el procedimiento administrativo argentino,” *Ciencias Administrativas*, 27: 21 (La Plata, 1968).

testimonial, pericial, documental, de informes, de informaciones, de confesión, prueba ocular, táctil, etc.; prueba de *fotografías*, rayos X, *grabaciones*, *actas notariales*, etc.), mientras que la falta de motivación o motivación insuficiente (insuficiente o ausente explicación de la causa) es un vicio autónomo, que resulta de la mera lectura del acto, en sus “vistos” y “considerandos.”

Lo segundo es no haberse dicho, o haberse dicho mal, los hechos y derechos que se cree sustentan el acto; lo primero es que no haya hechos o derecho que sustenten suficientemente el acto, con independencia de que se los haya mencionado o no. Claro está, si el acto no cumple siquiera con el requisito de *explicitar* los hechos que lo sustentan, cabrá presumir razonablemente, a falta de prueba en contrario producida por la administración, que el acto no tiene tampoco hechos y antecedentes que lo sustenten adecuadamente: de haberlos tenido, los hubiera explicitado.<sup>59</sup>

### 15.2. *Proporcionalidad*<sup>60</sup>

Continuando con lo expuesto, el art. 7º, inc. f), *in fine*, consagra la necesidad de que “Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad,” refiriéndose a la finalidad “que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes.” La proporcionalidad entre: a) el fin de la ley y el fin del *acto*; b) el fin de la ley y los *medios* que el acto elige para cumplirla; c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las *medidas* o el fin que el acto tiene, ostentan así no sólo base constitucional, sino también legal. Cabe advertir que si bien aparecen ahora estos principios de manera expresa en la ley, regulando en cierta medida la finalidad del acto, no por ello forman parte estrictamente de la actividad reglada de la administración, sino que siguen siendo límites jurídicos a la discrecionalidad; ello se explica porque tales normas no predeterminan, según el concepto de facultad reglada, una conducta concreta que el administrador debe seguir, sino que señalan tan sólo un criterio elástico o impreciso, que será de aplicación según como sean los hechos y circunstancias de cada caso concreto, de acuerdo con la apreciación del órgano de control o del juez, posteriormente.

No cabe confundir los límites elásticos de la discrecionalidad, como ya hemos explicado en el § 12.5, con la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados; en el supuesto de aplicación de tales conceptos, suele existir una única solución justa o posible; también ello puede derivar, en ocasiones, de los hechos del caso y del desarrollo del procedimiento administrativo, con lo cual la decisión puede

<sup>59</sup> Ver *infra*, t. 3, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.”

<sup>60</sup> Ver CRAIG, PAUL P., *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 4ª ed., parte 2, cap. XVIII, § 3, pp. 586-98 y § 4, ap. 1 a 3, pp. 598-600. Este antiguo principio nos viene del derecho anglosajón, aunque en algunos países se prefiere atribuirlo al derecho alemán contemporáneo. En todo caso, sigue expandiéndose su reconocimiento: nuestro Proyecto de 1964, art. 73; Bolivia, art. 4º inc. p) y art. 29; Brasil, art. 2º; Perú, art. IV, inc. 1º) ap. 4º).

devenir reglada y no discrecional de la administración: allí no existe discrecionalidad alguna.

### 15.3. *No desviación de poder*<sup>61</sup>

La decisión será también ilegítima si el funcionario actúa con “desviación de poder,” sea: *a*) por actuar con un fin personal (venganza, favoritismo, etc.); *b*) con un fin administrativo, pero no el querido por la ley: si la ley lo autoriza a adoptar determinada medida (p. ej., el cobro de multas por ciertas infracciones), teniendo en vista una finalidad específica (en el caso, evitar la comisión de nuevas infracciones), será *desviado* y con ello ilegítimo, el acto que la adopte con una finalidad distinta (p. ej., para tratar de recaudar los mayores fondos posibles para determinadas obras comunales).<sup>62</sup> La desviación del poder siempre fue considerada como límite a la discrecionalidad administrativa, de directa base constitucional y racional (pues si la ley da una atribución determinada a un funcionario, sólo cabe admitir que se la dio para que cumpla con la propia finalidad legal y no con una finalidad distinta, cualquiera sea su naturaleza.) Al presente, ella se encuentra además consagrada en el art. 7º, inc. *f*), del decreto-ley 19.549/72, que expresa que “Habrà de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del òrgano emisor, *sin poder perseguir* encubiertamente *otros fines, pùblicos o privados*, distintos de los que justifiquen el acto, su causa y objeto.” Así la ley pertinente tendrá ciertas finalidades, que apreciadas de acuerdo con las circunstancias del caso y lo que en él se decide (el objeto del acto), sólo pueden dar lugar a determinadas finalidades admisibles en el funcionario: la prosecución encubierta —o peor aun, desembozada— de fines particulares, personales, propios o a la inversa incluso públicos pero, distintos de los que resultan objetivamente de la ley y los antecedentes de hecho que corresponden al acto, constituye así una transgresión a los límites de la discrecionalidad y un vicio del acto administrativo.<sup>63</sup> La desviación de poder, a diferencia de la razonabilidad, presenta la dificultad de que por tratarse de intenciones subjetivas del funcionario, es necesario encontrar pruebas indiciarias o elementos probatorios circunstanciales, para poder acreditar que la finalidad desviada realmente existió;<sup>64</sup> pocas veces es el acto mismo el que permite demostrar, a través p. ej. de su motivación, que adolece de este vicio: más normalmente la prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al aspecto externo del acto, pero que están en la realidad y en los antecedentes del caso.

<sup>61</sup> Ver CRAIG, PAUL P., *Administrative Law, op. cit.*, parte 2, cap. XVII, § 5, ap. 1, p. 539.

<sup>62</sup> Ver *infra*, t. 3, cap. IX, “Vicios de la voluntad.”

<sup>63</sup> El caso más llamativo se dio en el año 2008, de actos dictados contra el agro por motivos de venganza política.

<sup>64</sup> En el caso de la desviación de poder el problema probatorio se agudiza, como explicaremos en el t. 3 de este tratado. Ver también el t. 4, para los distintos medios de prueba en la teoría y en la práctica. Conviene siempre repasar el cap. I del presente vol., y el cap. I del t. 2.

#### 15.4. Buena fe<sup>65</sup>

Igual cosa sucederá si el órgano que se desempeña en el ejercicio de una potestad pública usa ésta de mala fe, utilizando artilugios o artimañas —por acción u omisión, incluso el silencio— para llevar a engaño o error a un particular; tal tipo de conducta es por cierto incompatible con lo que debe ser el ejercicio de la función administrativa y es ilegítima aunque la facultad que en el caso se ejerciera fuera discrecional; en alguno de los fallos se lo vincula con la doctrina de los actos propios y la prohibición de autocontradicción. Esto da renovada importancia no solamente a la actividad material y los actos administrativos dictados como precedentes, sino también a la doctrina jurídica de la administración a través de los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación.<sup>66</sup> Es un principio general del derecho, aplicable al ámbito privado y al público, por lo que podemos aquí remitirnos a lo ya escrito en derecho privado.<sup>67</sup>

#### 15.5. Alterum non lædere

También es aplicable a la administración el principio *alterum non lædere*,<sup>68</sup> no perjudicar a nadie, a menos que exista algún fundamento legal suficiente y razonable, con adecuado sustento fáctico, que lleve a admitir una excepción al principio jurídico general. Si el hecho dañoso ha acaecido, corresponderá la indemnización.<sup>69</sup> ULPIANO lo calificó de principio más fundamental del orden jurídico, en la trilogía *honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*.

### 16. Comparación entre legitimidad y oportunidad y actividad reglada y discrecional. La razonabilidad como control de ambas

Es fundamental destacar que los conceptos de “legitimidad” y “oportunidad” no se confunden ni se asimilan a los conceptos de “facultad reglada” y “facultad discrecional;” es éste un error que algunas veces se desliza en fallos o libros,

<sup>65</sup> Ver CRAIG, *Administrative Law, op. cit.*, 4ª ed., parte 2, cap. XVII, § 5, ap. 3, p. 546.

<sup>66</sup> Que ya explicamos en el cap. VII.

<sup>67</sup> Este principio viene del derecho romano, con su *fraus omnia corrumpit* y su diminutivo *malitiis non est indulgendum*. Se encuentra también expresado, p. ej., en España, art. 3º, inc. 1º); nuestro Proyecto de 1964, art. 73; Bolivia, art. 4º, inc. e); Brasil, art. 2º, inc. IV); Perú, art. IV inc. 1º), ap. 8º), como principio general del procedimiento administrativo. Ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983; WIEACKER, FRANZ, *El principio general de buena fe*, Madrid, Civitas, 1977; PICOT, F., *La bonne foi en droit public*, Basilea, 1977. Una aplicación del mismo principio: “Lo que sería entonces inadmisibles, por que se opone a la buena fe de los tratados internacionales, sería que un Estado miembro, o una de sus autoridades, p. ej., una jurisdicción, tratara de poner en duda los compromisos aceptados invocando, a posteriori, obstáculos constitucionales;” PESCATORE, PIERRE, “Aspectos Judiciales del «acervo comunitario»,” *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 349.

<sup>68</sup> CSJN, *L., B. J.*, año 1997, *LL*, 1998-E, 528, y dictamen de la Procuración General de la Nación. Es el mismo principio que deviene del análisis del caso de la prohibición de fumar, que también se resuelve por el art. 41 de la Constitución: *Derechos humanos, op. cit.*, cap. IX, § 1, p. 1.

<sup>69</sup> Ver el dictamen citado en la nota precedente, p. 530.

creemos más por inadvertencia que por sentar un criterio formal y por ello es necesario advertir inicialmente en forma terminante contra él.

Hay facultad reglada sólo cuando una norma jurídica preestablece en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir; pero el control de legitimidad abarca no sólo el ejercicio de las facultades regladas, sino también el de las discrecionales, en la medida en que haya normas o principios jurídicos que puedan resultar limitativos a ella.<sup>70</sup> Es así posible mencionar entre los límites de las facultades discrecionales que son considerados en el control judicial y administrativo de la legitimidad del ejercicio de la función administrativa: a) los que hemos llamado “límites elásticos”: razonabilidad (proporcionalidad, sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin, etc.), desviación de poder, buena fe, *alterum non lædere*, doctrina de los actos propios (confianza legítima, no contradicción, etc.), eventualmente la equidad;<sup>71</sup> b) los principios generales del derecho en cuanto puedan ser de aplicación,<sup>72</sup> etc.

De ello resulta que el concepto de “legitimidad” es notablemente más amplio que el de “facultad reglada” y que “oportunidad” es un concepto más restringido que el de “facultad discrecional,” con lo que, en definitiva, el control judicial y administrativo de la “legitimidad” abarca la totalidad de las facultades regladas de la administración y también buena parte de sus facultades discrecionales. El puro juicio de oportunidad, solamente entra en juego cuando no se han violentado ninguno de los principios jurídicos antes expuestos.

Más aún, la jurisprudencia argentina controla también la razonabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias, e incluye en dicho control la proporcionalidad de ellas, su adecuación de medio a fin, el sustrato o sustento fáctico suficiente, etc.

### 17. *La revisión judicial y administrativa de la legitimidad y la oportunidad*

Los conceptos enunciados tienen distintas aplicaciones; así p. ej. ya vimos que el Poder Judicial puede revisar el ejercicio de las facultades regladas y también si se han transgredido o no los límites a las facultades discrecionales, salvo que haya una norma legal que lo excluya.<sup>73</sup> ambos aspectos constituyen elementos del concepto de legitimidad enunciado. Así, pues, el juez controla en sentido amplio

<sup>70</sup> LINARES, *op. cit.*, p. 159 y ss.; FIORINI, *op. cit.*, p. 16 y ss.; SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 406 y ss.; TACITO, CAIO, *O abuso de poder administrativo no Brasil*, Río de Janeiro, 1959, p. 86; GUICCIARDI, ENRICO, *La giustizia amministrativa*, Padua, 1957, p. 27; AMORTH, ANTONIO, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milán, 1939, p. 16.

<sup>71</sup> Fue admitida en un caso por la PTN, *Dictámenes*, 79: 77 y nuevamente en 83: 180.

<sup>72</sup> Ampliar en nuestra *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, cap. II, también en su versión inglesa, *An Introduction to Law*, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003 y francesa, *Une introduction au droit*, iguales datos; REAL, ALBERTO RAMÓN, *Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1958, p. 9 y ss.; PTN, *Dictámenes*, 84: 27; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 271; ALTAMIRA GIGENA, JULIO ISIDRO, *Los principios generales del derecho como fuente del derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 59.

<sup>73</sup> La inconstitucionalidad de tales normas es indudable; REJTMAN FARAH, *op. cit.*, p. 49.

la legitimidad del acto administrativo en cualquiera de sus aspectos, sea como ejercicio de facultad reglada o como ejercicio de facultad discrecional; pero no podrá, sin embargo, anular un acto por considerarlo meramente inoportuno o inconveniente: sólo cuando lo estime ilegítimo puede hacerlo. La administración, en cambio, puede revocar sus propios actos tanto si los considera ilegítimos como si los reputa meramente inconvenientes; a ella no la limita el mismo principio que rige la revisión judicial. De allí entonces que existan dos clases de *revocación* por la administración: por *ilegitimidad* y por *inoportunidad*, mientras que la *anulación* judicial lo es sólo por razones de *ilegitimidad*. A su vez, la revocación en sede administrativa presenta un caso de excepción, en que sólo procede por razones de legitimidad: Es el caso del control por el Poder Ejecutivo de los actos de las entidades autárquicas. A su vez, dentro del control general sobre las entidades descentralizadas, cabe distinguir muy especialmente el supuesto de que ellas tengan por función regular o controlar una actividad privada, p. ej. las autoridades regulatorias independientes: En este caso el recurso de alzada tampoco procede cuando se trata de cuestiones técnicas que hacen al objeto de la competencia propia del ente descentralizado. La tendencia es hacia la eliminación del recurso de alzada y, por supuesto, la total y absoluta improcedencia de la avocación por parte del Poder Ejecutivo y sus ministerios o secretarías sobre los actos del ente de control.<sup>74</sup> Con todo, esa tendencia presenta altibajos.<sup>75</sup>

### 18. *Jurisprudencia de la Corte Suprema*

Los principios que venimos de explicar son relativamente universales y han sido tomados por todos los tribunales administrativos internacionales,<sup>76</sup> a partir de la evolución de los derechos nacionales. En nuestro país no eran demasiado comunes hace medio siglo pero luego ha ido generalizándose su aceptación y aplicación, a tono con el derecho comparado. En la jurisprudencia de la Corte Suprema se suele poner énfasis expositivo en el control de la *arbitrariedad* como límite a la discrecionalidad y a la *regulación normativa*, sin perjuicio desde luego del control de cumplimiento de las partes regladas de todo acto, y del control de la arbitrariedad y demás vicios que también pueden afectar a las normas generales, tanto administrativas como legislativas. Lo mismo ocurre con el resto de

<sup>74</sup> Ampliar *infra*, t. 4, cap. XI, “Recurso de alzada.”

<sup>75</sup> CSJN, A 126.XXXVI, *Ángel Estrada y Cía. SA c/resol 71/96*. Nuestro art. *Ángel Estrada*, JA, 2005-III, fasc. n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, número 2, mayo-agosto de 2005, México, 2005, pp. 307-311 y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>. REJTMAN FARAH, MARIO, “La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias,” LL, SJDA, 27/05/2005; CARRILLO, SANTIAGO, “Entes Reguladores: rumbo a las autoridades administrativas independientes,” *ElDial.com, Suplemento de Derecho Económico*, 12/10/2007.

<sup>76</sup> Ver FLOGAITIS, SPYRIDON, “The General Principles of Law in the Jurisprudence of the United Nations Administrative Tribunal,” en prensa en el libro de homenaje a SABINO CASSESE.

los tribunales del país, aunque suelen enfatizar también los demás límites a la discrecionalidad que hemos mencionado más arriba.

Como es obvio, la extensión y profundidad de dicho control han variado según los casos, pero no siempre el control se produce en tiempo útil para evitar que la conducta se materialice y la ilegalidad se transforme entonces en un problema de responsabilidad del Estado, con sus propias y conocidas limitaciones.<sup>77</sup>

A mero título de ejemplo podemos citar algunos de los casos más conocidos en nuestro medio en cuanto a pronunciamientos de la CSJN. No debe caerse en el error de tomarlos como pautas generales porque, como explicamos en el cap. I, el derecho es una ciencia de casos singulares y concretos, donde la única regla es que no hay ninguna regla más allá de las generalizaciones que hemos expuesto.

Pueden recordarse casos *Almirón*<sup>78</sup> y *Arenzon*,<sup>79</sup> en los cuales se ordenó la inscripción de aspirantes a ingresar a institutos de formación de profesores, rechazados por aplicación de reglamentaciones que requerían, respectivamente, contar con una estatura mínima, p. ej., algo completamente inatinerente al profesorado respectivo. Tales normas fueron por supuesto declaradas irrazonables y con ello los actos administrativos dictados en su consecuencia. En el primero de los casos nombrados se señaló la *falta de proporción* entre el requisito reglamentario de estatura mínima y el objetivo de estudiar un profesorado. Sin embargo el vicio normativo era la arbitrariedad por total inatinerencia del recaudo, no por su carencia de proporcionalidad. Una frase reiterada en los fallos es “Que la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto.”

En *Solá*<sup>80</sup> la Corte dijo: “15) Que, en suma, la circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna pudo constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad constituida por la legalidad y la razonabilidad con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias,

<sup>77</sup> “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729-38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12.

<sup>78</sup> C.S.J.N., 27-IX-83, *Almirón, Gregoria c/ Ministerio de Educación de la Nación s/ amparo*.

<sup>79</sup> *Arenzon*, CSJN, 15-III-84.

<sup>80</sup> CSJN, 25-IX-97, *Solá, Roberto*. (S. 1413. XXXII.)

sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional (doctrina de *Fallos*: 307:639).”

En un caso<sup>81</sup> que versó sobre el rechazo de la inscripción solicitada por una asociación, señala uno de los votos que: “La primera cuestión encuentra su respuesta en el art. 45 *in fine* del Código Civil: ‘Las decisiones administrativas en esta materia podrán ser revocadas judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o arbitrariedad.’” Aunque la arbitrariedad comporta ciertamente ilegitimidad, se ha querido hacer referencia, con el término legitimidad, a una actividad reglada de la administración y a la arbitrariedad como control tanto de la regulación como de la discrecionalidad. Se suele también incluir dentro de la arbitrariedad también a la falta de proporcionalidad, en violación no solamente constitucional sino también normativa, en el caso de lo dispuesto en el art. 7° (apartado *f*) párrafo segundo) del decreto-ley 19.549/72. “Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad querida por el legislador al otorgar la competencia al órgano emisor del acto en cuestión. Se trataría, entonces, de una apreciación del bien común<sup>82</sup> (al denegar la autorización) manifiestamente irrazonable, contraria al común sentir y escala de valores de la población, repugnante, en fin, a una elemental conciencia jurídica.” Ese énfasis en el común sentir de la población puede usarse tanto en un sentido como en el otro, y lo más frecuente es que se lo utilice no para proteger derechos individuales sino para denegarlos.<sup>83</sup>

Resulta aquí inevitable la observación relativa a que la revisión de la *legitimidad* y la razonabilidad no sólo se refieren a *una actividad reglada de la administración*, sino también a una *actividad discrecional*. Es también susceptible de observación la asimilación de la *irrazonabilidad* a una apreciación *contraria al común sentir y escala de valores de la población*: Es conocida la reflexión que estas invocaciones al bien común son potencialmente peligrosas para los derechos individuales,<sup>84</sup> al mismo nivel que policía o poder de policía<sup>85</sup> y otras valoraciones extranormativas de carácter no ya tutelar de los derechos individuales sino a la inversa, limitadoras de ellas.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> C.S.J.N., 22-XI-91, *Comunidad Homosexual Argentina*, *Fallos*: 314:1531.

<sup>82</sup> Se advierte que el bien común fue invocado para el rechazo de la inscripción, y que el voto considera que dicha invocación ha sido efectuada de manera arbitraria. El problema, a nuestro juicio, es haber partido de una noción de bien común, que integra el plexo de nociones limitativas de los derechos sin base normativa, como señalamos más abajo y en la nota siguiente.

<sup>83</sup> Volvemos sobre el tema en el t. 2, cap. VI, “Servicios Públicos,” § 5, pp. VI-31-7, bajo el título “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis*, *Everything and Nothing*.”

<sup>84</sup> Hemos citado la opinión de FLOGAITIS en tal sentido, en nuestro trabajo “Access to Justice, Legal Certainty or Predictability, Justice, and Economic Rationality,” en prensa, libro de homenaje a GÉRARD TIMSIT y SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>85</sup> Lo explicamos *infra*, t. 2, cap. V, y en “Policía y poder de policía,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap, 2004, pp. 237-41.

<sup>86</sup> Nos remitimos nuevamente al cap. I de este vol.

Señala también la CSJN que “que aún en aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad<sup>87</sup> no puede desconocerse una periferia de derecho<sup>88</sup> toda vez que ‘la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el poder para girar los pulgares hacia abajo o hacia arriba (D. M.K. Realty Copr. V. Gabel, 242 N.Y.S. 2d. 517, 519 (Sup. Ct. 1963), en tanto ello llevaría a consagrar —como bien se ha señalado— ‘una verdadera patente de corso a favor de los despachos administrativos’ (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, ‘Curso de derecho administrativo’, I. Civitas, Madrid, 4ª ed., 1984, pág. 433).”

En otro fallo relativo a temas análogos,<sup>89</sup> con otra integración, la CSJN encaró diversamente el problema en tanto constató violación por parte de la administración del derecho constitucional de asociarse con fines útiles, así como un incremento por parte de la administración de los requisitos legales establecidos legalmente para la obtención de la autorización, al exigirse a la solicitante que acreditase la necesidad de aquélla para el cumplimiento de sus fines, requisito no previsto en la ley—; como discrecionales, en el acto administrativo denegatorio de la autorización estatal a una asociación, por entender el órgano administrativo, entre otros aspectos —apoyado por el órgano judicial que revisó en primer término tal acto— que el objetivo de la peticionante no estaba constituido por el bien común de toda la sociedad, sino de sus propios integrantes, hallándose además en conflicto. “9) Que el carácter instrumental del derecho de asociarse como medio esencialmente útil para asegurar y promover la libertad de expresión y la dignidad de la persona humana, se complementa con la necesaria apreciación que el tribunal debe efectuar de las razones que justifican la asociación de las personas y que han llevado a su reconocimiento ulterior. 12) Que, por ello, sólo la ilicitud de promover la asociación un objeto común que desconozca o violente las exigencias que para la protección a la dignidad de las personas establece el art. 19 CN. o que, elíptica o derechamente, persiga la destrucción de las cláusulas inmutables del Pacto Fundacional de la República vigente desde 1853 (arts. 1 y 33 Ley Suprema), podría justificar una restricción al derecho de asociación. [...] 21) Que, pese a que se desprenden de las anteriores consideraciones, es menester la puntualización de algunas afirmaciones de la sentencia que no son constitucionalmente sostenibles, tal como que el Estado argentino no se encuentra compelido en virtud de ninguna norma internacional al reconocimiento de una asociación que no estime beneficiosa o útil para el desarrollo social de la comunidad.[...]

<sup>87</sup> Es de destacar que este fallo nuevamente invierte los términos, pues al referirse a la libertad, se refiere a la supuesta e inexistente libertad de la administración, y luego cuando se refiere a que esa denominada “libertad” tiene una periferia de derecho, se está refiriendo a que en su periferia hay un límite dado por los derechos individuales. Es una forma no individualista ni liberal de exponer el derecho. Cabe nuevamente remitirnos al cap. I de este vol.

<sup>88</sup> La misma observación que en la nota anterior.

<sup>89</sup> C.S.J.N., 21-XI-06, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual v. Estado Nacional*, JA, 2007-I, 29.

El arbitrio de la administración no implica arbitrariedad y, por ende, debe ser controlado judicialmente. “Actividad discrecional no es igual a facultad de decir que sí o que no, según le plazca a la administración, y mucho menos cuando se trata de conceder la personalidad jurídica, porque están comprometidos derechos de base constitucional” (Bidart Campos, Germán, ob. cit., p. 915) [...] la opinión personal de los jueces [...] no puede prevalecer sobre las normas constitucionales ni con ellas se puede nutrir la elaboración dogmática de un concepto a partir del Código Civil en forma contraria a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales a ella incorporados. El juicio de disvalor, por otra parte, importa la afirmación de un daño que recaería sobre la llamada totalidad de los “convivientes”, según la sentencia. Esto implica o que los peticionantes no son considerados “convivientes” léase habitantes o que su comportamiento es disvalioso también para ellos. La primera opción es inadmisibles por discriminatoria (arts. 16 y 75 incs. 22 y 23 CN.) y la segunda importa un juicio que irrumpe en el ámbito de reserva del art. 19 de aquélla. El reconocimiento de la discriminación del grupo parece acompañarse por la consideración de que ésta es atribuible al propio grupo, que “se niega a reconocer la realidad que lo rodea”, o sea, que importaría un juicio de censura sobre su comportamiento e implícitamente una justificación de la actitud discriminatoria fundada en el anterior, con lo cual, en todo caso, se choca frontalmente contra las disposiciones constitucionales citadas. 23) Que en síntesis, la resolución [...] importó un incremento de las exigencias para obtener el reconocimiento estatal al requerir que los peticionantes demuestren la necesidad de la personería<sup>90</sup> jurídica para el cumplimiento de sus fines, considerando insuficiente la mera utilidad o conveniencia. [...] Ambas decisiones, estrecharon el concepto de bien común en perjuicio de la asociación requirente y rechazaron su personería jurídica no por el hecho de que sus metas se dirigieran a mejorar la situación de un determinado grupo necesitado de auxilio (propósito que comparte con numerosas personas jurídicas), sino porque ese auxilio está dirigido al grupo [discriminado]. Dicho de otro modo, la orientación sexual del grupo social al que pertenecen los integrantes de la asociación ha tenido un peso decisivo en el rechazo de la personería jurídica solicitada. En este tema, y refiriéndose en general al principio de igualdad ante la ley (art. 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos), la Corte Interamericana ha dicho: “55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran

<sup>90</sup> El término correcto, como lo recordara BIELSA hace más de medio siglo, es personalidad jurídica.

incursos en tal situación de inferioridad...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC 4/84, del 19/1/1984). 24) Que debe destacarse que la presente decisión conlleva el abandono de la doctrina que sentó la mayoría en *Fallos* 314:1531 citada por el tribunal *a quo*. La diferencia de trato hacia un determinado grupo (arts. 16 y 75 incs. 22 y 23 CN y 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos) no puede justificarse solamente por deferencia hacia el juicio de conveniencia de los funcionarios administrativos, sino que ello exige al menos una conexión racional entre un fin estatal determinado y la medida de que se trate (art. 30 de la citada Convención), requisito que, por todo lo expuesto precedentemente, no se verifica en el presente caso.”

En *Demchenko*<sup>91</sup> la Corte consideró irrazonable el monto de la multa aplicada a un pesquero en infracción, que superaba el valor de la propia embarcación, representando en la práctica la aplicación de la pena de *decomiso*, prevista para hechos diversos de los probados: “[...]la facultad de graduación de la multa entre el mínimo y el máximo previsto en la ley, no escapa al control de razonabilidad que corresponde al Poder Judicial con respecto a los actos de la Administración Pública, incluso cuando se trata de facultades discrecionales de la administración (doctrina de *Fallos*: 313:153 entre otros). En modo alguno la discrecionalidad implica una libertad de apreciación extralegal, que obste a la revisión judicial de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida por la autoridad, respecto de las circunstancias comprobadas, de acuerdo con la finalidad de la ley.”

En materia de universidades nacionales la justicia ha sido en cambio algo reticente en el control, salvo que se advirtiera *manifiesta arbitrariedad*. Así en *Loñ*<sup>92</sup> la CSJN dijo que “[...] el actor reitera su discrepancia con los criterios de valoración seguidos, según los cuales el jurado habría sustentado su decisión esencialmente en los resultados de la prueba de oposición, soslayando la trayectoria y las publicaciones de los postulantes. Es evidente que el recurrente concibe la revisión judicial con un alcance que llevaría a los jueces a sustituir los criterios del jurado y a interferir en ámbitos típicamente académicos, comprendidos en el marco de la autonomía de las universidades nacionales y ajenos al control jurisdiccional, salvo en los excepcionales supuestos de arbitrariedad manifiesta, que no se configuran en el *sub examine* (doctrina de *Fallos*: 307:2106, considerando 6º y sus citas; 314:1234, considerando 7º; 317:40, considerando 3º).”

En *Orias*, en cambio, la CSJN consideró configurada la *arbitrariedad manifiesta* antes señalada, por haberse comprobado la inexactitud de las razones invocadas: “3º) Que, según conocida jurisprudencia, la designación y separación de profesores universitarios, así como los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente, no admiten, en principio, revisión judicial por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la

<sup>91</sup> C.S.J.N., 24-XI-98, *Demchenko*. (D. 62. XXXIV.)

<sup>92</sup> C.S.J.N., 15-VII-03, *Loñ*, L. 461. XXXVI. L. 440. XXXVI.

Universidad, salvo en aquellos casos en que los actos administrativos impugnados en el ámbito judicial estén afectados por arbitrariedad manifiesta (*Fallos*: 307:2106 y sus concordantes; 177:169; 235:337; 267:450; 283:189; 295:39, entre otros). 4ª) Que es esta última hipótesis la que se configura en el caso y así lo entendió el *a quo* en cuanto sostuvo que las razones presupuestarias, administrativas y académicas invocadas en el acto administrativo impugnado eran falsas. En estas condiciones, el planteo efectuado en torno a la irrevisibilidad judicial de las medidas adoptadas por las universidades nacionales resulta infundado. Ello es así en la medida en que las objeciones formuladas por la recurrente acerca de la arbitrariedad de lo decidido,<sup>93</sup> sólo traducen sus discrepancias con el criterio empleado por los jueces de la causa al seleccionar y valorar la prueba; máxime cuando la decisión que se impugna refleja un minucioso análisis de las cuestiones de hecho planteadas que, al margen de su acierto o error, acuerdan sustento al fallo e impiden su descalificación como acto judicial.”

En el caso *Spinosa Melo*<sup>94</sup> la Corte realizó un detenido examen de los hechos invocados como ‘causa’ del acto que impuso una sanción y de la significación jurídica que les fuera atribuida por la administración, para dejar sin efecto la sanción de exoneración, que además aparejaba la pérdida de la pensión. Dijo la CSN: “9º) Que, en cambio, resultan atendibles los agravios del apelante referentes a que la exoneración carece de causa legítima (esto es, se funda en antecedentes de hecho insuficientes para imponerle tal sanción), y tampoco guarda la necesaria relación de proporcionalidad de medio a fin exigida por el art. 7, inc. f, de la ley 19.549 como requisito esencial del acto administrativo sancionador. 10) Que, a lo precedentemente expuesto, cabe agregar que la mera indeterminación del concepto de honorabilidad previsto en art. 11 de la ley 20.957 no habilita implícitamente al órgano sancionador a llenarlo con el contenido que le dicte su libre y cambiante arbitrio. El razonable margen de discrecionalidad reconocido a la autoridad jerárquica en materia disciplinaria (*Fallos*: 311:2128, considerando 5º, y su cita) no significaba que ella estuviera exenta de proporcionar explícitamente las razones concretas en virtud de las cuales consideraba que la concurrencia a espectáculos de variedades configuraba, *per se*, una afrenta al honor incompatible con la conducta de un diplomático y al adecuado funcionamiento del servicio exterior. Ello es así porque, a pesar de que como regla se acepte que las infracciones disciplinarias no son susceptibles de ser típicamente descritas, en el sentido en que lo son los delitos del derecho criminal, tampoco resulta posible admitir que los funcionarios estén expuestos a ser separados forzosamente del servicio por el mero hecho de incurrir en conductas innominadas, cuya descripción concreta depende exclusivamente del

<sup>93</sup> Aquí el tribunal se refiere a la alegada arbitrariedad de la sentencia, no del acto impugnado. El control que la CSJN no hizo en el caso *Loñ*, la avaló ahora en cambio de parte de un tribunal inferior.

<sup>94</sup> CSJN, 5-IX-06, *Spinosa Melo*, S. 331.

juicio formulado *a posteriori* por el órgano sancionador, según el libre arbitrio de éste. Esto último supondría tanto legitimar la existencia de un poder legal en blanco como retornar, inexcusablemente, al concepto de los *delicta inno-minata* del derecho antiguo (cfr. Mattes, Heinz: “Problemas de Derecho Penal Administrativo”. Ed. Edersa, Madrid, 1979; ídem, Nieto, Alejandro: “Problemas Capitales del Derecho Disciplinario”. Revista de la Administración Pública. Instituto de Estudios Políticos, 1970. N° 63, pág. 39). 11) Que, en consecuencia, dos de las tres causas tenidas en cuenta para aplicar la sanción de exoneración no pudieron ser legítimamente consideradas para juzgar la conducta investigada en el sumario. En otras palabras, las dos causales aludidas fueron falsamente invocadas para disponer la medida, por cuanto no constituyeron otra cosa que juicios de valor formulados sobre comportamientos personalísimos del imputado, comprendidos en la esfera de su intimidad y amparados por el art. 19 de la Constitución Nacional. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 7°, inc. d, y 14, inc. b, de la ley 19.549, el acto sancionador debe ser dejado sin efecto y, de ser así, correspondería que las actuaciones sumariales fueran devueltas al órgano sancionador a fin de que valore si la causal restante (la conducta poco protocolar) justificaba por sí sola la imposición de la sanción objetada. 12) Que, aunque no se compartiesen las razones relativas a la extensión del ámbito de la intimidad personal, en el caso concurre otra razón que, por sí misma, constituya motivo suficiente para invalidar el acto sancionatorio. Esta es la señalada falta de proporción de medio a fin entre las medidas que dicho acto involucra, y la finalidad tenida en mira por la ley al conferir al ministro la potestad disciplinaria sobre el personal del servicio exterior de la Nación. Por las razones expresadas, cabe concluir que en el caso no se dan los requisitos necesarios para justificar la sanción cuestionada; en otras palabras, en el caso el órgano sancionador no cumplió con su deber constitucional de actuar razonablemente (Linares, Juan Francisco: “Poder Discrecional Administrativo.” Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958; esp. págs. 162 y 164; y Fallos: 321:3103.) Por tal motivo, corresponde dejarla sin efecto, exclusivamente en la medida en que significó privar al actor de su derecho al retiro.

### 19. *Derecho subjetivo, interés legítimo, interés difuso e interés simple*<sup>95</sup>

Así como existen diferencias en lo que respecta a las atribuciones para extinguir un acto administrativo según que lo haga la administración o la Justicia, así también hay un distinto régimen en lo que se refiere a quiénes pueden acudir a la administración o a la justicia a pedir la extinción de un acto que los afecta. Ello se deriva de las nociones de “derecho subjetivo” y de “interés legítimo” (también llamado “derecho reflejo,” “derecho objetivo,” etc.), a las que cabe agregar luego

<sup>95</sup> Ampliar en el t. 2, caps. II, “Derechos de incidencia colectiva,” III, “El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva” y IV, “El interés legítimo.”

de la Constitución de 1994 en su art. 43, el concepto de “interés difuso” o “derecho de incidencia colectiva.” El primero es una protección que el orden jurídico otorga en forma exclusiva a un individuo determinado y el segundo como una protección algo más debilitada que la anterior, otorgada por el orden jurídico generalmente a un conjunto determinado de individuos, en concurrencia. En el primer caso se protege a un individuo determinado en forma exclusiva; en el otro, a un número de individuos en forma conjunta.

El interés difuso o derecho de incidencia colectiva tiene un campo de aplicación mayor, pues comprende a todos los que se hallan directa o indirectamente, material o moralmente, afectados por un acto, hecho u omisión producido por el ejercicio de funciones administrativas públicas o por conductas de particulares. Su más clara materia de aplicación es la tutela del medio ambiente y de la legitimidad del obrar administrativo en cuanto importa erogación de fondos públicos eventualmente incausada o irregular, en detrimento del patrimonio de los habitantes que deben sostener con sus impuestos esa acción y sufrir sus consecuencias.

Quien tiene un derecho subjetivo puede reclamar el reconocimiento de él tanto ante la propia administración como ante la Justicia; si la administración no le reconoce su derecho, él puede demandarla judicialmente al efecto. Además el individuo puede pedir no sólo la extinción del acto que lo afecta en su derecho subjetivo, sino también el otorgamiento de las indemnizaciones que sean pertinentes por los daños que tal acto le haya ocasionado.

Quien tiene un interés difuso o derecho de incidencia colectiva puede, a tenor del art. 43 de la Constitución, iniciar una acción de amparo y pedir como mínimo la intervención voluntaria del Defensor del Pueblo a los efectos que éste estime corresponder; también puede citarlo como colegitimado activo de la parte actora. A mayor abundamiento, si el titular de un derecho de incidencia colectiva puede interponer una acción de amparo, se sigue inevitablemente, *a fortiori* y con mayor razón aun, que puede también intentar la vía ordinaria, pues ella otorga mayor amplitud de debate y prueba tanto a la administración como en su caso al concesionario o particular demandado (en el caso del concesionario, por tarifas irrazonables, ganancias excesivas, abuso de poder monopólico, etc; en el caso de otros particulares, por daño al medio ambiente).

En el caso del ambiente, que antiguamente se prestaba a discusiones acerca de si afectaba derechos subjetivos o intereses difusos de los afectados por él, la solución constitucional reconoce a los individuos tanto un derecho de incidencia colectiva para pedir el cese del perjuicio y su reparación integral, como un *derecho subjetivo* a un ambiente sano y la reparación pecuniaria de los daños ocasionados a la persona por la degradación del medio ambiente.

Quien tiene tan sólo un interés legítimo que no pueda equipararse a las situaciones que venimos de exponer, únicamente puede en la actualidad reclamarlo

ante la propia administración, en el orden nacional y sólo puede pedirlo ante la justicia en aquellas provincias que han instituido una acción al efecto, denominada “acción de ilegitimidad” o “acción de anulación”, o bien que, dentro de la acción procesal administrativa que prevén, admiten, junto con la pretensión de plena jurisdicción que permite accionar por nulidad del acto e indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos subjetivos, plantear una pretensión de ilegitimidad o anulación dirigida exclusivamente a obtener la nulidad del acto, susceptible de ser deducida por quienes poseen sólo un interés legítimo. Por lo demás, quien sólo tiene un interés legítimo, si bien puede pedir la revocación o la anulación del acto según sea el caso en los regímenes procesales administrativos antes señalados, no puede pedir que se le indemnicen daños y perjuicios; por fin, cuando existe protección judicial del interés legítimo, el procedimiento es generalmente diverso del que se sigue para la protección del derecho subjetivo. Esta es la forma clásica de ver la cuestión y tiene precedentes legislativos y jurisprudenciales. Con todo, una orientación más moderna, que poco a poco se va imponiendo y la Constitución apoya en materia de medio ambiente y derechos de incidencia colectiva, es igualar dichas situaciones jurídicas y reconocerles a todas la misma protección que se otorga al derecho subjetivo.

Existe, por fin, una cuarta noción: el interés simple. Se dice que éste es el mero interés que le corresponde a todo ciudadano o habitante en que la ley sea cumplida; no existe aquí ni el derecho exclusivo que era típico del derecho subjetivo, ni el interés legítimo de un número determinado de personas, ni el derecho de un habitante a que *su* medio ambiente sea sano, sino el interés de *toda* la comunidad en que no haya actos administrativos ilegítimos.

El interés simple, como regla, no da derecho a interponer acciones judiciales ni recursos administrativos; sólo permite hacer *denuncias* ante la administración y el Defensor del Pueblo sobre aquello que se considera ilegítimo; a diferencia del interés legítimo, en que se puede interponer un *recurso* administrativo que la administración está obligada a resolver (y que permite ejercer el *derecho subjetivo* a obtener una decisión expresa, recurriendo incluso al amparo judicial por mora de la administración en resolver), en el interés simple la administración no está necesariamente obligada, en principio, a resolver la denuncia interpuesta.

## Capítulo XI

# CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

## I. Introducción

### 1. Algunas premisas

#### 1.1. Objeto del análisis

En el cap. X hemos clasificado la actividad administrativa distinguiendo<sup>1</sup> el acto y el contrato administrativo.<sup>2</sup> El objeto del presente cap. es analizar este último para explicar sus rasgos generales y matices o grados de diferenciación jurídica

<sup>1</sup> *Supra*, cap. I.

<sup>2</sup> *Infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. IV. Como explicamos en el cap. I, no nos embarcamos en la búsqueda o negación de la “esencia” o “sustancia” de un vocablo jurídico. Sin embargo, una interesante controversia puede verse en nuestro medio entre MAIRAL, HÉCTOR A., “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” *ED*, 179: 655 y CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Un intento doctrinario infructuoso: El rechazo de la figura del contrato administrativo,” *ED*, 180: 773; MAIRAL, “El aporte de la crítica a la evolución del derecho administrativo,” *ED*, 180: 849 y “La ideología del servicio público,” *RDA*, 14: 359 (Buenos Aires, Depalma, 1993); “La teoría del contrato administrativo y el derecho norteamericano,” *ED*, 30-XI-00; “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas,” en GORDILLO, AGUSTÍN (Dir), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, *LL*, 2004, pp. 3-18. Controversia en la cual hemos tomado posición (ver lo que dijimos en nuestro prólogo a la obra de MAIRAL, *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Buenos Aires, *Res Pública Argentina*, RAP, 2007.) También nuestro artículo “La mutación del contrato administrativo,” en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Rap, 2007, pp. 835-8 y en [http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub\\_id=99&sid=1174&aid=19135&eid=25&NombreSeccion=Notas%20de%20c%C3%83%C2%A1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo](http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=19135&eid=25&NombreSeccion=Notas%20de%20c%C3%83%C2%A1tedra%20universitaria&Accion=VerArticulo). Nuestra conclusión en dicho artículo es “*El debate que iniciara MAIRAL ha concluido. Tenía razón. Hoy está demostrado en los hechos.*” Por cierto, a ello se suma la generalizada destrucción del Estado de Derecho que en ese artículo señalamos y que, contrariamente a toda previsión imaginable, continúa deteriorándose cada vez más. Ver también los diversos trabajos de COVIELLO, PEDRO JOSÉ JORGE, “La teoría general del contrato administrativo a través de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993*, Buenos Aires, La Ley, 1994, p. 98 y ss., nota 57 *in fine*; “El criterio de contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,” *ED*, 111: 845; “El concepto de contrato administrativo,” en AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 166 y ss.

interna, que permitan a su vez ensayar subclasificaciones que mejor expresen tales distinciones. Debe quedar en claro, una vez más, que lo que aquí interesa es determinar el régimen jurídico concreto antes que calificaciones abstractas, aunque existe una importante producción jurídica al respecto que constituye la base de análisis de todo estudio: no estamos ante un abstracto intento de clasificación conceptual, sino ante la descripción del régimen jurídico existente, desde nuestro punto de vista, para entonces sí, como subproducto de algún modo marginal, proceder a la clasificación si hay más de un régimen jurídico como es el caso en el derecho argentino.

Históricamente el tema se ha enfocado y querido solucionar por la vía procedimental del sistema de selección del contratista estatal,<sup>3</sup> lo que hasta ahora no ha resultado eficaz en nuestro medio.<sup>4</sup>

A nuestro juicio, o más importante es a la *razonabilidad del objeto y precio* de la contratación, la *eficiencia* del gasto incurrido, la *equidad* de las tarifas, etc. Estos no son ya criterios de oportunidad o conveniencia, son *valores supra-normativos* respecto del derecho interno, son supralegales y supranacionales, *inmediatamente operativos*, como surge, entre otros textos, de la Convención Interamericana contra la Corrupción:<sup>5</sup> Por su nivel jerárquico dicha Convención

<sup>3</sup> Ver MAIRAL, HÉCTOR A., *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Buenos Aires, Depalma, 1975; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones)*, Buenos Aires, Depalma, 2000; FIORINI, BARTOLOMÉ y MATA, ISMAEL, *Licitación Pública (Selección del contratista estatal)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972; DROMI, ROBERTO, *La licitación pública*, Buenos Aires, Astrea, 1975; GRECA, ALCIDES, *La licitación y el privilegio en los contratos administrativos*, Santa Fe, Univ. Nac. del Litoral, 1941; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *La licitación pública*, Montevideo, 1938; LÓPEZ-ELÍAS, JOSÉ PEDRO, *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*, México, D.F., UNAM, 1999; LUCERO ESPINOSA, MANUEL, *La licitación pública*, México, D.F., Porrúa, 1993; ROMERO PÉREZ, JORGE ENRIQUE, *La licitación pública en Costa Rica*, San José, UCR., 1975; BOQUERA OLIVER, JOSÉ M., *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, Madrid, IEP, 1963, p. 100; BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA, *Da licitação*, San Pablo, Bushatsky, 1978; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, "Licitação," San Pablo, RDT, 1980; VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA, *Direitos dos licitantes*, San Pablo, Malheiros, 1994, 4ª ed.; FERRAZ, SÉRGIO y VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA, *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, San Pablo, 1995, 3ª ed.; ADILSON ABREU DALLARI, *Aspectos jurídicos da licitação*, San Pablo, Saraiva, 1992; SUNDFELD, CARLOS ARI, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, Malheiros, 1994; FERNÁNDES DE OLIVEIRA, RÉGIS, *Licitação*, San Pablo, RDT, 1981; MOTTA, CARLOS PINTO COELHO, *Licitação e contrato administrativo*, Belo Horizonte, Lê, 1990; *Apontamentos sobre legalidade e licitação*, Belo Horizonte, UCMG, 1982; *Eficácia nas licitações e contratos. Comentários. Jurisprudência e legislação*, 11ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2008; LOPES MEIRELLES, HELY, *Licitação e contrato administrativo*, San Pablo, RDT, 1977; DAYRELL, CARLOS LEOPOLDO, *Das Licitações da administração pública*, Río de Janeiro, Forense, 1973; BRITTO, CARLOS AYRES, *O perfil constitucional da licitação*, Curitiba, ZNT, 1997; CITADINI, ANTONIO ROQUE, *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*, San Pablo, Max Limonad, 1997, 2ª ed.; FERREIRA DE OLIVEIRA, IVO, *Diligências nas licitações públicas*, Curitiba, JM, 2000.

<sup>4</sup> En igual sentido LÓPEZ-ELÍAS, *op. cit.*, pp. 86-7.

<sup>5</sup> La problemática de la corrupción ha sido examinada en profundidad por MAIRAL, *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, *op. cit.*, quien dedica el Capítulo IV a la corrupción en la contratación administrativa (en las 4 etapas que menciona: la licitación pública, la ejecución del contrato, el pago y la solución final de las controversias.) Además de la Convención Interamericana contra la Corrupción, recordar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ley 26.097.

se halla por encima de la legislación nacional y desde luego de los reglamentos administrativos existentes, siendo el deber de la administración y de los jueces proceder a su *directa aplicación* en el orden interno, sin necesidad de otra consagración normativa interna. Con lo cual se produce un primer grave desfasaje entre las normas usualmente citadas y publicadas y el derecho supranacional directamente aplicable por encima de ellas.

## 1.2. *El sujeto de la contratación*

Es generalizado el punto de partida de que al hablar de contratos administrativos o contratos de la administración nos referimos en general como mínimo a contratos celebrados por una persona estatal.<sup>6</sup> La administración nacional centralizada o descentralizada, pero no personas jurídicas no estatales, sean ellas públicas o privadas.<sup>7</sup> Los contratos que celebran las personas públicas no estatales y las personas privadas que ejercen funciones públicas no suelen ser incluidos en dicha categoría, aunque existen excepciones tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.<sup>8</sup> Aquí vemos ya un primer matiz de indeterminación que hace a esta materia de los contratos administrativos particularmente difícil, aún sin considerar las limitaciones que surgen de la doctrina recordada *supra*, en la nota 2.

Aunque se les reconoce a veces que pueden dictar actos administrativos,<sup>9</sup> es más excepcional que se admita que celebren contratos administrativos. Ello no quita que en el régimen de concesiones y licencias de servicios públicos los prestadores de los servicios públicos estén sometidos a algunos requisitos propios de la contratación pública, notablemente la *publicidad* y la *licitación* como reglas<sup>10</sup> de sus contratos, la ausencia de subsidios cruzados, la realidad de la contratación, etc.<sup>11</sup> En el segundo caso se aplicarán frecuentemente los principios de la licitación pública, por lo que se imponen algunas consideraciones liminares al respecto, pues como se verá la relación contractual cambia mucho en uno y otro caso.

<sup>6</sup> *Fallos*, 316:212, *Cinplast*, 1993.

<sup>7</sup> Así BIELSA, MARIENHOFF, ESCOLA: COVIELLO, "La teoría general...", *op. cit.*, p. 99, nota 2.

<sup>8</sup> En la opinión afirmativa BARRA, RODOLFO CARLOS, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, p. 247 y ss.; es la excepción en la jurisprudencia: COVIELLO, *op. cit.*, p. 101 y ss., 104, 113, 114; *Fallos*, 304-I: 490, *Schirato*, 1982, con nota de BARRA, RODOLFO CARLOS, *LL* 1982-D, p. 351 y ss; si bien acá la CSJN reconoció que la relación contractual quedaba integrada, en uno de sus extremos, por el estado nacional, único responsable frente al contratista, sin embargo dicha regla encontraba excepción en el caso al haber actuado el ente contratante no estatal "por delegación de facultades a través de las entidades intermedias" —en el caso, una cooperadora escolar— la cual "obró gestionando intereses ajenos... para ayudar a la acción del Estado en uno de sus fines específicos, como lo es el velar por la educación primaria." (Cons. 5º, 7º y 8º.)

<sup>9</sup> Desarrollamos el tema *infra*, t. 3, cap. I, § 11, "El acto administrativo —y no los contratos administrativos— de entes no estatales;" §12, "Distintos ejemplos de actos administrativos de personas no estatales," pp. 11-25.

<sup>10</sup> O sea, como reglas que tienen excepciones.

<sup>11</sup> Ver *Fallos*, 306: 2040, 1984, *Dufour*; COVIELLO, *op. cit.*, p. 115, nota 48.

### 1.3. *La licitación pública y los pliegos*<sup>12</sup>

Solía ser afirmación corriente que la licitación pública no era un requisito de validez del contrato administrativo a menos que la ley lo exigiera,<sup>13</sup> lo cual constituía una petición de principio pues casi todas las normas legales lo hacen<sup>14</sup> y en cualquier caso la propia administración es remisa a contratar sin el techo protector de una licitación.<sup>15</sup> Sin embargo, no debemos pecar de ingenuidad y creer que ello cumple el requisito supranacional de *publicidad* que exige el art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción: esa publicidad requiere no solamente la publicación 1º del llamado, sino también 2º de la adjudicación y su monto y 3º del precio final que resulta de la ejecución total del contrato con sus modificaciones. Todo ello debe publicarse en el Boletín Oficial de la Nación y en Internet: Hay que utilizarla no para propaganda sino para difusión genuina de información útil.<sup>16</sup>

De allí no se sigue tampoco la consecuencia que frecuentemente la administración extrae, en el sentido de creer que puede poner en el pliego absolutamente cualquier privilegio estatal, aun el más arbitrario, sin que ello importe violación al orden jurídico. Esa opinión resulta insostenible, pues es obvio que los pliegos deben ser conformes a la legislación<sup>17</sup> y *a fortiori* a la Constitución; en la práctica, sin embargo, no se encontrarán casos de anulación de normas de pliegos de bases de licitaciones públicas. También deben ser conformes a los principios jurídicos de *equidad* y *eficiencia* que exige el mentado art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Un ejemplo son las normas por las que el licitante se autoconfiere el derecho a dejar sin efecto la licitación y no adjudicar a nadie, sin dar para ello razón o

<sup>12</sup> El desarrollo del tema lo realizamos *infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. XII, “La licitación pública.”

<sup>13</sup> Una relación de la doctrina argentina en COVIELLO, *op. cit.*, p. 131, notas 82 y 84.

<sup>14</sup> El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional —aprobado por decreto 1.023/01, emitido en virtud de la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo dispuesta por ley 25.414— la establece como regla general (art. 24.)

<sup>15</sup> Lo explicamos en *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Editorial Civitas, 1981. Es el mismo problema de inseguridad —justificada— que hace que el funcionario público no se anime por lo general a dictar decisiones que cuentan con dictamen jurídico adverso, o a apartarse de la más estricta interpretación semántica posible de la norma aplicable al caso. Su protección es decir que no. Decir que sí puede atraerle responsabilidad y cuestionamientos, decir que no, nunca.

<sup>16</sup> Debiera considerarse una obviedad la auténtica *publicidad* de todos los actos de gobierno, por cuanto la forma de gobierno republicana (art. 1), el principio de la soberanía del pueblo (art. 33) y los derechos de información (arts. 41 y 42), resultan imperativos constitucionales, consustanciados con ella. En la actualidad, diversas normas procuran incentivar la participación ciudadana, aun en el ámbito de las contrataciones públicas: *vgr.* arts. 8, 9, 10 y 19, decreto 1023/01; arts. 10 y 13, decreto 436/00; decreto 1172/03 de “Acceso a la Información Pública.” En ese sentido, no puede obviarse el decreto 229/00 que instrumenta la “Carta Compromiso con el Ciudadano” y la ley 25.188 de ética en el ejercicio de la función pública.

<sup>17</sup> Ver CSJN, *Espacio S.A.*, 1993, *Fallos*, 316-3: 3157, referenciado también en COVIELLO, *op. cit.*, p. 130.

fundamento alguno, ni tener los oferentes derecho siquiera al resarcimiento de los gastos incurridos, ni aun a la devolución del precio abonado por el pliego.<sup>18</sup>

Normas de ese tipo son tan claramente arbitrarias que no se puede entender cómo la justicia no las anula y las aplica por el supuesto voluntario sometimiento del oferente y el posterior *pacta sunt servanda*. En otras materias se han producido cambios que deberían hacerse extensivos a la licitación.<sup>19</sup> A la inversa, justo es reconocer que ello ocurre en materia de los contratos administrativos del segundo grupo o la categoría intermedia de la evolución, pues en las concesiones o licencias de servicios públicos de la última década del segundo milenio y comienzos del siglo XXI, se encuentra a veces la experiencia opuesta. Es necesario por todo ello explicar la caleidoscópica evolución del derecho administrativo argentino, que no responde tanto a una evolución conceptual sino a una *modificación de la realidad económica producto de cambiantes políticas económicas*.

## 2. La evolución del objeto contractual y su régimen jurídico

### 2.1. Época primigenia<sup>20</sup>

En la Argentina del siglo XIX y primeras décadas del XX, el contrato administrativo más importante era la concesión de servicios públicos,<sup>21</sup> cuya construcción se hizo en parte extensiva a otros contratos administrativos, aunque fueran de menor importancia y distinta realidad jurídica y económico-financiera.

<sup>18</sup> Solución que adopta el decreto 1023/01, art. 20 y decreto 436/00, art. 61, pero en ambos casos la normativa se refiere solo a los interesados u oferentes, lo que indicaría que el adjudicatario sí puede reclamar daños y perjuicios si la administración decide dejar sin efecto un llamado a licitación antes del perfeccionamiento del contrato.

<sup>19</sup> CSJN, *Fallos*, 318-2: 1154, *Video Club Dreams*, año 1995, *LL*, 1995-D, 247, con nota de GELLI, MARÍA ANGÉLICA: “Amparo, legalidad tributaria y decretos de necesidad y urgencia (El caso «Video Club Dreams»),” *LL*, 1995-D, 243, en que uno de los votos de la Corte reconoce el hecho de que actos de acatamiento a la norma luego impugnada no “traducen una clara voluntad de someterse a las normas impugnadas en el *sub lite*. Por el contrario, dichos actos revelan —más bien— *la intención de no quedar marginada* del circuito de comercialización de videos” (cons. 6°). El criterio es hacer prevalecer la necesidad de no quedar excluido del negocio por sobre la supuesta voluntad de acatar el régimen en cuestión; debería también aplicarse en materia de licitación pública. La antigua jurisprudencia del “voluntario acatamiento” a las normas ilegales o irrazonables de la administración ha sido una de las fuentes más fructíferas de la corrupción administrativa. Sin embargo la jurisprudencia no cambia; más aún, a veces parece adquirir un nuevo impulso, como en *Fallos*, 327: 2905, *Cabrera, Gerónimo Rafael* (2004.) En efecto, la Corte rechazó —sin análisis de la cuestión de fondo— el planteo de invalidez constitucional de las normas que establecieron la indisponibilidad y pesificación de los depósitos bancarios a fines de 2001, ya “que el voluntario sometimiento de los interesados a un régimen jurídico sin expresa reserva determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional” (cons. 5°). Para peor, la ley de emergencia 25.344 faculta discrecionalmente a rescindir contratos sin pagar la indemnización ordinaria, lo cual es un claro instrumento de potencial extorsión, en manos de los funcionarios políticos. Las normas reglamentarias han introducido, en buena hora, una cierta restricción: decreto 1.116/00 y res. 48/00, *B.O.* 5-I-01, pp. 9-10.

<sup>20</sup> Para una relación histórica más lejana, en el derecho comparado, ver FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE, *Derecho administrativo. Contratos*, México, D.F., Porrúa, 2000, pp. 1-23, 25-56.

<sup>21</sup> La historia se habría de repetir al final del siglo XX tanto para la concesión como para la licencia.

## 2.2. *Época intermedia, de las nacionalizaciones*

Con las reservas producto de la segunda posguerra mundial el Estado argentino dedicó los fondos a estatizar grandes sectores de la economía: Así creció también el número de contratos de obras públicas y suministros, que no son aplicables en la concesión de servicios públicos. Estos contratos pasaron a ser las figuras contractuales dominantes del derecho administrativo. En cambio, el contrato de concesión de servicios públicos quedó olvidado, carente de referencia empírica. El régimen de los contratos administrativos de esta época fue siendo modificado en forma progresiva, tanto legislativa como jurisprudencialmente, alejándolo cada vez más de la concesión de servicios públicos con la cual ya poco tenía que ver.

## 2.3. *La reforma del Estado*

A partir de 1989 el sector público de la economía se reduce en virtud de la privatización sistemática y con él los contratos que celebraba el Estado cuando tenía un rol activo en la economía: obra pública, suministro, concesión de uso del dominio público, etc. Aparecen ahora otra vez como manifestación fundamental de la contratación administrativa, las concesiones y licencias de servicios públicos, generalmente en condiciones de monopolio o exclusividad.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Ver SALOMONI, JORGE LUIS, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999; CICERO, NIDIA KARINA, *Servicios públicos. Control y protección*, Buenos Aires, UBA y Ciudad Argentina, 1996; AA.VV., *Régimen legal de las concesiones públicas. Aspectos Jurídicos, financieros y técnicos*, Caracas, EJV, 2000; BIELSA, RAFAEL, *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina, 1937; BLONDEAU, ANGE, *La concession de service public*, París, Dalloz, 1933; COMTE, PHILIPPE, *Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public. Un aspect de l'évolution du droit public contemporain*, París, Sirey, 1934; FANELLI EVANS, GUILLERMO E., "Las subvenciones en las concesiones de obra y de servicios públicos," en AA.VV., *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. VI; GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *La teoría del servicio público*, Madrid, Reus, 1923; GONZÁLEZ VERGARA, ARIEL, *La concesión, acto administrativo creador de derechos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1965; LÓPEZ PELLICER, JOSÉ A. y SÁNCHEZ DÍAZ, JOSÉ L., *La concesión administrativa en la esfera local*, Madrid, IEAL, 1976; ORIANNE, PAUL, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruselas, Larcier, 1961; ORTIZ, EDUARDO, "Aspectos legales de las concesiones ferrocarrileras," *Revista de Ciencias Jurídicas*, n° 27 (San José, 1975); PEÑA VILLAMIL, MANUEL, *La concesión de servicios públicos*, Asunción, Lapacho, 1957; PICCIRILLI, RODOLFO, *El privilegio en las concesiones de servicios públicos*, Buenos Aires, Abeledo, 1936; PISIER-KOUCHNER, EVELYNE, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, París, L.G.D.J., 1972; RAMOS, JUAN P., *Ensayo jurídico y social sobre la concesión de servicios públicas*, Buenos Aires, Jesús Menéndez, 1937; ROMERO PÉREZ, *Apuntes sobre el servicio público*, San José, Ed. Univ. de Costa Rica, 1978; SARMIENTO GARCÍA, JORGE H., "Noción y elementos del servicio público," en AA.VV., *Los servicios Públicos. Régimen jurídico actual*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 12; *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, pp. 243-4, nota 243, recordando a la Sala III en *Edesur c. ENRE* (1996): "el principio del informalismo en favor del administrado no puede ser invocado por la recurrente con la misma intensidad que pudiera hacerlo en general otro interesado;" SILVA CENCIO, JORGE A., *Servicio público y concesión de servicios*, Montevideo, Amalio M. Fernández, 1980; VÁZQUEZ FRANCO, GLADYS, *La concesión administrativa de servicio público*, Santafé de Bogotá, Temis, 1991; IV CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS, *Régimen jurídico de la concesión de servicio público*, Buenos Aires, imprenta "Artes Gráficas," 1936; INSTITUTO DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Los servicios públicos. Régimen jurídico actual*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

Los regímenes jurídicos de los contratos del sector público de la economía en la época anterior y la presente,<sup>23</sup> no son ni pueden ser los mismos, pues ha cambiado mientras tanto toda la relación económica subyacente.

## 2.4. *La reforma constitucional*

### 2.4.1. *El art. 42*

La reforma constitucional de 1994 refuerza los presupuestos constitucionales tradicionales de los servicios públicos prestados bajo condiciones de monopolio o exclusividad. Es el efecto conjunto de la reforma del Estado, primero,<sup>24</sup> y de la reforma constitucional, después, lo que obliga a una revisión de las clasificaciones de los contratos administrativos. La reforma constitucional, bueno es recordarlo, prevé en el art. 42 que los servicios públicos monopolizados de hecho o de derecho deben ser regulados y controlados por entes independientes con participación de los usuarios,<sup>25</sup> la tutela de cuyos derechos e intereses deben procurar. Por ahora tanto el legislador como el Poder Judicial incumplen esta norma.

### 2.4.2. *Continuación. El art. 76*

Al propio tiempo, el art. 76 prohíbe la delegación al Poder Ejecutivo Nacional y por ende la subdelegación que éste viene habitualmente haciendo en órganos subordinados.<sup>26</sup> Con el transcurso del tiempo debe progresivamente desaparecer esa reglamentación subdelegada de las Secretarías y desde luego también la del Poder Ejecutivo, puesto que no se trata aquí de una materia interna de la administración sino de los derechos de los usuarios. Aquí, son los tres poderes del Estado que se hallan remisos en cumplir y hacer cumplir el nuevo principio constitucional. Distinto es cuando el Congreso invoca una real emergencia pública y hace la delegación con este alcance, como fue el caso de las leyes 25.414 del año 2001 (derogada por ley 25.556) y 25.561 del año 2002, cuya vigencia ha sido objeto de sucesivas prórrogas por las leyes 25.820, 25.972, 26.077, 26.204 y 26.339. Aún en esta ley la delegación es efectuada al Poder Ejecutivo y no parece

<sup>23</sup> Quizás pueda hablarse de una cuarta etapa de la contratación pública en Argentina, la que necesariamente acompañaría al nuevo rol prestador del estado en materia de servicios públicos, al que hacemos referencia *infra*, t. 1, cap. XV, “Los entes reguladores,” § 2. La rescisión de la concesión del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales a la empresa Aguas Argentinas SA (decreto 303/06) y la adjudicación del mismo a la estatal Agua y Saneamientos Argentinos SA (decreto 304/06), marcaron el comienzo de una tendencia transitoria a un mayor protagonismo del estado en la economía y en la gestión directa de los servicios públicos. Luego le siguieron otras estatizaciones como la de Aerolíneas Argentinas pero, en lo esencial, todavía subsiste el modelo de privatización.

<sup>24</sup> UGOLINI, DANIELA P., “El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos,” *ED*, 148: 869.

<sup>25</sup> Ver GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2006, 3ª ed. ampliada y actualizada, comentario al art. 42, § 3.5, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” pp. 468-9; 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, pp. 592-3; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5.

<sup>26</sup> *Supra*, cap VII, § 13.3.

incluir la facultad de subdelegar. En los hechos se lo hace de todas maneras, e incluso se observan actuaciones de secretarios de Estado y autoridades inferiores en restricción a los derechos individuales, por cierto totalmente ilegales y también inconstitucionales.

#### 2.4.3. *El rol de los entes reguladores*

De acuerdo al nuevo esquema constitucional solamente los entes previstos en el art. 42 tienen tales facultades reglamentarias, en virtud de la ley del respectivo marco regulatorio; por ahora ello no ha llegado a la realidad.

Deberán dictarse tales leyes e instrumentarse los respectivos entes en los servicios otorgados bajo concesión en condiciones monopólicas o de exclusividad y que todavía carecen de ellos o los tienen creados por Decreto; en su defecto la justicia deberá aplicar en forma directa el texto constitucional, supliendo la omisión legislativa.

### 3. *Un punto de inflexión en el desarrollo del contrato administrativo no monopólico o exclusivo*

#### 3.1. *La nacionalización de los servicios públicos concedidos*

Ya dijimos que la idea de “servicio público” despertó casi siempre una resonancia a necesidad pública, bien común, etc. y llevó a soluciones para restringir las potestades del prestador, que además tenía y tiene mayor poder que el propio gobierno, en favor de la protección de los usuarios del servicio, representados por el poder público concedente. Eso fue el pasado distante, casi remoto, pero que produjo muchas teorías y principios: relaciones especiales de sujeción, facultades unilaterales administrativas de modificar las modalidades de prestación del servicio, etc.

Ante la dificultad de controlar tales monopolios o privilegios y al amparo de nuevas teorías económicas, en las décadas del '30 al '90 del siglo XX el contrato de concesión de servicios públicos dejó de ser el contrato administrativo por antonomasia que era a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX y pasó, en apariencia, al desván de los recuerdos. Los Estados decidieron tomar a su cargo la prestación, nacionalizando o estatizando los servicios prestados por particulares y creando al efecto diversas formas de empresas públicas: es la época del florecimiento de múltiples tipos de formas jurídicas por las cuales el Estado realizaba estas actividades.<sup>27</sup>

Se redujo al mínimo la figura de la concesión de servicios públicos o incluso se la eliminó del plano de la experiencia. Fue la época del máximo desarrollo

<sup>27</sup> Una descripción de esta antigua historia se puede encontrar en nuestro art. “El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina,” *LL*, 141: 1030 (1971), reproducido en el libro de ANDRIEU, PEDRO ENRIQUE, *Empresas públicas*, Buenos Aires, Macchi, 1975, cap. XII, pp. 681-724.

histórico del Estado de Bienestar, la planificación, el Estado como sujeto activo de la economía, etc.<sup>28</sup>

### 3.2. *El crecimiento del sector público y su contratación*

Al crecer el sector público de la economía, fueron cobrando creciente importancia, tanto en número como en montos, una serie de contratos administrativos que antiguamente no eran igualmente frecuentes: contratos de obras públicas, de suministros, etc. La importancia cualicuantitativa del sector público de la economía<sup>29</sup> era del orden del 50% del producto bruto nacional, lo que provocaba un parecido crecimiento de sus formas de contratación, entre otros fenómenos de aquel entonces.<sup>30</sup> Ya hemos adelantado que a principios del siglo XXI se produce un pequeño resurgimiento de aquella vieja tendencia.<sup>31</sup>

Alrededor de ellos se construyó el nuevo régimen de los contratos administrativos de esa generación. La concesión monopólica o exclusiva de servicios públicos había quedado en el pasado, sin referencia empírica. La lucha de esta época fue, a la inversa de la anterior, tratar de reducir los privilegios que se había reservado al Estado concedente para tutelar los derechos de los usuarios. Ahora los usuarios eran los “administrados” del propio Estado y los terceros sólo ocasional y limitadamente se veían afectados por los contratos estatales ahora frecuentes.

Esta variación de contratos reales significó, para los nuevos contratos de mayor frecuencia de utilización, un cambio de encuadre en los problemas que los juristas debían analizar y fue produciendo una variación en los principios con los cuales se habrían de enfocar en esa época, tales problemas de los contratos del Estado.

No estando de por medio el “servicio público” y la obligación de preservar los derechos de los usuarios cautivos, tanto en la prestación del servicio como en la tarifa monopólica, se fueron morigerando o incluso eliminando muchos de los caracteres clásicos de la concesión de servicio público de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX.

<sup>28</sup> Exponemos el tema en el cap. IV, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio,” § 1.2 y señalamos su bibliografía en la nota 1.4 de ese cap.

<sup>29</sup> A cual dedicamos buena parte de los esfuerzos de nuestros primeros veinte años de investigación, 1960-1980: *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966; *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967; *Derecho administrativo de la planificación*, Bogotá, O.E.A., 1967; *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Ed. conjunta de la Agencia para el desarrollo (A.I.D.) y Macchi, México y Buenos Aires, 1973; *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1981. Ver también una detallada enumeración de los servicios públicos prestados directamente por el estado a principios de la década de 1980 en MAIRAL, *La ideología...*, op. cit., pp. 391-2.

<sup>30</sup> P. ej., lo explicado en nuestro art. “Algunos problemas jurídicos de la actuación internacional de las empresas públicas argentinas,” *RADA*, 11: 42 (Buenos Aires, 1976.)

<sup>31</sup> Un repaso de la situación de esta cuestión en la actualidad puede consultarse en BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2007, Tomo I, Cap. VII, pp. 672-99.

Ello nos llevó a la década del 90 del siglo XX, con un doble desfase: estaba bien desarrollada la teoría<sup>32</sup> y la experiencia de contratos administrativos que ya no tienen tanta importancia práctica (obra pública, suministro); había quedado en cambio casi olvidada la jurisprudencia y doctrina constitucional de interpretación de las concesiones y licencias monopólicas o exclusivas.<sup>33</sup> Pero ambos regímenes subsisten y conviene no confundirlos: aplicar a unos los caracteres jurídicos del otro sería un error importante de derecho.

#### 4. La evolución de la doctrina de los contratos de la administración

Esas marchas y contramarchas de la contratación estatal y su régimen jurídico no son sólo propias de nuestro país.

##### 4.1. La negación de la categoría de los contratos administrativos<sup>34</sup>

En una primera orientación, la más antigua, se interpreta que todos los contratos celebrados por la administración —una persona estatal— con sujetos privados de

<sup>32</sup> Ampliar y comparar en ESCOLA, HÉCTOR JORGE, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, 2 vols.; BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, 2ª ed., p. 189 y ss.; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Contratos administrativos*, Caracas, EJV, 1992; ARIÑO ORTIZ, GASPAS, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el derecho español y europeo,” en AA.VV., *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, op. cit., cap. VI; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA, “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española,” *RAP*, 23: 193 (Madrid); DI RENZO, FRANCESCO, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1969; FLAMME, MAURICE, *Les marchés de l'Administration*, Bruselas, 1955; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, “La figura del contrato administrativo,” *RAP*, 41: 99 (Madrid, 1963); HAINAUT, JEAN PIERRE y JOLIET, RENÉ, *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, Bruselas, 1963; INSTITUTO URUGUAYO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Contratación administrativa*, Montevideo, FCU, 1989; JEZE, GASTÓN, *Les contrats administratifs*, París, Marcel Giard, 1934, 4 vols.; LAMARQUE, JEAN, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, París, L.G.D.J., 1960; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE; MODERNE, FRANK y DELVOLVÉ, PIERRE, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, París, LGDJ, 1983, 2ª ed.; MARTINEZ LÓPEZ MUÑIZ, JOSÉ LUIS, *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español, su fundamento y sus consecuencias*, obra y lugar citados; MONTORO PUERTO, MIGUEL, *Contratos administrativos atípicos*, Madrid, ENAP, 1969; PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL Y IV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Contratos públicos*, Mendoza, 1978; RICHER, LAURENT, *Les contrats administratifs*, París, Dalloz, 1991; ROEHRSEN DI CAMMERATA, GUGLIELMO, *I contratti della Pubblica Amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1967; ROMERO PÉREZ, *Los contratos del Estado*, San José, EUED, 1989; ALVAREZ GENDÍN, SABINO, *Los contratos públicos*, Madrid, Reus, 1934.

<sup>33</sup> El interés se ha reabierto con motivo de estos contratos “redescubiertos.” Ver la polémica MAIRAL—CASSAGNE: *supra*, nota 1.2.

<sup>34</sup> Un desarrollo del tema en HAINAUT y JOLIET, op. cit., t. II, p. 70; FROMONT, MICHEL, *La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand*, París, 1960, p. 188; GIACOMETTI, Z., *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1960, t. I, p. 442; ESTORNINHO, MARÍA JOÃO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990. Pero la doctrina alemana no es pacífica: HELFRITZ, HANS, *Verwaltungsrecht*, Hannover, 1949, p. 43 y la cuestión es terminológica: si se parte demasiado rígidamente de que un contrato supone igualdad entre las partes, puede entonces decirse que la administración no “contrata.” BREWER CARÍAS, op. cit., p. 15, quien recuerda a MAYER, OTTO, *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, Depalma, 1949, t. I, p. 27 y ss.

derecho están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay allí una categoría nueva de contratos, además de los privados. Esta es p. ej. la solución clásica de la doctrina alemana, donde sin embargo se admite la categoría del contrato interadministrativo, que es el celebrado entre distintas administraciones.

#### 4.2. *La negociación del contrato civil de la administración*

Los autores norteamericanos se refieren a los contratos “del gobierno” dando por sentado que, dentro de una miríada de normas, jurisprudencia y costumbres especiales, de todos modos existe una única categoría genérica de contratos de la administración.<sup>35</sup> También hay un derecho común de las contrataciones de los organismos internacionales.<sup>36</sup> Si bien existen abundantes referencias a la contratación privada en el sector público estatal,<sup>37</sup> básicamente no hay un contrato puramente privado de la administración, pero sí distintos tipos de regímenes jurídicos de contratos del Estado, con mayores o menores elementos de derecho público.<sup>38</sup>

#### 4.3. *La distinción clásica entre contratos civiles y administrativos*

En una segunda forma tradicional de ver la cuestión se distingue dentro del total de los contratos celebrados por la administración los contratos regidos por el derecho privado y los contratos administrativos. Es claro que la distinción está emparentada con otras: acto civil y acto administrativo, dominio privado

<sup>35</sup> WHELAN, JOHN W., *Federal Government Contracts. Cases and Materials*, Nueva York, The Foundation Press, Inc., 1985, p. 1 y ss.; MITCHEL, J. D. B., *The Contracts of Public Authorities. A Comparative Study*, Londres, G. Bell and Sons Ltd., 1954; PUGLIESE, FRANCESCO PAOLO, *I contratti delle amministrazioni federali negli Stati Uniti D'America (Government Contracts)*, Padua, Cedam, 1974; SANTA MARÍA DE PAREDES, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1903, 6ª ed., p. 714.

<sup>36</sup> WESTRING, GÖSTA, *Adquisiciones internacionales de bienes y servicios. UNITAR y CCI*, Washington, Banco Mundial, 1987. En el caso de las contrataciones de empréstito público hechas por un país bajo su propia ley soberana, la solución tradicional es considerarlo parte del poder tributario del Estado; cuando el contrato se celebra y ejecuta en el exterior se rige, en cambio, por el derecho y la jurisdicción comunes de ese lugar. Comp. FERNÁNDEZ RUIZ, *op. cit.*, cap. XVI, § 1, “El contrato de empréstito público,” pp. 367-73. Sobre el régimen jurídico aplicable en las contrataciones públicas gestionadas por las unidades ejecutoras del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) puede consultarse: DUBINSKI, GUIDO, “La constitucionalidad de las contrataciones del Estado gestionadas por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y su oponibilidad al Régimen Aduanero Argentino,” *LL*, 2007-C, 1002.

<sup>37</sup> Ver en especial RIVERO ORTEGA, RICARDO, *Administraciones públicas y derecho privado*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

<sup>38</sup> Ver, así, nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, 1ª ed., pp. 48-9; 2ª ed., pp. 166-7; en este t. 1, 1ª ed., 1974, cap. VI, pp. 5-6. Dice BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 15, “el centro de discusión está ahora, en la diferenciación de los diversos tipos de contratos que celebra la Administración;” “En realidad, toda la actividad contractual de la Administración es de carácter administrativo. No hay contratos privados de la Administración. Todos los contratos de la Administración tienen un régimen mixto de derecho público y de derecho privado.” “Por otra parte, no se presenta este régimen como uniforme en los llamados contratos administrativos, pues varía según los cuerpos normativos que regulan cada figura contractual” (pp. 52-3.)

y público, etc., como ya lo explicamos.<sup>39</sup> Una primera diferencia con el criterio anterior es que supone que realmente existe el contrato puramente civil del Estado. El criterio utilizado para hacer la distinción es sumamente variado, según los autores y el país e incluso la época de que se trate. En esta posición hay una suerte de idea implícita de que el contrato civil fuera lo normal y el contrato administrativo lo excepcional, sobre todo porque una vez identificado el segundo como tal, quedará sometido a las reglas especiales del derecho administrativo antes que a las del derecho común. A su vez, en los casos no previstos se recurrirá analógica o supletoriamente al resto del derecho administrativo antes que al derecho civil o comercial, cuestión esta última harto compleja que requiere un cuidadoso estudio en cada caso.<sup>40</sup>

#### 4.4. *Continuación. Los tres supuestos clásicos de contrato administrativo*

Según este criterio descriptivo un contrato de la administración puede ser “administrativo” por una cualquiera de las siguientes razones.<sup>41</sup>

##### 4.4.1. *Determinación de la ley*

El primer caso —tradicional y unívoco en la jurisprudencia y la doctrina nacional y comparada— es aquél en que el carácter administrativo del contrato surge por determinación expresa o implícita de la ley, es decir, porque la ley que regula el contrato le ha dado un régimen administrativo y no de derecho común.

Sin duda es un pleonismo, ¿pero no lo es acaso toda definición? (En todo caso, la aplicación de este criterio sólo es posible dentro del ámbito espacial de vigencia de la ley que así caracteriza al contrato. No podría aplicárselo, pues, a contratos celebrados y ejecutados en el exterior.)<sup>42</sup> Tal sería el caso del contrato de obra pública (ley 13.064), la concesión de obra pública (decreto-ley 17.540/72, modificado por la ley 23.696),<sup>43</sup> el contrato de suministros (decreto 436/00), la contratación de servicios de consultoría (decreto-ley 22.460) y el contrato de

<sup>39</sup> En el cap. VIII, “Relaciones del derecho administrativo,” de este primer vol.

<sup>40</sup> La Corte tiene dicho que “son de aplicación a los actos administrativos, por analogía, las disposiciones sobre nulidades del Código Civil” [...] *Fallos*: 295:165, año 1976, *La Superiora. Bodegas, Viñedos y Olivares S.A.*, “lo que significa que no hay subsidiariedad sino simple adecuación a las modalidades propias del derecho que rige aquellos actos” (301:292, *Meridiano*, 1979; 311: 2385, *Almacenes Del Plata SAC*, 1988; COVIELLO, *op. cit.*, pp. 131-2; CASSAGNE, “Principios del derecho administrativo en un fallo de la Corte,” *ED*, 83: 444.)

<sup>41</sup> LAUBADÈRE, “Contratos de la administración: caracteres y diferencias.” AA.VV., *Contratos públicos*, *op. cit.*, pp. 38-43; LAUBADÈRE; VENEZIA, JEAN-CLAUDE y GAUDEMET, YVES, *Traité de Droit Administratif*, París, LGDJ, 1992, t. I, 12ª ed., pp. 653-65. Ver VÁZQUEZ, ADOLFO ROBERTO, *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ábaco, 1992, cap. III y ss.

<sup>42</sup> O sea, los contratos de crédito externo.

<sup>43</sup> Ver p. ej. FANELLI EVANS, *La concesión de obra pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1989; BARRA, “La concesión de obra pública en la ley de reforma del Estado,” *RAP*, 136: 9 (Buenos Aires, 1990); nuestro art. “La concesión de obras públicas y la privatización de empresas públicas por concesión,” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. II; ASSINI, NICOLA y MAROTTA, LUCIO, *Le concessione di opere pubbliche*, Padua, Cedam, 1981.

empleo público (ley 25.164),<sup>44</sup> si es que se reconoce carácter contractual a la relación que une al funcionario o empleado con el Estado;<sup>45</sup> las concesiones o licencias de servicios públicos de gas, electricidad, etc., de acuerdo a sus respectivos regímenes legales.<sup>46</sup>

#### 4.4.2. *Voluntad de las partes*

El contrato también puede ser administrativo por determinación expresa o implícita de las partes,<sup>47</sup> aun en ausencia de un texto legal expreso que lo califique de administrativo. Se dice que ello ocurre cuando la administración contrata bajo un régimen de “cláusulas exorbitantes” al derecho común, esto es, régimen y/o cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado.<sup>48</sup> Si la administración contrata:

1°) bajo un procedimiento de derecho público como es la licitación pública, con un pliego de bases y condiciones impuesto por la administración en forma unilateral;

2°) incluye cláusulas por las que puede aplicar y ejecutar por sí ciertas penalidades (extinción unilateral por acto administrativo, multas por retardo, pérdida de la fianza o del depósito de garantía, ejecución por terceros en caso de incumplimiento, etc.);

3°) se exime asimismo de responsabilidad por falta de pago o mora en los pagos, salvo el reconocimiento de intereses reducidos;

4°) excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato;

5°) da carácter precario a los derechos del contratista, o subcontratistas en su caso (la provisión de bienes, obras o servicios a los concesionarios o licenciatarios), etc.

En tales casos la conclusión es obvia: se interpreta por simple pleonasma que el contrato ha quedado automáticamente, por la propia voluntad de las partes contratantes, sometido a un régimen de derecho público, siendo por lo tanto un contrato administrativo y no un contrato de derecho privado de la administración.<sup>49</sup> Lo expuesto no adelanta la validez de tales cláusulas exorbitantes al derecho común.

<sup>44</sup> Ampliar *infra*, cap. XIII; GARCÍA PULLÉS, FERNANDO (Dir), *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pp. 11-8.

<sup>45</sup> Ver BARÓ, DAISY L., *La relación de empleo público*, Buenos Aires, FDA, 1982; ILDARRAZ, BENIGNO, “Las nuevas modalidades en el ejercicio de la función pública,” en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, *op. cit.*, cap. VII.

<sup>46</sup> La ley reguladora del ENRE es la 24.065 (B.O. 16-I-92); la otra ley reguladora, del gas, bastante similar, es la 24.076 (B.O. 12-VI-92.)

<sup>47</sup> Ver el debate MAIRAL – CASSAGNE, *op. cit.*, *supra*, nota 2, donde también referenciamos y consignamos nuestra propia opinión al respecto.

<sup>48</sup> Ver BARRA, *Principios de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 166 y ss. y sus remisiones.

<sup>49</sup> LAUBADÈRE, *op. cit.*, pp. 284-5 y 287; el criterio se mantiene en LAUBADÈRE; VENEZIA y GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, *op. cit.*, pp. 653-65; WALINE, MARCEL, *Droit administratif*, París, 1963, 9ª ed., p. 572.

#### 4.4.3. *El interés público de los usuarios afectados*

Por fin, aunque un contrato celebrado en ejercicio de funciones administrativas públicas no esté incluido en el derecho público por disposición de la ley (§4.4.1.) ni por la voluntad expresa o implícita de las partes al incluir cláusulas exorbitantes al derecho privado (§4.4.2.), puede todavía ser un contrato administrativo si se refiere en forma directa a la prestación o al funcionamiento de un servicio público (p. ej., el contrato de concesión o licencia de servicios públicos) o en cualquier caso si tiene por objeto directo de algún modo asociar (*lato sensu*: concesión, licencia, permiso, gerenciamiento, subcontratación de obras, suministros o servicios, etc.) al contratante privado a la gestión de un servicio público.<sup>50</sup>

En nuestro país tanto la jurisprudencia como *a fortiori* la doctrina han tendido a utilizar formas más amplias pero en definitiva menos precisas y puntuales, diciendo que la caracterización como contrato administrativo requeriría nociones tales como las de fin o interés público, o utilidad pública, o que pueda afectar una necesidad o fin público o de bien común.<sup>51</sup>

Parece una aclaración superflua. Sería lo mismo que incluir en la definición de acto administrativo, reglamento administrativo o función administrativa, el “fin público.” Si el emisor del acto o del contrato es una entidad estatal, ésta sólo puede perseguir fines públicos.

Están allí los contratos de concesión y permiso de uso del dominio público, guiados por la cláusula, usualmente expresada en los pliegos, llamada de “precario;” los tribunales se han resistido a calificar de ilegal una cláusula de tal índole,<sup>52</sup> por la vieja idea del supuestamente “voluntario” sometimiento a un régimen reglamentario.

En la concesión o licencia de servicios públicos, el privilegio que supone su otorgamiento por el Estado, en restricción al principio de libre competencia, sólo es compatible con la Constitución si se interpreta el contrato en forma restrictiva.<sup>53</sup> Ello incluye en particular el control de los costos<sup>54</sup> para la formación de

<sup>50</sup> LAUBADÈRE, *op. loc. cit.*; LAUBADÈRE, VENEZIA y GAUDEMET, *op. loc. cit.*

<sup>51</sup> BERÇAITZ, *op. cit.*, 1952, 1ª ed., p. 214; 1980, 2ª ed., p. 206 y ss.; una exposición general en COVIELLO, *op. cit.*, p. 102 y ss. La Corte menciona el mismo criterio finalista, pero dice en otros casos que siempre el Estado actúa por definición en la prosecución del fin público; o que el mero fin público no determina el carácter del contrato. En la primera línea los *obiter dicta* de Fallos 253:101, *Empresas Rodríguez*, año 1962; 263: 510, *Cooperamet*, 1965; 316: 212, *Cinplast* (1993), más el caso *YPF c. Provincia de Corrientes*, 315: 158, 1992 y otros no publicados que reseña el mismo COVIELLO, p. 110 y ss. En la segunda 270: 446, *Albano*, 1968.

<sup>52</sup> Ver así GRECCO, CARLOS M. y MUÑOZ, GUILLERMO A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992. Un saludable cambio, que ojalá persista, se advierte en *Vera González*, CSJN, *Fallos*, 319-2: 1899, 1996, *DJ*, 1997-1, 914, en que se exige para la revocación “la existencia de motivos serios y razonables que lo justifiquen,” más dictamen jurídico previo. Ver *infra*, t. 3, cap. IX, § 4.5.2, “La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo.”

<sup>53</sup> Ver nuestro art. “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios,” *LL*, 1995-A, 217 y sus referencias; reproducido en *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. III.

<sup>54</sup> Reales, no imaginarios; justificados, no absurdos. Por supuesto, el control de costos de las empresas en libre competencia es una rémora inconstitucional del Estado intervencionista y regulador.

la tarifa.<sup>55</sup> Por lo mismo, deben interpretarse en forma amplia las causales de caducidad del privilegio de exclusividad o de la concesión misma.<sup>56</sup>

## 5. La gradación de los diversos contratos de la administración

### 5.1. No hay sólo dos categorías de contratos de la administración

Sea que se admita una gradación en la globalidad de los contratos de la administración, o que se distinga los contratos *privados* de la administración de los contratos que son *administrativos* alternativamente por la disposición expresa o implícita de la ley, la voluntad expresa o implícita de las partes, o el objeto del contrato,<sup>57</sup> hay siempre distintos regímenes jurídicos. En suma pensamos básicamente que no hay dos categorías de contratos, sino toda una gama:

a) contratos celebrados por la administración en un virtual pie de igualdad *jurídica* con otro sujeto de derecho público o privado —la compraventa de inmuebles—, o incluso,

b) en situación de desventaja: el contrato de crédito externo;<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Ver el ya citado fallo de la Sala IV *in re Telintar S.A., LL*, 1995-A, 220 y los demás antecedentes reseñados en la CSJN, en el voto de BOGGIANO y VÁZQUEZ en *Telintar S.A., LL*, 1997-B, 320; ARIÑO ORTIZ, *Las tarifas de los servicios públicos*, Universidad de Sevilla, 1976; BUZELAY, ALAIN, *Vérité des prix et services publics*, París, LGDJ, 1971; MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., *O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos*, San Pablo, 1941.

<sup>56</sup> DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN MIGUEL, *El incumplimiento en la concesión de servicios públicos*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Caducidad y revocación de la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Abeledo, 1947; GRECCO Y MUÑOZ, *op. cit.*; SILVESTRI, ENZO, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milán, Giuffrè, 1956; VALLE FIGUEIREDO, *Extinção dos contratos administrativos*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1986.

<sup>57</sup> Hay otros criterios: a) el formal: si se ha hecho licitación pública y hay un pliego de condiciones habría contrato administrativo; b) el criterio de la jurisdicción, de acuerdo al cual si corresponde la jurisdicción “contencioso-administrativa” el contrato es administrativo, etc.

<sup>58</sup> Nuestro art. “El contrato de crédito externo,” en la *Revista de Administración Pública*, 97: 423 (Madrid, 1982), reproducido en el libro colectivo *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. II, p. 187 y ss. y en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. IV. Ver también ECK, FRANÇOIS, *L’État emprunteur et prêteur*, París, PUF, 1971. Actualmente nos encontramos en *default* por el falseamiento del INDEC y sin acceso al crédito externo.

En este contrato se ha llegado a que el dictamen del Procurador del Tesoro de la Nación aceptando la validez del contrato —elemento interno de validez— se suscriba en el exterior, buscando el reaseguro externo de la validez del contrato. La existencia de un completo dictamen elaborado o suscrito *in situ* por el máximo organismo de asesoramiento letrado del país, explicando desarrolladamente la validez del contrato y sus cláusulas, tiene por efecto que el país no puede luego de buena fe invocar una supuesta violación del derecho público interno argentino ante un tribunal extranjero. Ver el ejemplo publicado en el libro *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, 1863-1993*, *op. cit.*, p. 198 y el art. de LÓPEZ OLACIREGUI, MARTÍN y RODRÍGUEZ GALÁN, ALEJANDRA, “El rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en los convenios económico-financieros internacionales,” igual libro, p. 176 y ss. y *RDA*, 15-16: 235 (Buenos Aires, Depalma, 1994), aunque no contiene el referido anexo; en nuestro antes citado art. incluimos como anexo del libro colectivo, tomado textualmente del Boletín Oficial de la Nación, el *modelo* de dictamen que más antiguamente se debía suscribir. El mecanismo se halla ahora más perfeccionado.

Ver también ZUPPI, ALBERTO LUIS, “La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública,” *LL*, 1992-D, 1118 y *supra*, cap. VI, § 1.4.2.2 y cap. IV, § 3.1.

o *c*) con ligeras notas de derecho público a favor de la administración (el subsidio, la subvención o subsidio,<sup>59</sup> la donación ) y, por fin,

*d*) contratos en que aparece un *crescendo* de potestades y privilegios estatales: locación y concesión o permiso de uso del dominio privado o público del Estado, contrato de suministro<sup>60</sup> y de obra pública,<sup>61</sup> relación de empleo público;<sup>62</sup> concesiones de obras públicas, concesiones y licencias de servicios públicos, contrato de empréstito público interno.<sup>63</sup>

Clásicamente se ha buscado explicar notas generales comunes a estos distintos regímenes jurídicos, pero debe tenerse cuidado en advertir que no se trata de una suerte de inducción empírica válida de reglas generales de las cuales luego se pueda deducir su aplicación a un caso concreto, sino que es tan sólo una generalización de tipo didáctico, ilustrativo.<sup>64</sup>

El régimen concreto hay que buscarlo en el conjunto normativo de cada contrato determinado e individualizado, interpretado claro está conforme a los principios generales del derecho. Es la versión que adoptamos en 1966 en nuestro libro *Derecho administrativo de la economía*<sup>65</sup> y que reproducimos inalterada en el libro colectivo *Contratos administrativos*.<sup>66</sup>

Parte de la doctrina recogió esta idea, en el sentido que “en esta categoría de contratos, es necesario puntualizar que los mismos no tienen, en absoluto, un régimen uniforme de preponderancia de derecho público. No encontramos en todos ellos las mismas cláusulas exorbitantes ni las mismas normas de derecho público.”<sup>67</sup>

<sup>59</sup> Ver p. ej. SCHEUING, DIETER HELMUT, *Les aides financières publiques aux entreprises privées en droit français et européen*, París, Berger-Levrault, 1974. Este mecanismo ha vuelto a comienzos del siglo XXI entre nosotros como forma de congelar las tarifas de los servicios públicos y los precios de las empresas y productores privados, pero ante la grave distorsión económica que produjo su aplicación discrecional y sin controles de ninguna índole se comienza tardíamente en el año 2009 a desmantelarlo, no por genuina convicción de política económica sino por necesidad impuesta por la realidad de las cuentas públicas deficitarias, la carencia de crédito externo, la extraordinaria deuda pública, el *default*, etc.

<sup>60</sup> Ver entre otros ABERASTURY, PEDRO, “El contrato de suministro,” en el libro colectivo *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*, p. 311 y ss.

<sup>61</sup> Ver, entre otros, DRUETTA, RICARDO, “El contrato de obra pública,” en el libro colectivo *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*, p. 316 y ss.

<sup>62</sup> BARÓ, *op. cit.*; DOCOBO, JORGE, “La relación jurídica de empleo público,” en el libro colectivo antes citado, p. 188 y ss.

<sup>63</sup> Ver nuestro art. “Emergencia residual en la deuda pública interna. (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991),” *LL*, 1995-C, 839, reproducido en *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. V y sus remisiones bibliográficas actuales e históricas.

<sup>64</sup> Nos remitimos a *supra*, cap. I; ver también *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS; previamente se editaron la versión inglesa y francesa: *An Introduction to Law*, Londres, Esperia, 2003; *Une introduction au Droit*, ambas con prólogo también de SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>65</sup> Buenos Aires, Macchi, 1966.

<sup>66</sup> Edición originaria de la A.A.D.A., Buenos Aires, 1977, luego reimpressa por Astrea, t. I, Buenos Aires, 1982, pp. 9-19.

<sup>67</sup> BREWER CARIÁS, *op. cit.*, p. 51.

## 5.2. La clasificación en tres categorías. En general

Otra forma de ver la cuestión es distinguir al menos tres tipos principales de regímenes jurídicos de contratos celebrados por la administración.

1º) algunos más próximos a la esfera del derecho privado, con un virtual pie de igualdad entre las partes, sin ser con ello totalmente contratos privados.

2º) otros, con regímenes intermedios que tomaron forma y crecieron al amparo del extendido sector público de la economía que existió hasta fines de la década del 80 del siglo XX.

3º) los contratos que tienen un régimen más severo para el contratista en función de la necesidad de tutelar el interés de los usuarios del servicio que aquél presta en condiciones monopólicas o de exclusividad.

Esto es así más claramente desde el proceso de reforma del Estado iniciado con las leyes 23.696 y 23.697<sup>68</sup> y sobre todo con la sanción del art. 42 de la Constitución nacional<sup>69</sup> y normas concordantes.<sup>70</sup> En esta visión de tres grandes grupos de contratos de la administración: 1º) los primeros tienen mayor dosis de derecho común, 2º) los segundos se rigen por un derecho administrativo de coordinación o cooperación y 3º) los últimos están sometidos a un derecho administrativo más estricto, de subordinación. El caso 2º) puede surgir de la determinación expresa o implícita de la ley o de la voluntad de las partes; sus eventuales efectos frente a terceros son limitados y puntuales en el tiempo. En el caso 3º) el régimen jurídico emerge de la interpretación constitucional restrictiva del monopolio o privilegio de servicio público y de la consecuente necesidad de tutelar el derecho del usuario, privado de libertad de contratación.<sup>71</sup> Allí los efectos frente a terceros son sustantivos, *constantes y permanentes*; son la nota principal que tipifica el contrato y constituye la causa fáctica y jurídica a las limitaciones que el orden jurídico impone al prestador del servicio, como lo requiere el art. 42 de la Constitución. De allí que la CICC exija expresamente la *equidad* como un principio jurídico rector de la contratación administrativa: la equidad debe serlo tanto en lo que hace a la tarifa como a los demás derechos e intereses del usuario que prescribe la norma constitucional. En la categoría intermedia de un contrato administrativo de cooperación jurídica, puede existir o no subordinación económica del contratante, en tanto que en la tercera categoría hay máxima

<sup>68</sup> UGOLINI, "El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos," *op. loc. cit.*

<sup>69</sup> "Los consumidores y usuarios [...] tienen derecho [...] a la protección de su(s) intereses económicos [...] a la libertad de elección. Las autoridades proveerán [...] a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales [...] previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control."

<sup>70</sup> P. ej., la tutela del usuario frente a los concesionarios o licenciatarios en condiciones de monopolio o exclusividad surge también del art. 86 de la Constitución (el Defensor del Pueblo); de la ampliación del amparo frente a particulares en el art. 43; de la tutela del ambiente en el art. 41, etc.

<sup>71</sup> El art. 42 de la CN refuerza la jurisprudencia previa, como explicamos en "La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios," *op. cit.*

subordinación jurídica del contratante pero éste se halla dotado de un poder económico y político equiparable o superior al de la administración. Ocurre con esta última categoría de contratos algo parecido, pero de sentido contrario, a lo que es la interpretación clásica del contrato de trabajo: ante la subordinación económica del obrero o empleado, el derecho busca compensar esa desigualdad atribuyendo mayor tutela jurídica al empleado que al empleador.<sup>72</sup>

En el contrato que confiere monopolio o exclusividad estatal, ante el mucho mayor poder económico y político del contratista, que además tiene por concesión o licencia del Estado un mercado de usuarios cautivos y forzosos, se torna indispensable conferir mayores poderes y facultades al usuario.<sup>73</sup>

### 5.3. *Los contratos próximos al derecho común, interno o externo*

Ya hemos explicado<sup>74</sup> que en la primera categoría, contratos de la administración regidos por el derecho común, hay de todas maneras alguna presencia del derecho público, ya que por de pronto la regla para juzgar la aptitud contractual del Estado no es la capacidad del derecho privado sino la competencia del derecho administrativo. Es necesario también haber cumplido con determinados requisitos jurídicos previos a la contratación que son parte del derecho público y no del derecho privado (dictamen jurídico previo del organismo permanente de asesoramiento letrado; en ocasiones, autorizaciones o aprobaciones de determinados órganos del Estado; como regla, el procedimiento de licitación o concurso público previo a la contratación.)<sup>75</sup> De todas maneras, es del caso mencionar que algunos contratos en apariencia más “privados” en cuanto al objeto tienen en realidad normas sustantivas de derecho público.<sup>76</sup> Dentro de los contratos de la administración regidos en alguna medida por el derecho privado, los hay que lo están al amparo del derecho privado *interno* (compraventa de inmuebles

<sup>72</sup> “La idea central en que el Derecho [...] se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existan; la igualdad deja de ser, así punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico.” RADBRUCH, GUSTAV, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, 1951, p. 162.

<sup>73</sup> Ello, para contrarrestar el creciente afán negociador de sus potestades por las administraciones públicas. Ver HUERGO LORA, ALEJANDRO, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, Civitas, 1998.

<sup>74</sup> Entre otras, *Introducción al derecho administrativo*, 1ª ed., *op. cit.*, pp. 48-9; 2ª ed., *op. cit.*, pp. 166-7; 1ª ed., en 1974, del t. 1 del *Tratado de derecho administrativo*, cap. VI, pp. 5-6, § 3.3.4; 2ª ed. de 1994, igual referencia; en sentido similar DROMI, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, 3ª ed., p. 208; del mismo autor, “Contratos de la Administración: régimen jurídico unitario,” *Rassegna dei Lavori Pubblici*, n° 11, Roma, noviembre de 1977, separata, p. 10; BREWER CARÍAS, *op. cit.*, pp. 42-5.

<sup>75</sup> Similares consideraciones en BREWER CARÍAS, *op. cit.*

<sup>76</sup> Nuestro art. “El contrato administrativo de concesión minera,” *JA*, 1980-IV, 714; reproducido en *Contratos administrativos*, t. II, Astrea, 1982, pp. 49-60; “La caducidad de la concesión minera: hacia una concepción publicista de la concesión de minas,” en *Jurisprudencia Riojana*, julio-agosto de 1980, p. 22 y ss.; “Hacia una concepción publicista de la concesión de tierras,” *RADA*, 11: 27 (Buenos Aires, 1976.)

ubicados en el país)<sup>77</sup> y los que están sometidos al *derecho privado extranjero*: una compraventa de inmuebles ubicados en otro país, celebrada y ejecutada en él; un contrato de crédito celebrado y cobrado por el país o una agencia de él y cobrado e instrumentado en otro país.<sup>78</sup> En este último caso lo usual es en realidad que las condiciones las imponga en buena medida el acreedor.<sup>79</sup> Allí el deudor no tiene supremacía económica ni jurídica. La situación del deudor es la misma que tiene cualquier deudor en un contrato de crédito privado (operaciones de crédito bancario o financiero, hipotecas, etc.) En el caso del Estado, aun en tales hipótesis hay límites de derecho interno, p. ej. que la renuncia a la inmunidad soberana sobre los bienes del país no alcanza a los del dominio público incluidos en el art. 2340 del Código Civil.<sup>80</sup> Pero el contrato celebrado y ejecutado en el extranjero se rige por la legislación y jurisdicción del lugar de celebración y ejecución del contrato.

#### 5.4. *El contrato de derecho interno con relativa subordinación económica del contratista al Estado*

En el tipo de contrato regido claramente por el derecho administrativo pero en que no hay otorgamiento de concesiones o licencias de monopolio, exclusividad o privilegio frente a terceros, el que contrata con la administración *no sólo está a veces en una situación de inferioridad económica sino que también lo está desde el punto de vista jurídico*.<sup>81</sup> Lo dicho acerca de la relativa subordinación económica del contratista es válido en algunos contratos: suministros, pequeños o medianos contratos de obra pública, empleo público, subvención, subsidio, concesiones y permisos de uso del dominio público y privado del Estado, empréstito público interno. El régimen del contrato administrativo, en esta categoría de contratos, no trata de compensar la eventual inferioridad del co-contratante, sino que por el contrario la acentúa.

#### 5.5. *El contrato de derecho interno con subordinación del usuario al contratista y supremacía económica de éste*

Hay así una notoria diferencia jurídica entre los contratos en que la administración confiere al titular de una concesión o licencia un monopolio o exclusividad

<sup>77</sup> No debe olvidarse que siempre hay normas especiales de derecho público que deben cumplirse para la compra o venta de un bien inmueble del Estado.

<sup>78</sup> Nuestro art. "El contrato de crédito externo," *op. cit.* En igual sentido, LALIVE, PIERRE, *Réflexions sur l'État et ses contrats internationaux*, Ginebra, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1976, p. 16 y sus referencias de la nota 11; ECK, *op. loc. cit.*, LÓPEZ OLACIREGUI y RODRÍGUEZ GALÁN, *op. loc. cit.*; ZUPPI, *op. loc. cit.*

<sup>79</sup> Aunque LÓPEZ OLACIREGUI y RODRÍGUEZ GALÁN destacan el creciente rol de la Procuración del Tesoro de la Nación en la mejora de las cláusulas de los contratos, *op. cit.*, p. 177 y ss.

<sup>80</sup> LÓPEZ OLACIREGUI y RODRÍGUEZ GALÁN, 130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación, 1863-1993, pp. 188-9.

<sup>81</sup> Comp. BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 219.

frente a los usuarios, de los contratos en que el contratista no tiene privilegios monopólicos sobre los usuarios forzosos, ni el contrato tiene efectos jurídicos sustanciales sobre terceros.<sup>82</sup> Los efectos frente a terceros *no* se encuentran en los contratos próximos al derecho privado, pero tampoco son dato tipificante en los contratos administrativos de la época intermedia: obra pública,<sup>83</sup> suministro, función pública. Por ello ese tipo de efectos no puede ser una caracterización apta para *todos* los contratos administrativos. En esta óptica, cuando la administración confiere con suficiente autorización legal potestades de monopolio o exclusividad sobre los usuarios, es una condición de equilibrio constitucional del poder concedido o licenciado monopólicamente, que exista tutela suficiente y adecuada del interés de los usuarios cuyos derechos y deberes se ven afectados o modificados por el poder monopólico concedido.<sup>84</sup> Ese monopolio, en efecto, se traduce en un grado de subordinación jurídica del co-contratante respecto de la administración que requiere compensación. El régimen jurídico debe asegurar la protección del usuario y su defensa contra el potencial abuso de poder monopólico del concesionario o licenciatario: pero ello requiere un Estado equilibrado en su presupuesto.<sup>85</sup>

## II. Los tres grandes tipos de contrato administrativo, en particular

### 6. La concesión o licencia de servicios públicos

Los caracteres que veremos ahora fueron creados con relación al contrato de concesión de servicios públicos, extensibles a la licencia de servicios públicos y

<sup>82</sup> Pueden existir efectos puntuales sobre terceros, p. ej. la facultad expropiatoria en las concesiones mineras, la ocupación temporánea y la contribución de mejoras en el contrato de obra pública (BREWER CARÍAS, *op. cit.*, pp. 49-50); pero un prestador de servicio público hace *todo* eso y además *siempre* cobra a *todos* los usuarios, una tarifa de difícil control. Nada tienen que ver los excepcionales efectos frente a terceros de algunos contratos administrativos clásicos con la *generalidad y permanencia* de los efectos de un servicio prestado bajo monopolio o exclusividad.

<sup>83</sup> En las obras públicas de la provincia de Buenos Aires la ley autoriza al contratista, si existe un porcentaje de vecinos que están de acuerdo en la realización de la obra, a percibir de ellos parte del costo en concepto de contribución de mejoras. Pero este tipo de efecto puntual y en una sola vez no tiene comparación alguna con la situación del usuario del servicio público. Lo mismo puede decirse de la facultad expropiatoria y de ocupación temporánea del concesionario de minas, si se lo considera contrato administrativo como por nuestra parte lo hacemos, aunque esta calificación no es aceptada en la doctrina nacional de derecho minero. Ver nuestro art. "El contrato administrativo de concesión minera," *op. loc. cit.*

<sup>84</sup> BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 213. Hoy en día cabe agregar, desde luego, al indispensable ente regulador independiente que explicamos *infra*, cap. XV, "Los entes reguladores."

<sup>85</sup> En estos casos el acreedor es a veces más poderoso que el Estado local, a través del gobierno extranjero que lo representa. Las concesiones y licencias, por la magnitud de la inversión generalmente son otorgadas a un conjunto de corporaciones multinacionales, asociadas para un solo contrato, de las cuales una o más son empresas públicas de otros Estados. Al momento de renegociar la deuda y también antes y después, tales países inquieran acerca del estado de sus contratos de concesión o licencia y a veces obtienen beneficios que la realidad internacional impone. Si el Estado no tiene equilibrio fiscal y debe vivir del crédito internacional, ve reducidas sus potestades sobre sus concesionarios o licenciatarios.

a la concesión de obra pública; su fundamento<sup>86</sup> es la tutela de los derechos e intereses de los usuarios del monopolio o exclusividad otorgada por el Estado.<sup>87</sup> Ese fundamento se amplía con el art. 42 de la Constitución de 1994. Principios paralelos se elaboraron para el contrato de empréstito público *interno*, al que muchos niegan por ello carácter contractual aun cuando no se trate de un empréstito público forzoso. El fundamento de estas restricciones en el contrato de empréstito público interno, a lo largo de toda la historia de otros países y del nuestro, ha sido generalmente el estado de necesidad pública.<sup>88</sup> Ante el marcado e inmediato efecto negativo sobre el mercado de algunas estatizaciones como la de los fondos de jubilaciones y pensiones de las AFJP en el año 2008, ahora algunos empréstitos internos celebrados con los bancos locales se renegocian con alguna presión estatal, pero al final de cuentas se renegocian de común acuerdo. Es el caso, en el año 2009, de los llamados préstamos garantizados, mayormente en manos de bancos locales.<sup>89</sup>

### 6.1. Necesidad de autorización legislativa

Sólo el Congreso puede dar concesiones de monopolio o privilegio. Tal como dice MARIENHOFF su otorgamiento “es, siempre, de competencia *legislativa*,”<sup>90</sup> “Dado el concepto de privilegio, va de suyo que todo lo atinente a su existencia y extensión es de interpretación restrictiva. No hay «privilegios» implícitos.”<sup>91</sup>

Este principio se halla indirectamente violado cuando la ley autoriza al P. E. nacional a hacer todo el proceso de otorgamiento, fijar bases y condiciones, etc. A partir del art. 76 de la Constitución de 1994 se trata de una atribución legislativa que no puede ya delegarse al P. E. por no tratarse de cuestiones in-

<sup>86</sup> Comp. PRITZ, “La concesión de servicios públicos,” en AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*, p. 230 y ss.; MAIRAL, “El servicio público,” igual libro, p. 143 y ss.; SALOMONI, “Regímenes de los bienes públicos en las concesiones o licitaciones de servicio público,” igual obra, p. 302 y ss.; CITARA, *El servicio público*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1995; BARRA, “Hacia una interpretación restrictiva del concepto jurídico de servicio público,” *LL*, 1982-B, 363; SARMIENTO GARCÍA, “Noción y elementos del servicio público,” *op. cit.*, p. 9 y ss.; *Concesión de servicios públicos, op. cit.*

<sup>87</sup> MAIRAL ha criticado un sesgo ideológico en esa antigua interpretación constitucional: “La ideología del servicio público,” *RDA*, 14: 259 (Buenos Aires, Depalma, 1993) y nuestro comentario opuesto en “La interpretación...,” en *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. III.

<sup>88</sup> Nuestros arts. “La emergencia administrativa argentina de 1989-1992,” en el *Libro de Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz*, San José, Costa Rica, Colegio Santo Tomás de Aquino, 1994, p. 433 y ss.; “El estado actual del derecho administrativo,” *RDA*, 14: 300-2 (Buenos Aires, Depalma, 1993), reproducido en nuestro libro *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. I; “Legalidad y urgencia en el derecho administrativo,” en la *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica y Asociación Costarricense de Derecho Público, San José, 1981, p. 289 y ss.; reproducido en *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, cap. VI.

<sup>89</sup> Ver JUAN CERRUTI, “Tras el éxito local, lanzan el tramo internacional del canje,” *El cronista*, Buenos Aires, 29 de enero de 2009, p. 3; nota de redacción “Oficial: canje de la deuda tuvo una aceptación del 97%,” *Ámbito financiero*, 29 de enero de 2009, p. 3.

<sup>90</sup> *Op. cit.*, p. 624.

<sup>91</sup> *Op. cit.*, p. 626.

ternas de administración. A mayor abundamiento, cuando el P. E. o sus órganos dependientes interpretan o modifican cláusulas del pliego o del contrato *en favor* del concesionario o licenciataria están excediendo el marco constitucional de competencia. Si lo hacen sin previa audiencia pública la inconstitucionalidad es mayor.<sup>92</sup> Ello ocurrió con cierta frecuencia a finales del siglo XX, y a comienzos del siglo XXI se produjo el fenómeno inverso, con el total congelamiento de las tarifas de los servicios públicos. Ante la consiguiente desinversión de los concesionarios primero se recurrió a la inversión estatal y luego, en el año 2009, hubo de comenzar a restablecerse el equilibrio tarifario, aunque con graves falencias de implementación. Es un proceso en constante evolución, pero lo cierto es que la prestación privada de los servicios públicos ha vuelto para quedarse.

## 6.2. Interpretación restrictiva de sus potestades y amplia de los derechos de los usuarios

La interpretación restrictiva de todos los derechos y potestades del concesionario o licenciataria, es la única manera de preservar la constitucionalidad del privilegio o monopolio que se le confiere en contra de las reglas de la libre competencia que consagra la Constitución.<sup>93</sup> Como lo recuerda la Sala IV de la CNFed. CA,<sup>94</sup> es un principio de antigua data aquel conforme al cual: “las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con un criterio restrictivo (confr. doct. de Fallos 105:26).”<sup>95</sup>

En efecto, “Esa forma de interpretación cobra sentido al resultar indispensable que los privilegios o monopolios se funden en el interés colectivo, única y exclusiva razón que los legitimaría y los haría encuadrar dentro del marco constitucional, debiéndose tener presente, además, que el monopolio o privilegio debe limitarse a los servicios estrictamente indispensables, teniéndose siempre como mira la garantía de un fin público.”<sup>96</sup>

“En otras palabras, dicha interpretación encuentra su fundamento en que toda vez que el servicio público fue creado para satisfacer necesidades de la comunidad, la creación de monopolios o regímenes de exclusividad *nunca puede ir en detrimento de los usuarios.*”<sup>97</sup>

<sup>92</sup> Ver *infra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública” y el principio de publicidad establecido en el art. III, inc. 5, de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

<sup>93</sup> Nuestro art. “La interpretación restrictiva de concesiones y privilegios,” *op. loc. cit.*

<sup>94</sup> *In re Telintar S.A. —incidente— y otros c/ Comisión Nac. de Telecomunicaciones —M° de Economía y OSP— s/ proceso de conocimiento*, LL, 1995-A, 220. La CSJN confirmó el fallo en 1997 con dos interesantes votos fundados, LL, 1997-C, 320, *Telecomunicaciones Internacionales de Argentina S.A.*, con nuestra nota “Las ganancias sin límite objetivo alguno,” reproducido en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 60, p. 138 y ss. La política económica de la primera mitad del siglo XXI cometió el exceso contrario, y recién en 2009, como señalamos en el texto, se parece buscar un nuevo y distinto punto de equilibrio, con graves dificultades de implementación racional.

<sup>95</sup> Cap. XV, apartado b), primer párrafo, del fallo citado.

<sup>96</sup> Cap. XV, apartado b), segundo párrafo.

<sup>97</sup> Tercer párrafo.

Así p. ej., “el derecho de los usuarios a la elección de la tarifa más baja [...] debería prevalecer por sobre el derecho de la licenciataria de obtener mayor ganancia.”<sup>98</sup>

### 6.3. Control del monopolio y del abuso de posición dominante

La situación de monopolio o exclusividad llevaron a fines del siglo XX a los concesionarios o licenciatarios a exceder el marco de su autorización contractual y exigir a los usuarios gravámenes y gabelas no previstas en el pliego de la licitación. Ejemplos de estas conductas abusivas son la exigencia de garantías de pago en forma previa a la prestación (en materia de gas a los grandes consumidores), la sobrefacturación de conceptos no autorizados, “errores” deliberados en la facturación (casos típicos en materia telefónica),<sup>99</sup> o la utilización de los medios financiados al amparo del monopolio o exclusividad para realizar prestaciones comerciales que les están vedadas pues han sido reservadas para la libre competencia (p. ej., la prestación de servicios de video por las empresas telefónicas mientras gozan de exclusividad.)

Hubo en estas conductas un doble tipo de infracción normativa. En primer lugar, el ilícito penal de abuso de posición dominante en el mercado. Aunque la legislación argentina no sancionaba al monopolio por el solo hecho de serlo, en cambio la Constitución establece la obligación de las autoridades de tutelar a los usuarios frente al poder monopólico: la Constitución presume al monopolio como una situación desfavorable a los derechos de los usuarios y establece, en consecuencia, derechos y tutelas especiales para resguardar su posición subordinada aunque no haya ilícito penal. Corresponde así la cesación de la conducta antijurídica y la reparación del daño, además de la puesta en funcionamiento de mecanismos de prevención.

La sanción por este tipo de actos, en tanto sean sistemáticos, es la pérdida de la exclusividad o de la licencia y el resarcimiento de daños y perjuicios, además de las sanciones penales<sup>100</sup> que puedan corresponderles por abuso de posición dominante en el mercado y la devolución de las ganancias excesivas a que ahora nos referimos. Por incumplimientos contractuales se revocó por decreto 3003/2006, por culpa del concesionario, la concesión de Aguas Argentinas S.A. y

<sup>98</sup> Cap. XVI, tercer párrafo.

<sup>99</sup> Tales como aplicar tarifas no vigentes, según se advierte en el *B.O.*, 15-VI-95, p. 12, en los considerandos de una resolución de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

<sup>100</sup> Con todo, así como equiparamos el poder económico al poder político en el cap. IX, “Las funciones del poder,” cabe también abrigar escepticismo de la vindicta penal, porque puede encontrarse aquí otra aplicación del favoritismo que se ha señalado en la persecución penal de los funcionarios públicos por oposición a los particulares: ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 35, IV, 2, p. 511. La “marcada tendencia a privilegiar al estado” que señala este autor es extensible, como lo señalará CICERÓN, a todos los poderosos. Son los “esfuerzos doctrinarios [por] ampliar el poder punitivo en perjuicio del administrado [...] y reducirlo en beneficio del administrador en el mismo supuesto;” “un poder punitivo estricto para el contribuyente [común] y benigno para el homicidio estatal” (ZAFFARONI, *op. loc. cit.*)

se creó en su lugar una empresa estatal para la provisión transitoria del servicio, decretos 304/2006 y 373/2006. En las circunstancias actuales, parece difícil que se vuelva a privatizar el servicio.

#### 6.4. Reducción de ganancias excesivas

Cuando en libre competencia un empresario tiene grandes ganancias, queda simplemente sometido al régimen impositivo pertinente. Cuando obtiene grandes ganancias merced al abuso de un poder monopólico o de exclusividad concedido o licenciado por el Estado, debe devolverlas a los usuarios en lo que excede una ganancia razonable de acuerdo a las circunstancias del caso (p. ej., el riesgo que la inversión tenía; si la ganancia es producto de sobrefacturación o de legítima evolución de los negocios, etc.). Es el principio que surge de la ley de defensa del consumidor, ley de orden público que contempla la recomposición del contrato por el juez para ajustarlo a derecho. La vía procesal prevista por esta ley es el proceso de conocimiento más abreviado de cada jurisdicción, lo cual puede implicar el juicio sumarísimo o el sumario.<sup>101</sup>

Tal como se ha recordado en los votos de BOGGIANO y VÁZQUEZ en el caso *Te-lintar S.A.*,<sup>102</sup> sólo cabe reconocer “el derecho de las empresas prestadoras del servicio público de telefonía al mantenimiento de tarifas acordes con los costos de prestación, incluidas las inversiones, *más la utilidad justa y razonable que constituye su retribución; pues no es admisible sostener que les asista el derecho a obtener ganancias sin límite objetivo alguno* (doctrina de Fallos 231: 311; 258: 322, consid. 6°; y 262: 555, consid. 10.)”

La ecuación económico financiera de estos contratos nació o devino arbitraria, es decir inconstitucional, en las postrimerías del siglo XX. En suma, debe cuidarse “que entre los derechos y las obligaciones del cocontratante exista una equivalencia honesta, una relación razonable.”<sup>103</sup> también el Consejo de Estado francés exige la *equivalencia honrada u honesta* entre las cargas y los beneficios.<sup>104</sup> Cabe recordar, por fin, que la prohibición de la excesiva onerosidad es ya un principio general de derecho internacional privado.<sup>105</sup> Claro está, el exceso en sentido opuesto de la primer decenia del siglo XXI tampoco es la solución.

#### 6.5. Lesión

En algunos de estos contratos, particularmente los celebrados en condiciones manifiestamente desventajosas para el Estado y la sociedad, en épocas de estado

<sup>101</sup> En la Nación, desde la reforma procesal del 2002, sólo el sumarísimo.

<sup>102</sup> CSJN, *LL*, 1997-C, 320. Ver *supra*, nota 6.8.

<sup>103</sup> ESCOLA, *Tratado integral...*, *op. cit.*, vol. I, *Parte General*, pp. 453-4.

<sup>104</sup> *Ministre des Travaux Publics vs. Compagnie Générale Française des Tramways*, dictamen del Comisario de Gobierno LÉON BLUM, *Conseil d'État*, 21-3-1910.

<sup>105</sup> ZUPPI, “La interpretación de la Convención de Viena de 1980 (CISG) (Compraventa internacional de mercaderías),” *LL*, 1997-F, 1290, § III, 3, l).

de necesidad pública como fueron los años 1989/91, puede resultar aplicable el principio de la lesión.<sup>106</sup> Este instituto, aplicable tanto al derecho privado como al público, sanciona la “ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación” que obtenga una de las partes merced a “la *necesidad*, ligereza o inexperiencia” de la otra, lo que se presume *juris tantum* cuando existe una “notable desproporción de las prestaciones,” a tenor del art. 954 del Código civil. La lesión, que en sus orígenes se relaciona con el delito de usura,<sup>107</sup> queda así hoy vinculada al problema de las ganancias excesivas cuando existe situación de monopolio o exclusividad otorgada por el Estado en situación de lesión subjetiva. RISOLÍA puntualiza que en tanto la prescripción de la nulidad de los actos administrativos por vicio de la voluntad es de dos años, la de la lesión es de cinco años y se pregunta que si “se admite que el Estado puede y en ocasiones debe ocurrir ante el Poder Judicial para demandar la nulidad de sus propios actos a raíz de los vicios de error, dolo o violencia [...] ¿Cómo se explicaría —si es así— que no pueda invocar la lesión a los mismos fines en los términos del art. 954 del Código Civil?”<sup>108</sup>

#### 6.6. Ausencia de libertad contractual

*La limitación de la libertad contractual de las partes* es una nota típica de estos contratos, pues la administración está constreñida a seguir los procedimientos de contratación fijados por la ley y el contratista está más limitado aún, por la ley y por los pliegos de condiciones impuestos por la administración, lo que hace que el contrato sea típicamente un contrato de adhesión; ello no significa que no pueda luego cuestionar las normas a que se sometió, pues tal acatamiento ha sido fruto de la necesidad de no quedar excluido del negocio, pero ello ya requiere un pronunciamiento jurisdiccional y los jueces son remisos en declarar la nulidad de cláusulas del pliego. El principio teórico, aunque no necesariamente

<sup>106</sup> Considera aplicable el art. 954 del Código Civil a los contratos administrativos MOISSET DE ESPANÉS, LUIS, “La lesión y el Derecho Administrativo,” *JA*, 1976-II, 686. Se ha manifestado en contra MARIENHOFF, “La «lesión» en el Derecho Administrativo,” *JA*, 1975, 468; “De nuevo sobre la «lesión» en el Derecho Administrativo. Improcedencia de su invocación por el Estado. Lo atinente al administrado,” *JA*, 1976-III, 766. RISOLÍA, MARCO AURELIO, “La lesión subjetiva: su invocación por el Estado o contra el Estado,” en *120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983*, Buenos Aires, EUDEBA, 1983, p. 21 y ss., expresa que esa es la “sana doctrina” y que nunca ha invocado el Estado la lesión subjetiva, aunque no parece descartar la hipótesis de que ello ocurra; para ese supuesto prevé sanciones mayores, pero no la nulidad del acto, lo que no parece coherente: “De cualquier modo y para la triste hipótesis de la claudicación del Estado ante los trusts o empresas multinacionales, nos parece recordar del caso que la Constitución Nacional baldona a quienes la consientan (art. 29) y que la ley penal castiga duramente los delitos contra la seguridad y la dignidad de la Nación (Cód. Pen., tít. IX, arts. 214 y sigts.),” *op. cit.*, p. 29. Cuando las sanciones son terribles, no siempre se aplican.

<sup>107</sup> RISOLÍA, “La lesión subjetiva: su invocación por el Estado o contra el Estado,” *op. cit.*, p. 25, remite a las leyes alemanas de 1880 y 1893 y al art. 175 *bis*, CP.

<sup>108</sup> RISOLÍA, *op. cit.*, p. 29. Su respuesta negativa al interrogante que plantea es menos plena de énfasis que éste.

la realidad práctica, es que las cláusulas del pliego de la licitación no pueden luego modificarse en la ejecución del contrato sino por aplicación de teorías más o menos excepcionales como la imprevisión, el caso fortuito o la fuerza mayor, etc.<sup>109</sup> Pretendidas renegociaciones tarifarias que se han intentando promediando el contrato, como la telefónica, son pues ilegales en este sistema jurídico, a menos que reduzcan la tarifa de todos los usuarios. Los pliegos que rigieron el llamado a licitación pública nacional e internacional para otorgar la concesión o licencia también deben tenerse presentes: su importancia radica, obviamente, en que por el principio de igualdad y competencia o concurrencia de la licitación<sup>110</sup> no puede el Poder Ejecutivo o el ente de aplicación en el nuevo sistema constitucional del art. 42, mejorar las condiciones bajo las cuales el servicio fue adjudicado, ni interpretar a favor lo que debe ser interpretado en contra. Así el decreto de adjudicación está subordinado al pliego de bases y condiciones que rigió la licitación, aunque éste emane de autoridad jerárquicamente inferior, también por el clásico principio según el cual “La decisión individual no puede contravenir el reglamento dictado por un órgano jerárquicamente inferior en los límites de su competencia.”<sup>111</sup> El pliego, a su vez, debe ser conforme a las normas superiores,<sup>112</sup> con lo cual mal podría dar p. ej. “derecho” a ganancias extraordinarias en cercenamiento a la libertad contractual y a la libre competencia que son la base del sistema constitucional.

<sup>109</sup> Tales limitaciones son igualmente de aplicación en los contratos administrativos comunes, salvo las leyes y principios que autorizan su modificación, como era anteriormente el régimen de variaciones de costos, las modificaciones de proyecto, dificultades materiales imprevistas, etc. Sobre el principio general *Fallos*, 311-2: 2831, *Radeljak* (1988); 308-1: 618, *Hotel Internacional Iguazú S.A.* (1986); *Montes* (1992), todos referenciados en COVIELLO, *op. cit.*, pp. 127-8. Acerca de las excepciones ver nuestro art. “Mayores costos, imprevisión, indexación,” en AA.VV., *Contratos Administrativos*, *op. cit.*, t. I, pp. 103-14. La jurisprudencia actual de la Corte ha endurecido su posición frente al incumplimiento de las disposiciones legales que reglan las formas y procedimientos de contratación, declarando no ya nulos, sino inexistentes, los contratos suscritos en oposición a las mismas. Así, ha entendido en *Fallos*, 323: 1515, *Mas Consultores*, año 2000, “Que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia.” (Cons. 7°).

El mismo criterio se repite en *Fallos*, 324: 3019, *Carl Chung Ching Kao*, año 2001 y en *Fallos*, 329: 809, *Punte, Roberto Antonio*, año 2006. A su vez, esta declaración impacta en el régimen de las prestaciones ejecutadas, las que deberán ser reconocidas por el Estado en la única medida del empobrecimiento probado del contratista (monto que no es el facturado, ya que el mismo queda integrado, en parte, por las utilidades previstas), a fin de no enriquecerse a expensas del patrimonio del particular. Así, CSJN, *Fallos*, 323: 3924, *Ingeniería Omega*, año 2000; *Fallos*, 329: 5976, *Cardiocard*, año 2006.

<sup>110</sup> Nuestro art. “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública,” *RDA*, 11: 293 a 318 (Buenos Aires, 1992), e *infra*, t. 2, cap. XII, “La licitación pública.”

<sup>111</sup> *Supra*, cap. VII, § 15: PTN, *Dictámenes*, 33: 202; 77: 305; 81: 236, etc.; ZANOBINI, GUIDO, “Sul fondamento giuridico della inderogabilità dei regolamenti,” *Rivista di Diritto Pubblico*, 1917, t. IX, parte 1ª, p. 411 y ss., etc. La solución es uniforme.

<sup>112</sup> CSJN, *Fallos*, 291: 290, *Sociedad de Electricidad de Rosario*, 1975; 316-3: 3157, *Espacio*, 1992, citados en COVIELLO, *op. cit.*, p. 130.

### 6.7. *Desigualdad jurídica de las partes*

La desigualdad *jurídica* de las partes es otra nota típica de este contrato, que se traduce en que la administración pública tiene respecto al contrato la atribución de “a) adaptarlo a las necesidades públicas colectivas, variando consiguientemente, dentro de ciertos límites, condiciones y circunstancias, la naturaleza y extensión de las obligaciones a cargo del contratante; b) ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratante, en forma directa y unilateral y por cuenta de éste; y c) dejarlo sin efecto directa y unilateralmente, en caso de incumplimiento del co-contratante o cuando las necesidades públicas colectivas lo exijan.”<sup>113</sup> Esta es una de las facultades regulatorias que la administración no pierde en virtud de la *vacatio iuris* de la legislación delegada, el 24 de agosto de 2009,<sup>114</sup> pues son facultades que emergen del contrato administrativo.

### 6.8. *Privilegio de la decisión unilateral ejecutoria*

“El privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva, previa al conocimiento judicial, que impone al co-contratante la obligación de su cumplimiento inmediato.”<sup>115</sup> “En mérito a este privilegio especial, la administración puede decidir ejecutivamente sobre la perfección del contrato y su validez, sobre su interpretación, sobre la revisión y modificación de las prestaciones debidas por el co-contratante, sobre la determinación de situaciones de incumplimiento, imponiendo sanciones y haciéndolas efectivas<sup>116</sup> [...] El co-contratante debe obedecer y sólo le es dado recurrir *ex post*, contra las resoluciones administrativas, dentro de los plazos que establezca el ordenamiento jurídico.”<sup>117</sup>

### 6.9. *Facultad sancionatoria*

La administración pública tiene reconocida, tradicionalmente, la facultad de imponer sanciones al contratista por incumplimiento, aunque ellas no estén ex-

<sup>113</sup> BERÇAITZ, *op. cit.*, p. 279.

<sup>114</sup> *Infra*, t. 2, cap. VII, “La regulación económica y social.” A partir del 24 de agosto de 1999, fecha en la que caducaban —conforme lo establecido en la Disposición Transitoria Octava de la Constitución Nacional— las delegaciones legislativas en el Poder Ejecutivo anteriores a la reforma constitucional de 1994, distintas leyes fueron prorrogando dichas competencias y ratificando la legislación delegada dictada a su amparo: ley 25.148, hasta el 23-VIII-02; ley 25.645, hasta el 23-VIII-04; ley 25.918 hasta el 23-VIII-06; ley 26.135 hasta el 23-VIII-09. Es obvio que tales postergaciones legales de un plazo impuesto en la Constitución constituyen una grave violación al ordenamiento jurídico, que necesariamente debe castigarse al menos con la invalidez de las sanciones aplicadas en virtud de normas delegadas que se han mantenido postergadas más allá del único plazo constitucional establecido. Es también, en todo caso, una muestra más de la falencia legislativa en la hora actual.

<sup>115</sup> DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 454.

<sup>116</sup> Respecto a la facultades de la administración en el ámbito de la Ley de Emergencia, ver VEGA, SUSANA E., “Contratos en el sector público,” en CRIVELLI, JULIO CÉSAR, *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, cap. III, pp. 109-24.

<sup>117</sup> DIEZ, *op. cit.*, p. 455.

presamente previstas en la ley o en el contrato.<sup>118</sup> Pero con el progresivo avance de las técnicas contractuales, que producen documentos muy minuciosos acerca de las potestades sancionatorias de la administración, avanza la idea de que ello importa una restricción de aquella potestad a sólo lo expreso o razonablemente implícito en el texto del contrato o, desde luego, en la ley.

#### 6.10. *Mutabilidad del contrato*<sup>119</sup>

La mutabilidad del contrato importa que si el interés público lo justifica, podría adaptárselo y modificárselo; es *su flexibilidad*, frente a la rigidez de los contratos privados.

No necesita el Estado invocar la teoría de la imprevisión, el caso fortuito o la fuerza mayor para modificar un contrato de esta naturaleza: esas son causales para modificar el contrato a pedido del concesionario o licenciatario. El concedente tiene en cambio facultades más discrecionales. Dice GASTÓN JÈZE<sup>120</sup> que el Consejo de Estado ha proclamado, de manera inequívoca, el principio fundamental que rige en materia de contrato de concesión de servicio público: “La Administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar, en interés del público, el normal funcionamiento del servicio.”<sup>121</sup> “Al imponer al concesionario un servicio diferente del previsto por las partes contratantes, la Administración no excede sus poderes.”<sup>122</sup> “Este principio es hoy indiscutido en la jurisprudencia.”<sup>123</sup>

Esta misma cita y este mismo énfasis en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés es retomado por MARIENHOFF en nuestro medio. Del mismo modo recuerda JÈZE al Comisario de Gobierno CORNEILLE en sus conclusiones al *arrêt Société d'éclairage de Poissy*,<sup>124</sup> en el sentido que “la organización del servicio

<sup>118</sup> DIEZ, *op. cit.*, pp. 518-9; BERCAITZ, *op. cit.*, p. 274; CSJN, *Fallos*, 167: 145, S.A. Buenos Aires Town and Docks Tramways Ltd., 1932; 202: 97, S.A. Cía. Central Argentina de Electricidad, año 1945 y otros. El decreto 1023/01 se encarga en su art. 29 de regular lo relativo a las penalidades y sanciones en el ámbito contractual.

<sup>119</sup> SACRISTÁN, ESTELA B., “*Ius variandi* y modificación de precios en los contratos administrativos,” *RAP*, 219: 5, Buenos Aires, 1996; FANELLI EVANS, “El *ius variandi* en los contratos administrativos,” en el libro colectivo *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*, p. 197 y ss; FERNÁNDEZ RUIZ, *op. cit.*, pp. 38-9; GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “La estabilidad de los contratos y la emergencia del default,” en GORDILLO (Dir), *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, La Ley, 2004, pp. 19-28.

<sup>120</sup> *Principios generales del derecho administrativo*, t. IV, *Teoría general de los contratos de la administración. Primera Parte. Formación. Ejecución de los contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 239.

<sup>121</sup> En la nota 87 de la p. 139 aclara JÈZE que se trata de una transcripción de la doctrina del CONSEIL D'ÉTAT, *arrêt* del 11 de marzo de 1910, *Compagnie française des tramways*, *Recueils*, p. 216 y ss., *RDP*, 1910, p. 274 y ss.

<sup>122</sup> En la nota 88 se remite JÈZE al Comisario de Gobierno LÉON BLUM en sus conclusiones sobre el caso *Compagnie française des tramways*. Allí agrega BLUM, en la cita de JÈZE sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado, que: “La convención no establece, de manera inmutable, *ne varietur*, las cargas asumidas por el concesionario.” (P. 240, nota 88 *in fine*.)

<sup>123</sup> P. 240.

<sup>124</sup> *Recueils*, p. 124; *RDP*, 1918, p. 242 y ss.

no es de competencia del concesionario [...], que, por consiguiente, esta organización podrá modificarse en cualquier momento, según las necesidades sociales y económicas del momento.”<sup>125</sup> Pero ello, claro está, como lo recuerda MAIRAL,<sup>126</sup> manteniendo la ecuación económico financiera.

### 6.11. *Efectos jurídicos frente a terceros*

La peculiaridad de que el contrato administrativo de concesión o licencia de servicios públicos puede producir y efectivamente produce, *efectos jurídicos frente a terceros*, cosa que no ocurre en el contrato de derecho privado, debe verse con precaución:<sup>127</sup> un ejemplo de estos efectos es la tarifa que el concesionario o licenciataria de un servicio monopólico cobrará a los usuarios forzosos, a raíz del contrato de licencia o concesión.<sup>128</sup>

Esos efectos jurídicos frente a terceros requieren una tutela especial del usuario forzoso, en especial en lo atinente a la tarifa<sup>129</sup> pero también, desde luego, en lo que hace al servicio. Aquí cobra relevante aplicación el conjunto de principios jurídicos que para la contratación pública exige el art. III, inc. 5°, de la Convención Interamericana contra la Corrupción: además de la *publicidad*, la *equidad* y *eficiencia* para los usuarios. El principio constitucional del art. 42 de la Constitución tiene ahora también consagración supraconstitucional.

### 6.12. *Responsabilidad civil frente al usuario*<sup>130</sup>

Como consecuencia de los efectos que el contrato tiene respecto de terceros por ausencia de libertad del usuario, tarifa fijada por el Estado, posible abuso de poder dominante, etc., nace un importante principio de responsabilidad del concesionario o licenciataria frente a los usuarios y terceros.<sup>131</sup>

<sup>125</sup> Nota 89 de la p. 240.

<sup>126</sup> MAIRAL, HÉCTOR, “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo,” ED, 179: 655, pp. 664-5.

<sup>127</sup> Es el principio *res inter alios acta* o *pacta tertiis non nocent*. Si el contrato o su renegociación no se ajusta al inc. 5° del art. III de la CICC, no pueden ser obligatorios para los usuarios.

<sup>128</sup> Ampliar en BERCAITZ, *Teoría general de los contratos administrativos*, op. cit., cap. XIII, p. 277 y ss.

<sup>129</sup> Tema en el cual la justicia no suele intervenir eficazmente en forma preventiva.

<sup>130</sup> Ver GHERSI, CARLOS A., *Responsabilidad de empresas telefónicas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1994; GHERSI (coord.), *Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores*, Buenos Aires, Nova, 1994.

<sup>131</sup> Un favorable cambio lo observamos en *Fallos*, 329: 646, *Ferreyra*, año 2006, donde la Corte intenta revertir la tendencia iniciada en *Fallos*, 323: 318, *Colavita*, año 2000, en relación a la responsabilidad de los concesionarios viales. Ver el minucioso análisis de GALDÓS, JORGE M., “El fallo *Ferreyra* de la Corte Suprema Nacional sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo. Auspiciosa reapertura de un debate no clausurado,” *JA*, 2006-II, 218. En cuanto a la controvertida naturaleza jurídica de la relación entre el usuario y el concesionario vial, corresponde mencionar que la ley de defensa del consumidor, reformada por la ley 26.361 del año 2008, establece que el vínculo jurídico entre el proveedor y el usuario o consumidor es la relación de consumo, rigiéndose en forma directa por sus disposiciones y no, supletoriamente, como ocurría hasta entonces. Ello, sin perjuicio de que el proveedor se encuentre, además, alcanzado por otra normativa específica.

Ello ocurre especialmente con los cortes de suministro de energía eléctrica, salvo la eximente de caso fortuito o fuerza mayor cuando ella procede. En tales casos se indemniza el daño emergente de los aparatos dañados por el corte o la sobrecarga, como la pérdida de horas laborales como consecuencia del corte de luz, sin perjuicio de las multas que se apliquen en beneficio de los usuarios, trasladándolas a una reducción de las tarifas.

Debemos destacar que la reciente modificación introducida por la ley 26.361 a la ley de defensa del consumidor, ha venido a fortalecer la protección de los derechos de los usuarios, poniendo énfasis en el derecho a la información, en el trato digno y equitativo, en los intereses económicos de los usuarios y en la educación integral del consumidor.

En materia de responsabilidad, incorpora la posibilidad de reclamar ante la autoridad de aplicación, todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria ocasionado sobre la persona o bienes del usuario o consumidor, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. De esta forma, faculta a la administración a determinar la existencia del daño y obligar al proveedor o prestador del servicio a resarcirlo, hasta un valor máximo de 5 Canastas Básicas Total para el Hogar 3 que publica el INDEC.

Establece que dichos actos administrativos podrán ser apelados por los proveedores ante la justicia y, una vez firmes, respecto del daño directo que determinen, constituyen un título ejecutivo a favor del consumidor. Por otra parte, permite deducir las indemnizaciones que se abonen en concepto de daño directo a los consumidores, por otras que pudieren corresponder por acciones incoadas en sede judicial.

En otro orden, en el marco de una acción judicial, la reforma se orienta a desalentar las conductas abusivas y antijurídicas de los proveedores, introduciendo una multa civil a favor del consumidor, que podrá requerirla ante el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales por parte de los proveedores. Deberá graduarse en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras sanciones que eventualmente correspondan.

### 6.13. *La audiencia pública como garantía constitucional del usuario*<sup>132</sup>

La audiencia pública<sup>133</sup> es uno de los instrumentos para la defensa de tales derechos de los usuarios, junto con la intervención del Defensor del Pueblo de la Nación.<sup>134</sup> Ya puede decirse que este requisito, exigido expresamente por la ley en materia de gas y energía eléctrica —y generalizada su exigencia por vía

<sup>132</sup> Desarrollamos este tema *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>133</sup> En el caso de las audiencias públicas en la Ciudad de Buenos Aires, ver: ALETTI, DANIELA y TOIA, LEONARDO, “Audiencias Públicas: Sólo para entendidos,” *LL*, 2007-C, 993.

<sup>134</sup> Ver *infra*, cap. XII, “Los órganos del Estado,” § 14.1, “El Defensor del Pueblo.”

reglamentaria a partir del decreto 1172/03—, es en verdad de naturaleza constitucional y corresponde ser aplicado en todos los servicios privatizados, con sus características propias, haya o no norma legal o reglamentaria que la requiera en el caso del servicio específico de que se trate.

#### 6.14. *Inaplicabilidad de la exceptio non adimpleti contractus*

Es propio de estos contratos la inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, esto es, la negación del derecho del concesionario o licenciataria a exceptuarse de cumplir con sus obligaciones si la administración no ha cumplido con las suyas propias.<sup>135</sup>

De acuerdo a este criterio, aunque la administración no cumpla con las obligaciones que ha asumido contractualmente, el contratista debe de todos modos cumplir fielmente con su parte del contrato: “El ha tomado a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera y a costa de cualquier sacrificio.”<sup>136</sup> Este criterio es sustancialmente diferente en los contratos administrativos que no importan monopolio o exclusividad, según veremos más adelante.

#### 6.15. *Necesidad constitucional de un ente de contralor independiente*<sup>137</sup>

Tal como ha llegado a consagrarse el derecho al debido proceso no solamente para los actos individuales de la administración, sino también para los actos generales, con el alcance de que los de tal naturaleza requieren previa audiencia pública, así también puede hoy en día sostenerse que el debido proceso incluye la existencia de organismos imparciales e independientes del poder concedente, que se ocupen en sede administrativa de la tutela de los derechos e intereses de los usuarios, como lo prevé el art. 42 de la Constitución, sujeto al necesario contralor jurisdiccional.

Así como el sistema de división de poderes previo a la Constitución de 1994 era que el que legisla no ejecuta ni juzga de la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella y el que la juzga no la dicta ni ejecuta, ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que *el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle*. Es pues el mismo principio, actualizado, de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra Constitución perfecciona.<sup>138</sup>

<sup>135</sup> En la obra pública regida por la ley 13.064 la excepción de incumplimiento existe y se encuentra regulada por el decreto 1186/84 que reglamenta el artículo 35 de ley 13.064. Hoy en día se ha tornado normal que las obras públicas se suspendan ante la falta de pago de las obligaciones asumidas por el estado, precisamente porque estas suspensiones o prolongaciones han pasado a ser “normales.”

<sup>136</sup> BERCAITZ, *op. cit.*, p. 291.

<sup>137</sup> CSJN, *Ángel Estrada, Fallos*, 328:651, 2005.

<sup>138</sup> Nuestro art. “Organismos de control, Primeras Jornadas Nacionales sobre Instituciones Administrativas en la Reforma Constitucional,” *RAP*, 194: 107, Buenos Aires, 1993.

“La independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo, decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las metas diarias de la política,”<sup>139</sup> por lo cual son indispensables garantías tales como la inamovilidad en los cargos del ente de contralor;<sup>140</sup> de otro modo las tarifas de los usuarios caerán presa del *lobby* y servirán de pieza de cambio “en aras de las metas diarias de la política.”<sup>141</sup>

Otro de los fundamentos de este sistema es la tensión con el poder central: “una cosa es esta influencia lógica y razonable del poder político sobre la administración y otra la manipulación constante de sus decisiones según las conveniencias del momento, o la medida burda del cese fulminante por una diferencia de opinión con la autoridad política de turno.”<sup>142</sup>

Cuando se estudiaba hace décadas en Francia las diferencias entre la planificación por comisiones o por el Ministerio del ramo, siempre se entendió que la segunda alternativa era la más peligrosa para los intereses colectivos, porque quitaba transparencia al proceso y dejaba al poder político más lábil y maleable frente a las presiones del poder económico. Esta es una cuestión más que fundamental en un país como el nuestro, en el cual bajo la seudo impronta del presidencialismo se encubre toda clase de negociación entre el poder económico y la autoridad de turno, a espaldas de la opinión pública. Cabe agregar a ello las frecuentes gestiones de los embajadores en defensa de sus inversores nacionales, gestiones que se hacen más fáciles cuando el sistema es cerrado e hipercentralizado. Además es ese poder político mismo, quien ha dado la concesión al poder económico y puede, de hecho, renegociarla... Más aún, es reconocido que una causa eficiente de la privatización con entes reguladores de control fue la inoperancia de los controles de la administración central, en especial de los ministerios y secretarías.<sup>143</sup> Por todo ello “se exige una autoridad reguladora dotada al mismo tiempo de preparación técnica, independencia política y legitimación democrática.”<sup>144</sup> La legitimación democrática nace del sistema de designación, por concurso

<sup>139</sup> COMADIRA, JULIO RODOLFO, “Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS),” *ED*, 162: 1134, reproducido en su obra *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, 2ª Ed. actualizada y ampliada, p. 637 y ss.

<sup>140</sup> COMADIRA, *op. loc. cit.*

<sup>141</sup> COMADIRA, *op. cit.*, § 2; ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, cap. XI, pp. 376-7: “el poder político es incapaz de escapar a la tentación de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las exigencias inmediatas de la política diaria.”

<sup>142</sup> ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, p. 387. Cuando ello ha ocurrido en nuestro país, como en el absurdo caso de la intervención del P.E a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones porque defendía los derechos de los usuarios frente a los abusos de las licenciatarias, la justicia se ha mostrado esquiva a la hora de brindar la tutela judicial efectiva para resguardar la independencia del órgano de control. Negar esa tutela a quien cumple una función cuasijurisdiccional es, en el Poder Judicial, negarse a sí mismo.

<sup>143</sup> CINCUNEGUI, JUAN BAUTISTA, “Entes reguladores de servicios públicos,” *RAP*, 188: 11.

<sup>144</sup> ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, p. 365.

y con estabilidad, pues la democracia no es sólo una forma de acceder al poder sino también de ejercerlo.<sup>145</sup>

#### 6.16. In maxima potentia, minima licentia

Se trata en suma del antiguo principio de derecho inglés, conforme al cual al más poderoso le corresponde la mínima libertad, la mínima licencia.<sup>146</sup>

### 7. *El contrato administrativo no monopolístico o exclusivo*

Es así como en esos por aquel entonces nuevos contratos de obra pública, suministro, etc., se advertía todo lo siguiente:

7.1. *La colaboración.* No hay una relación jurídica de subordinación, sino más bien de *colaboración*.<sup>147</sup>

7.2. *Flexibilidad y mutabilidad del contrato.* La flexibilidad y mutabilidad de tales contratos fueron reducidas por la propia legislación, que impone límites bajos (10 o 20 %) más allá de los cuales no puede obligarse al contratista a aceptar la modificación.<sup>148</sup> También la jurisprudencia impuso importantes limitaciones a dicha facultad en este tipo de contratos.<sup>149</sup> Podría en realidad concluirse que la facultad de modificar contratos que no se refieran a la prestación de un servicio público existe sólo en la medida que la ley lo reconozca expresamente, lo que ocurre en mayor medida en el contrato de función pública.

7.3. *Facultades sancionatorias.* La facultad administrativa de imponer *sanciones* al contratista *debe estar fundada legal o contractualmente*, siendo inadmisibles que la administración pretenda imponer sanciones para las cuales no esté expresamente autorizada por la ley o el contrato; este tipo de sanciones se interpretan restrictivamente y si el pliego dispone que en caso de rescisión del contrato el contratista “perderá la fianza,” se ha considerado que lo pierde sólo en forma *proporcional* a la parte no cumplida y que para que la pérdida sea total a pesar de no ser el incumplimiento total, así debe aclararlo expresamente el contrato.<sup>150</sup>

7.4. *Exceptio non adimpleti contractus.* La clásica inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, a tenor de la cual si el contratista dejaba de cumplir

<sup>145</sup> RIVERO, JEAN, “Le système français de protection des citoyens contre l’arbitraire administratif à l’épreuve des faits,” *Mélanges Jean Dabin*, Bruselas, Bruylant, 1963, pp. 813-36, reproducido en el libro *Pages de doctrine*, t. I, París, LGDJ, 1980, pp. 563-80.

<sup>146</sup> BLACK’S LAW DICTIONARY, *op. cit.*, p. 708.

<sup>147</sup> Así WALINE, “L’évolution récente des rapports de l’État avec ses co-contractants,” *Revue du Droit Public*, 1951, t. 67, p. 5 y ss.; PTN, *Dictámenes*, 97: 127.

<sup>148</sup> Así la ley 13.064 de obras públicas, arts. 30, 38 y 53 inc. a).

<sup>149</sup> Así CSJN, *Fallos*, 312-1: 84, *Marocco*, 1989; 314-1: 491, *Necón*, 1991; 308-1: 618, *Iguazú*, 1986, todos ellos comentados en COVIELLO, *op. cit.*, p. 126 y ss.; SACRISTÁN, *op. loc. cit.*

<sup>150</sup> PTN, *Dictámenes*, 70: 292; 77: 126 y otros.

con sus obligaciones ante el incumplimiento administrativo debía considerarse que él era el único responsable, debiendo extinguirse el contrato por su exclusiva culpa, también ha sido modificada en esta categoría de contratos administrativos. Se entiende actualmente en tales contratos que si bien el contratista no puede, ante el incumplimiento administrativo, interrumpir sus tareas y exigir la extinción por culpa exclusiva de la administración, *sí puede al menos interrumpirlas sin incurrir en culpa él mismo*.<sup>151</sup> En tales casos se entiende que por un incumplimiento mutuo el contrato se extingue por culpa recíproca o concurrente o, lo que es lo mismo, sin culpa de ninguna de las partes;<sup>152</sup> o, como explicamos en el contrato de obras públicas, se suspende el cumplimiento del contratista mientras está suspendida la financiación estatal de la obra. Esta y las demás morigeraciones no se aplican a la concesión o licencia de servicios públicos, pero de todas maneras la falta de actualización de las tarifas durante varios años a partir del año 2002 llevó a la paralización de las nuevas inversiones de los concesionarios y licenciatarios. En el año 2009 se comienza a reajustar las tarifas, pero parece un proceso que no está ajustado aún.

**7.5. La buena fe contractual.** El principio general de la buena fe, de numerosas aplicaciones,<sup>153</sup> suele ser recordado en materia de contratos administrativos que serían así esencialmente de *buena fe*.<sup>154</sup> En su virtud la administración no debe actuar como si se tratara de un negocio, ni tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa del contratista, o aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio de aquél. Tampoco el contratista puede tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa de la administración, o aprovecharse de situaciones legales o fácticas que lo favorezcan en detrimento de aquélla.<sup>155</sup>

**7.6. La equidad.** La Procuración del Tesoro de la Nación sostiene que si bien la equidad no es fuente del derecho administrativo, debe ser tenida en cuenta por la administración al resolver casos concretos sometidos a su decisión y en los cuales podrían verse comprometidos los principios que la informan, admitiéndose, en suma, soluciones de equidad en los contratos administrativos.<sup>156</sup>

<sup>151</sup> No es una *decisión* sino un *procedimiento*: en casos normales, no puede el contratista súbitamente y sin previo aviso suspender o interrumpir su trabajo; debe advertir oportuna y adecuadamente las dificultades que le ocasionan y ocasionarán los incumplimientos administrativos y aumentar progresivamente la severidad de sus advertencias de acuerdo con las circunstancias fácticas. El resultado: que la administración no alegue que ha sido sorprendida.

<sup>152</sup> PTN, *Dictámenes*, 69: 98 y decreto 15.159/59, *B. O.* del 24/XI/59, en igual sentido; 82: 220; 85: 207; 94: 91 y decreto 10.551/65, del 24/XI/65, en igual sentido; 96: 514. Este criterio administrativo fue receptado por la jurisprudencia de la CSJN, *Fallos*, 316-1: 212, *Cinplast*, 1993.

<sup>153</sup> Ver GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *El Principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999, 3ª ed.

<sup>154</sup> Así CSJN, *Fallos*, 182: 502, *Besana*, 1938; BIELSA, *Estudios de derecho público*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1950, pp. 110-2; PTN, *Dictámenes*, 70: 219; 77: 311; 83: 180, etc.

<sup>155</sup> Principio de colaboración o de correcto comportamiento: FIORINI, BARTOLOMÉ A. y MATA, ISMAEL, *Licitación Pública. Selección del contratista estatal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972.

<sup>156</sup> *Dictámenes*, 79: 77; 83: 180; 85: 135-40.

Así el contrato debe ser equitativo para ambas partes y para los terceros en su caso; de allí que el principio también esté incluido en la CICC, art. III, inc. 5°. (Ley 24.759.) Esta controversia se presenta constantemente, cada vez que se autoriza un aumento de la tarifa para financiar nuevas obras. Las asociaciones de usuarios suelen cuestionar la equidad y equilibrio del reajuste, a más de sus aspectos formales.

7.7. *Teoría de la imprevisión.* Se atempera la regla *pacta sunt servanda* en la esfera administrativa, admitiéndose la “teoría de la imprevisión” para obtener una equitativa recomposición contractual en los supuestos de aplicación del principio.<sup>157</sup>

7.8. *La ecuación económico financiera del contrato.* La reestructuración de la ecuación económico financiera del contrato devino frecuente, especialmente en los casos de corrección monetaria en que el régimen de actualización o variación de costos, más comúnmente conocido como mayores costos, pasó a tener un rol estelar en el sistema. El principio de la estabilidad de la ecuación económico financiera del contrato se manifestaba en muchas instituciones y llegó a ser formulado en términos enfáticos.<sup>158</sup> Ese sistema tuvo un freno con la ley de convertibilidad y su prohibición de ajustes de precios por corrección monetaria.<sup>159</sup> Subsistieron sin embargo algunos desajustes, como el aumento tarifario por la inflación estadounidense, prevista en los contratos previos a la ley 23.928 que devino carente de sustento fáctico al producirse localmente, a la inversa, deflación. En el 2002 el *Bouleversement* es total y llevará seguramente años recomponerlo.

### 8. El contrato “privado” de la administración

Pasamos con ello a hacer una exposición resumida de los grandes trazos de esta clasificación en tres grupos de los contratos de la administración.

<sup>157</sup> Ver nuestro art. “Mayores costos, imprevisión, indexación,” en *Contratos administrativos, op. cit.*, t. I, p. 104 y ss.; ley 12.910 y sus reglamentaciones; CNFed. Civil y Com., LL, 121: 645, *Oks Hnos. y Cía. S.A.*, con nota de SPOTA, ALBERTO G., “Contrato administrativo sometido a la teoría de la imprevisión contractual;” MARIENHOFF, “La teoría de la imprevisión y su recepción en el derecho público argentino,” *JA*, 1959-V, 106; TELLO, ROBERTO, *La teoría de la imprevisión en los contratos de derecho público*, Buenos Aires, Abeledo, 1946; *La teoría de la imprevisión en los contratos de servicios públicos*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Suevia, 1942; GARCÍA DE ENTERRÍA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo,” *Revista de Administración Pública*, 2: 83, Madrid, 1950; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, La Plata, 1966, p. 227 y ss., p. 232 y ss.; BADENES GASSET, RAMÓN, *El riesgo imprevisible*, Barcelona, Bosch, 1946.

<sup>158</sup> BARRA, “La intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos,” *ED*, 62:727; *Los actos administrativos contractuales*, Buenos Aires, Ábaco, 1989, p. 127; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, “As cláusulas de reajuste de preços nos contratos administrativos,” en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff, op. cit.*, cap VI.

<sup>159</sup> Ley 23.928, art. 7°, modificado por la ley 25.561. Ver ALEGRIA, HÉCTOR; RIVERA, JULIO CÉSAR; GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL y HUTCHINSON, TOMÁS, *La ley de convertibilidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 271 y ss., “La desindexación de los contratos administrativos.”

### 8.1. *En el derecho interno*

La evolución del molde clásico del contrato administrativo de tipo intermedio entre la concesión o licencia y el contrato de derecho privado, no implica un retorno a la teoría antigua de que esos contratos de la administración son contratos civiles, ni que existan contratos de la administración pura e íntegramente regidos por el derecho común, en el derecho interno.<sup>160</sup> Ello es así por dos razones diversas: 1º) una es que siguen existiendo muchas reglas propias del derecho público en los llamados contratos administrativos que hemos venido analizando (suministro, obra pública, etc.); 2º) la otra es que los clásicamente considerados “contratos civiles de la administración” han sufrido una crisis y evolución en sentido inverso. En efecto, se ha advertido que “son muy raros —si es que los hay—,” los contratos de la administración “que se regulan únicamente por el derecho civil o comercial y deben, por tanto, calificarse de privados. La realidad muestra que en todos los vínculos de la administración rige el derecho público y el derecho privado, en mayor o menor grado;” “Quizá sea más acertado prescindir de la expresión *contrato administrativo*, que sugiere una idea de oposición con los contratos de derecho privado [...] y referirse, en cambio, a los *contratos de la administración*.”<sup>161</sup>

Por nuestra parte, creemos que el criterio a adoptarse en cuanto a la posible existencia de *contratos privados* de la administración en el derecho interno es el mismo que debe tenerse en lo que respecta a la supuesta existencia de *actos privados* de la administración. Dijimos con relación a estos últimos<sup>162</sup> que los actos emanados de órganos administrativos están casi siempre regidos en cuanto a su competencia, voluntad y forma por el derecho administrativo y que sólo excepcionalmente pueden estar en parte regidos, en su objeto y nada más, por el derecho privado, por lo que la predominancia neta del derecho público obliga a calificarlos como actos de derecho público, esto es, actos administrativos.<sup>163</sup>

El mismo razonamiento es aplicable a los contratos “civiles” de la administración: todo lo referente a la *competencia* de los órganos que los celebran, al *procedimiento* de contratación, a las *formas* pertinentes, etc., se rige por el derecho público. No es posible fundar la *competencia* de un órgano estatal en la regla de la *capacidad* del Código Civil; ni afirmar que aunque la legislación

<sup>160</sup> Los contratos celebrados y ejecutados en el exterior se someten a las reglas del derecho común local.

<sup>161</sup> SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, pp. 536-7, quien recuerda en la última opinión a SANTA MARÍA DE PAREDES, *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 714. Ver las referencias de la nota siguiente.

<sup>162</sup> Ver *supra*, cap. VIII, donde reiteramos conceptos antes expuestos en *El acto administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, pp. 64-6; *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., *op. cit.*, pp. 165-6; *Derecho administrativo de la economía*, *op. cit.*, pp. 137-9; opinión que recuerda y comparte SARMIENTO GARCÍA, “Noción y elementos del servicio público,” *op. cit.*, p. 12; en igual sentido DROMI, *Derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>163</sup> Este criterio ha sido seguido en PTN, *Dictámenes*, 92: 74.

administrativa exija la licitación pública,<sup>164</sup> pueda prescindirse de ella porque no figura en el Código Civil; ni que si de acuerdo al derecho administrativo un decreto del Poder Ejecutivo es suficiente título traslativo del dominio de una tierra fiscal a manos privadas, sea necesaria escritura pública,<sup>165</sup> etc.

La conclusión es la misma que respecto a los supuestos actos civiles de la administración: podrán regirse por el derecho civil en lo que se refiere al objeto (y aun así sin excluir principios de derecho público como la razonabilidad), pero lo dominante sigue siendo el derecho público, con lo cual no puede calificarse al contrato en su totalidad como un contrato de derecho civil.<sup>166</sup>

## 8.2. *En el derecho externo*

La situación del Estado como deudor de un contrato de crédito externo es tal vez ligeramente mejor que la de un deudor hipotecario bancario: no le pedirán la quiebra ni le rematarán los bienes (aunque pueden a veces embargarle bienes en el extranjero), tampoco le mandarían cañoneras como antaño; pero el orden económico internacional le hace en cualquier caso imposible al Estado simplemente “repudiar” la deuda.

El sistema económico internacional lo obliga, inexorablemente, a renegociarla si no la puede pagar.<sup>167</sup> Estos datos de la realidad jurídica y económica, obtengan o no nuestra adhesión, no permiten mostrar en el derecho positivo al cual se ha sometido la celebración y ejecución del contrato, una categoría contractual en que la situación del deudor sea sustancialmente distinta de la de cualquier otro contrato de crédito.

## 8.3. *El contrato de crédito externo en un marco de endeudamiento estructural*<sup>168</sup>

El progresivo endeudamiento de nuestro país lleva a su eclosión en el año 2001 y siguientes<sup>169</sup> y parece ser un fenómeno de larga duración. Podemos y debemos, en el orden interno, hacer consideraciones sobre el origen de la permanente

<sup>164</sup> Como señalaba DE VEDIA, *op. cit.*, p. 488, la ley de contabilidad exigía la licitación pública, “sin discriminar entre contratos de Derecho Privado y los de Derecho Público.” Lo mismo es aplicable a la legislación actual que se enfatiza con el art. III inc. 5° de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

<sup>165</sup> Así lo dispone la ley 4167, art. 3°.

<sup>166</sup> Ver *supra*, cap. VIII. A igual conclusión se llega aplicando los principios clásicos para la distinción entre contratos civiles y administrativos.

<sup>167</sup> Así el relato de los hechos en el caso *Weltover*, resuelto en 1992 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, publicado en *LL*, 1992-D, 1124, con nota de ZUPPI, “La inmunidad soberana...,” *op. cit.* Ver *infra*, cap. VI.

<sup>168</sup> Para un mayor desarrollo del problema nos remitimos al cap. IV.

<sup>169</sup> Ver nuestro artículo “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050, reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64. Ver también *supra*, cap. IV, “Condicionamientos económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio.”

necesidad de recurrir al crédito externo;<sup>170</sup> pero es necesario tener presente que no modifican su régimen jurídico en el extranjero. En todo caso, en estos años del siglo XXI hemos quedado excluidos del acceso al crédito internacional por nuestro primer default en aquel año, el posterior default técnico por la inexactitud de la actualización por el INDEC, la estatización de los fondos de jubilaciones y pensiones en manos de las AFJP, etc. Estos actos han llevado al país a la calificación de economía de frontera, de lo cual no parece tarea fácil salir.

El Estado argentino adopta de vez en cuando medidas sobre aumento de los *ingresos públicos* e incremento de la *deuda pública* interna y externa, pero pocas sobre *ahorro* del gasto público. A la demora producida en ajustar el gasto público real<sup>171</sup> se suman, con un efecto sinérgico o potenciador, erogaciones que no guardan relación con la escasez de recursos, más la permanente imposibilidad de lograr una ecuación razonable entre el costo presupuestario en materia social, educativa, sanitaria, etc. y el valor de los servicios que se prestan.<sup>172</sup>

Lo más difícil de todo pareciera ser erradicar los gastos que elevan incausada e irrazonablemente el gasto público, fenómeno recurrente en la historia argentina, no realizar obras públicas innecesarias ni menos aun contratar con alguien simplemente porque otorga crédito; no emplear el gran contrato superfluo para recaudar fondos “políticos,” con lo cual el costo social es doble: la “recaudación” y la erogación innecesaria del Estado.

De allí que el dictado de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su art. III inc. 5° exige la *eficiencia* de la contratación pública, deba verse como un imperativo jurídico tanto supranacional como interno, operativo al destino que se da a los fondos externos en el presupuesto interno y su ejecución.

## 9. Conclusión

En suma, los contratos que celebra la administración tienen todos un régimen en parte de derecho público, pero que no es uniforme; todos pueden ser *denominados* “contratos administrativos,” pero no tienen igual régimen jurídico entre sí, pues existen gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público.

Si antiguamente podíamos encontrar dos categorías bien definidas y totalmente opuestas de contratos de la administración, los civiles y administrativos,

<sup>170</sup> Decía POSADA en 1898 que el uso del crédito se justificaba para invertir en obras de rédito futuro o si no “bien pueden implicar gastos en razón: 1.° de una gran calamidad pública: una guerra; y 2.°, de una mala administración, por imprevisión, inmoralidad, etc., etc., en cuyo caso la deuda supone carga grave improductiva.” POSADA, ADOLFO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1898, pp. 412-3.

<sup>171</sup> Con todo, ante la “vulnerabilidad externa,” según sus fundamentos, se celebra el “compromiso federal por el crecimiento y la disciplina fiscal,” aprobado por ley 25.400 (modificada por ley 25.570), cuyo objetivo es “alcanzar el equilibrio fiscal.” (Art. 8°)

<sup>172</sup> “El Estado ha de aumentar su efectividad social, sus actuaciones han de ser productivas en términos sociales [...] *La relación entre el coste de las organizaciones y los resultados obtenidos no guarda proporción:*” INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *Congreso iberoamericano sobre sociedad, democracia y administración*, Madrid, Alcalá de Henares, 1985, p. 30.

hoy en cambio encontramos un acercamiento de los extremos, que no alcanza a ser total y que deja subsistentes matices susceptibles de agrupación en tres grandes conjuntos.

Dentro de esa zona cubierta por los contratos administrativos corresponde ubicar como más próximos al derecho administrativo clásico de fines del siglo pasado y comienzos del presente, a las concesiones y licencias de servicios públicos en condiciones monopólicas o de exclusividad, al contrato de empréstito público interno y, en menor medida, a la concesión de obra pública. Se trata de la aplicación más intensa del derecho público.

Un segundo grupo se integra con el contrato de función pública, la concesión y el permiso de uso del dominio público y privado del Estado; en menor grado, los contratos de suministros y obra pública.

Más cerca del derecho privado encontramos al contrato de compraventa de inmuebles, al de locación y luego a los demás contratos: cesión, permuta, donación, préstamo, etc. que, bueno es reiterarlo, no se mantienen siempre con sus típicos caracteres civilistas.

El contrato de crédito externo, enteramente sometido al derecho privado de la jurisdicción en que se celebra y ejecuta el contrato, está por el momento excluído de nuevas contrataciones, lo cual parece un paso necesario para al ajuste de las cuentas públicas.

## Capítulo XII

### LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

#### 1. *Concepto de órgano*

Las entidades estatales manifiestan su actividad y su voluntad a través de sus órganos; el concepto de órgano sirve, pues, para imputar a la entidad de que el órgano forma parte el hecho, la omisión o la manifestación de voluntad de que se trate. Para algunos autores el órgano es un conjunto de competencias —algo así como un “cargo,” *office, ufficio, Amt*, etc.— que será ejercido por una persona física —el funcionario público, agente o “personal” del Estado— que, al actuar dentro de las atribuciones o funciones que le han sido conferidas, produce tal imputación. En este concepto se distingue entre el “órgano jurídico” —el conjunto de competencias— y el “órgano físico,” o sea, la persona llamada a ejercer esas competencias. En otra terminología, se distingue entre el “órgano-institución” y el “órgano-individuo.”<sup>1</sup> Para otros autores, el órgano sería la suma de los dos elementos, el cúmulo de las funciones individualizadas y la persona llamada a ejercerlas.<sup>2</sup> Adoptaremos aquí el primer concepto, pues permite diferenciar más precisamente los derechos y deberes de la persona física llamada a desempeñarse en la función. Estamos frente a situaciones que no se confunden; una es la repartición de atribuciones en diferentes unidades, otra es la imputación de una conducta al Estado,<sup>3</sup> una tercera es la situación del funcionario.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ver VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1950, p. 530 y ss.; TREVILJANO FOS, JOSÉ ANTONIO, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957, p. 88.

<sup>2</sup> SILVESTRI, ENZO, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1950, p. 8 y ss.; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, p. 181; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 493.

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, San Pablo, 1972, p. 66; quien además analiza, p. 17 y ss., el problema de la repartición de atribuciones en distintos “cargos.”

<sup>4</sup> En tal sentido es clara la definición de CAETANO, MARCELLO, *Manual de direito administrativo*, Río de Janeiro, 1970, t. 1, p. 197 y sus referencias.

## 2. *El órgano y el ente al que pertenece*

Pero tanto si se adopta uno u otro concepto de órgano, las consecuencias prácticas no varían: en ambos casos se trata de construcciones jurídicas en virtud de las cuales imputamos a la asociación o corporación o entidad estatal, la voluntad de un ser humano manifestada dentro de un marco determinado, propio del ente.

El órgano, precisamente por ser un medio para imputar una actuación o una voluntad al ente del cual forma parte, no constituye una persona diferenciada del mismo, sino que se confunde como parte integrante de él: no tiene, pues, derechos o deberes diferenciados de los derechos o deberes del ente del cual se desprende; su voluntad no es diferenciable de la voluntad de la organización a la cual pertenece, precisamente porque la voluntad a través de él expresada es en esa medida la voluntad de la organización. Ello no quita que puedan eventualmente existir voluntades contrapuestas entre órganos de un mismo ente, pues el ente, en cuanto ejercita una función, se puede contraponer a sí mismo en cuanto ejercita una función distinta; puede hallarse en contraste consigo mismo por el ejercicio de actividades diversas.<sup>5</sup>

## 3. *El órgano y el funcionario*

Diferenciando como lo hicimos entre órgano físico y órgano jurídico, resultará que las consideraciones precedentes son especialmente aplicables al órgano jurídico, el cual se integra y confunde con el ente al cual pertenece, sin tener una voluntad o una personalidad independiente de él.

No ocurre lo mismo con el órgano físico, esto es, la persona física llamada a ejercer la función que constituye el órgano jurídico. El funcionario, en efecto, tiene dos voluntades y dos situaciones distintas según sea el modo de su actuación: su voluntad en cuanto persona y sus derechos y deberes en cuanto funcionario frente al Estado y su voluntad orgánica, en cuanto desempeña la competencia estatal. En el primer caso el funcionario puede tener derechos contrapuestos con el Estado y se lo considera un sujeto de derecho diferenciado de él; en el segundo el funcionario se subsume dentro del órgano jurídico y en cuanto titular del mismo, no tiene, según ya dijimos, derechos o deberes contrapuestos con el Estado, sino meramente competencias que le han sido asignadas y que desempeñará en su nombre; no tiene tampoco, en consecuencia una personalidad diferenciada de la del Estado.

## 4. *La actuación del órgano*

Dado, pues, que el órgano físico puede actuar como titular del órgano jurídico—caso en el cual su voluntad se considera como la voluntad estatal— o fuera

<sup>5</sup> SILVESTRI, *op. cit.*, pp. 17-8; MARIENHOFF, "Administración pública: actividad interorgánica y relaciones interadministrativas," *JA*, 1962-III, 77, sec. doctr. En contra, BANDEIRA DE MELLO, *Apostamentos sobre os agentes e órgãos públicos, op. cit.*, p. 75.

de la función que se le ha asignado, como sujeto de derecho diferenciado del Estado, interesa saber qué criterio habrá de seguirse para establecer cuándo el funcionario actúa como órgano del Estado y cuándo no.

Para establecer esa diferencia existen básicamente dos criterios:

*Un criterio subjetivo:* que toma en cuenta la finalidad perseguida por el funcionario al actuar (esto es, si entendió actuar en su calidad de órgano del Estado, o privadamente.)

*Un criterio objetivo:* que prescinde de la motivación psicológica del funcionario y atiende objetivamente a lo que ha realizado. Este criterio, que es el prevalente, presenta a su vez dos variantes:

En una posición, que es la que a veces adopta la legislación civil, se estima que el órgano físico ha actuado como órgano jurídico de la institución siempre que haya actuado dentro del límite de sus *atribuciones legales*, esto es, siempre que haya actuado legítimamente, respetando la competencia que le ha sido otorgada y en general las regulaciones establecidas para el desempeño de sus atribuciones. En este primer concepto, *la legitimidad* del acto es el factor que decide la cuestión: si el acto producido es legítimo, entonces ha sido dictado “dentro de las atribuciones legales” del órgano y debe imputárselo al Estado; si el acto es *ilegítimo*, por haber sido emanado con incompetencia, etc., entonces se encuentra fuera de las atribuciones legales del órgano y no puede imputárselo al Estado, debiéndoselo considerar como un acto personal del funcionario.

Este es el criterio que tiene, p. ej., el art. 36 del Código Civil<sup>6</sup> en cuanto dice que “se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieran, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios.”<sup>7</sup> Esta norma, referida a la imputación de la conducta, está limitada en materia de responsabilidad<sup>8</sup> por el nuevo art. 43: “Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones.”

En una segunda posición, propia del derecho público y generalmente prevalente en éste, se considera que *la legitimidad* del acto no es el elemento primordial para decidir si él es o no un acto estatal por haber emanado de un órgano suyo;<sup>9</sup> se entiende, en cambio, que debe atenderse únicamente a la *apariencia externa* del acto o hecho, a su *reconocibilidad exterior* como un hecho o acto propio de la función atribuida al órgano, haya sido ella ejercida regular o irregularmente. De

<sup>6</sup> Que no modificó la reforma de 1968.

<sup>7</sup> La misma regla sigue el art. 58 del decreto-ley 19.500/72 en materia de sociedades comerciales, al disponer que “el administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.”

<sup>8</sup> Esta sí modificada en 1968 con el nuevo art. 43.

<sup>9</sup> De lo contrario, resultaría contradictorio hablar de la responsabilidad del Estado por su actividad ilícita, que es una de las instituciones clásicas de siempre admitidas por el derecho administrativo.

este modo, basta con establecer que la actuación del funcionario se ha referido a una tarea que era propia de su función, para decidir que ha actuado como órgano jurídico del Estado y que, por lo tanto, su acto no es un acto privado suyo sino un acto del Estado;<sup>10</sup> esto es así, repetimos, sea que su acto o hecho sea regular o irregular, legítimo o ilegítimo.

Es por ello que se puede luego hablar de “actos administrativos nulos,” o “actos administrativos anulables,” etc., lo cual supone que se trata de un acto estatal —por lo tanto producido por un órgano suyo— viciado, ilegítimo: ello sería una contradicción si se adoptase el criterio anterior, en el cual sólo el acto legítimo podía ser considerado como dictado dentro de la función del órgano.

En suma, comparando la amplitud respectiva de los tres criterios enunciados (el subjetivo y los dos objetivos), se advierte que ella es creciente y que es dentro del último de los criterios indicados donde mayor será el número de actos y hechos que se le imputarán al ente del cual el órgano forma parte.

### 5. *El criterio jurisprudencial*

Esta última es también la orientación jurisprudencial y ha dicho así la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “la irresponsabilidad [...] de la provincia por actos realizados por sus representantes legales, *más allá de sus atribuciones*, no puede aceptarse en el caso de autos, por cuanto estos representantes *han obrado dentro de sus propias funciones*,”<sup>11</sup> sentando de tal modo el criterio de que un acto es imputable al Estado (y en su caso lo hace responsable) cuando es ejecutado por el funcionario dentro de sus funciones, sin importar que haya sido hecho o no dentro de sus atribuciones o límites legales específicos.

Surge de este modo la distinción entre:

a) el criterio del Código Civil, que sólo imputa al ente el ejercicio legítimo y regular de la función y

b) el criterio del derecho público, que imputa al ente todo ejercicio de la función, sea legítimo o ilegítimo. Esto último también queda sentado en otra causa en la

<sup>10</sup> Incluso, el criterio de la *reconocibilidad exterior* es el que subyace en la clásica distinción entre la falta de servicio (*faute du service*) y falta personal (*faute personnelle*), conceptos que sirvieron de punto de partida para todo el desarrollo jurisprudencial en materia de responsabilidad del Estado en Francia, luego seguido en nuestro país. Ver REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, p. 109.

<sup>11</sup> *Fallos*, 163: 155, 163, *Ferrugia*, 1931. Posteriormente, 203: 30, año 1945, *Rabanillo*, 306-2: 2030, año 1984, *Vadell* (en este pronunciamiento por primera vez la Corte, por aplicación de la teoría del órgano, modifica su criterio anterior respecto de la imputación en materia de Responsabilidad del Estado, pasando así de una imputación indirecta (art. 1113 CC) que se venía aplicando, a una imputación directa. Nos remitimos a nuestro t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., cap. XX, p. 26); 307-1: 821, *Hotelera Río de la Plata SACI* (1985); 312-II, 1656, *Tejedurías Magallanes S.A.*, 1989. Aplicando la misma regla, ha dicho recientemente la Corte Suprema que, a la inversa, “la Administración Pública no es responsable cuando el funcionario obra a título puramente personal, al margen de la función, y en exclusivo provecho propio.” Ver *Fallos*, 325: 1787, *Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A.*, 2002, voto de PETRACCHI, BELLUSCIO y BOSSERT.

que específicamente se declaró que, apareciendo clara la imputación, “carece de importancia la cuestión planteada [...] referente a la legalidad de los acuerdos de ministros en virtud de los cuales se ordenaron las licitaciones.”<sup>12</sup>

Desde luego, el acto o hecho debe reunir ciertas condiciones para poder ser considerado como realizado en ejercicio de las funciones del agente; ya no se dirá que el acto debe ser legítimo o dictado con competencia, pero se afirmará que “debe haberse cometido por el dependiente en ejecución de las tareas a su cargo, dentro de los límites y objeto aparente de las mismas.”<sup>13</sup> En definitiva, debe considerarse sólo la apariencia externa del acto o hecho, para determinar si es imputable a la función. Señala ALESSI en este sentido que “basta que aparezca formalmente presentado como una exteriorización de las funciones propias del cargo;” “que la determinación volitiva del órgano esté dirigida, al menos por lo que resulta de su apariencia exterior, a un fin propio del ente;” que presente “un mínimo de reconocibilidad exterior.”<sup>14</sup> Como en otras palabras lo expresa nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, si el acto o hecho de que se trata aparece externamente reconocible como propio de la función, sea ésta bien o mal ejercida, “con fidelidad o sin ella,”<sup>15</sup> incluso en un cumplimiento “defectuoso,”<sup>16</sup> igualmente es imputable al ente.<sup>17</sup>

## 6. La competencia

La competencia es el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer; el concepto de “competencia” da así la medida de las actividades que de acuerdo al ordenamiento jurídico corresponden a cada órgano administrativo: es su aptitud legal de obrar y por ello se ha podido decir que incluso formaría parte esencial e integrante del propio concepto de órgano.<sup>18</sup>

Con todo que mantenemos la utilización del concepto de competencia, se trata de una noción proclive a variantes. Según los autores, se habla:

a) de una “competencia para la ilicitud,” provocando así una antítesis o contradicción formal;

b) de un concepto de competencia bajo el amparo del mismo principio que rige la libertad y la capacidad de los individuos;

<sup>12</sup> *Fallos*, 160: 381, *Gassull*, 1931.

<sup>13</sup> *Fallos*, 194: 170, 172, *Rodríguez, Enrique*, 1942.

<sup>14</sup> ALESSI, RENATO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milán, Giuffrè, 1955, 3ª ed., pp. 50-1.

<sup>15</sup> *Fallos*, 203: 30, 43, *Rabanillo*, 1945.

<sup>16</sup> *Fallos*, 196: 101, 108, *Belleza*, 1943. Dijo aquí la Corte Suprema: “La circunstancia de que el accidente sobreviniera en el curso del cumplimiento tardío y defectuoso de la orden impartida al dependiente no exime al principal. Por el contrario, la responsabilidad [...] supone generalmente el desempeño incorrecto de las tareas encomendadas a aquél” (p. 108.)

<sup>17</sup> Ampliar en el t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., cap. XX, § 6 a 9, pp. 20-26, todo lo referente a la problemática de la imputación de un hecho al Estado.

<sup>18</sup> SAYAGUÉS LASO, op. cit., p. 183.

c) de la competencia expresa;

d) de la competencia expresa o razonablemente implícita;

e) de la competencia virtual.

Tanto en definiciones amplias como restringidas, se suele utilizar el término como comprensivo de toda la conducta que se imputa legítimamente o no a un ente, cuando en realidad todos los autores limitan la competencia a los casos de competencia en razón del territorio, materia, tiempo y tal vez grado. Quedan afuera los demás elementos del acto y decir entonces que un acto fue dictado “con competencia” no es decir que fue dictado “válidamente,” en el derecho positivo, pues queda aún por determinar si el acto cumplimenta o no con los demás recaudos del ordenamiento jurídico. En el decreto-ley 19.549/72, la competencia aparece como uno de los requisitos de validez del acto (art. 7º) y no como el único requisito de validez.<sup>19</sup>

Frecuentemente se compara a la competencia de los órganos administrativos con la capacidad de los sujetos privados de derecho: en ambos se estaría señalando una aptitud de obrar, la medida de las actividades que el órgano o el sujeto pueden legalmente ejercer. Sin embargo, es importante destacar que mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla y por lo tanto se presume en la medida que una norma expresa no venga a negarla, en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente.<sup>20</sup>

Por lo demás, uno de los antiguos principios que tradicionalmente regían a la competencia es el de que la misma es inderogable, o improrrogable, esto es, que no puede ser renunciada ni extendida sea por acuerdo entre las partes privadas, o entre ellas y la administración;<sup>21</sup> asimismo, que sólo puede surgir de la ley en sentido estricto. Sin embargo, frente al clásico principio de que la competencia es siempre de origen legal, criterio rígido y criticable, el decreto-ley 19.549/72

<sup>19</sup> La competencia pierde así, en la actualidad, verdadera utilidad técnica y pasa a tener una utilidad solamente didáctica, lo que, ciertamente, no es simple. Ver NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, con nuestras glosas; nuestra *Introducción al derecho*, publicada como e-book en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com) y también en castellano (Buenos Aires, La Ley, 2007), inglés (Londres, Esperia, 2003) y francés (Londres, Esperia, 2003), todas con prefacio de SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>20</sup> Comp. SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 183; LINARES, JUAN FRANCISCO, “La competencia y los postulados de la permisión,” *RADA*, 2: 13, Buenos Aires, 1971; ARNANZ, RAFAEL A., *De la competencia administrativa*, Madrid, 1967, pp. 39-43; COMADIRA, JULIO R., *Procedimiento administrativo y denuncia de ilegitimidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 19, nota 31; *Acto administrativo municipal*, 1992, p. 24; COLOMBO CAMPBELL, JUAN, *La competencia*, Santiago, Chile, 1959, p. 176 y ss.; GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL M., “La competencia de los órganos administrativos,” *ED*, 49: 885, 1973; HUTCHINSON, TOMÁS, *La ley nacional de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 92 y ss.

<sup>21</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 191; ALESSI, *op. cit.*, p. 98; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. 2, p. 259. Otras diferencias en WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, París, 1963, p. 452; DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, p. 32 y ss.

establece que la competencia puede ser tanto de origen legal como reglamentario: “La competencia de los órganos administrativos será la que resulte, según los casos, de la Constitución Nacional, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia. Su ejercicio constituye una obligación de la autoridad o del órgano correspondiente y es improrrogable, a menos que la delegación o sustitución estuvieren expresamente autorizadas; la avocación será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario.” Por lo tanto, las normas generales emanadas del Poder Ejecutivo, como primer órgano de reglamentación de la ley, pueden a su vez servir de base para competencia delegada o desconcentrada, o de competencia para delegar.

Así p. ej. el art. 2° del decreto 1.759/72, reglamentario del decreto-ley 19.549/72 en el citado aspecto, autoriza a los ministros y a las autoridades superiores de los entes descentralizados a delegar sus facultades en órganos inferiores. El reglamento del decreto-ley opera así como norma general facultativa para que los ministros a su vez deleguen en órganos inferiores, facultad que también se extiende a las autoridades superiores de los entes descentralizados del Estado (entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado.) De cualquier manera, el principio general de la competencia sufre excepciones en los casos de avocación y delegación, a los cuales nos referiremos más adelante;<sup>22</sup> además, el tradicional principio de la inderogabilidad de la competencia no es aplicable, aun en su forma ya morigerada por el decreto-ley, sino cuando la competencia de que se trata ha sido otorgada en forma exclusiva al órgano. En efecto, pueden presentarse algunas variantes en cuanto a la forma en que el ordenamiento jurídico puede otorgar la competencia:

Puede la ley otorgar competencia alternativa a dos o más órganos, de modo que cualquiera de ellos pueda dictar los actos propios de esa competencia. Esto puede presentarse en forma incondicionada, esto es, no sujeta a condición alguna, de modo tal que cualquiera de los órganos puede en cualquier momento ejercer la competencia y habiéndola ejercido uno no la pueden ejercer ya en ese aspecto los otros; o puede presentarse en forma condicionada, o sea, que uno de los órganos ejerce normalmente la competencia, pero, dándose determinada condición, la pasa a ejercer el otro, como sería el caso de la suplencia.<sup>23</sup>

Tampoco es de aplicación estricta el principio de la inderogabilidad de la competencia cuando ella no es *originaria* sino *derivada*, esto es, cuando no ha nacido de una directa atribución *legal* de funciones al órgano, sino, p. ej. de una delegación hecha al inferior por el órgano superior titular originario de la misma: en este caso el superior puede en cualquier momento retomar para sí la competencia que había delegado en el inferior.

<sup>22</sup> También hay alguna jurisprudencia justificadamente oscilante, como explicamos en el t. 3, *El acto administrativo, op. cit.*, cap. IX, “Vicios de la voluntad,” § 5.3, “Actos que requieren autorización” y 5.4, “Actos que requieren aprobación;” cap. VIII, § 11, “Competencia en razón del grado.”

<sup>23</sup> ALESSI, *op. cit.*, p. 98; uniforme.

### 7. *Distinción entre competencia y ejercicio de la función*

No debe confundirse la *competencia* con la “aptitud de obrar” de los órganos administrativos, o con el “complejo de atribuciones otorgadas al órgano;”<sup>24</sup> en otros términos, la competencia no designa al conjunto de actividades que pueden imputarse a un órgano estatal, sino sólo el conjunto de actividades que el órgano puede legítimamente realizar. Diferenciamos así al *ejercicio de la función* como género y al *ejercicio de la competencia como especie*. Para que el acto sea *válido*, es necesario que además de ser realizado dentro de la función que corresponde al órgano, lo sea *dentro de la competencia del mismo*. La ley atribuye una función a un órgano y dispone que el ejercicio de la función sólo será legítimo cuando lo realice en su competencia: el que lo realice fuera de la competencia, pero dentro de la función, significa que el acto es irregular, *pero ello no quita que el acto sea estatal* y pueda acarrear la responsabilidad de la administración.

*La competencia condiciona la validez del acto, pero no su condición propia de acto estatal o no*; claro está, todo acto realizado dentro de una competencia es acto estatal, pero conviene no olvidar que no porque haya incompetencia el acto deja necesariamente de ser referible al Estado.

*La aptitud de obrar o ejercicio de la función* deriva, pues, de que se confiere al órgano una parte de la función administrativa y ello se aprecia de acuerdo con la “reconocibilidad externa” del acto o hecho; *la competencia* deriva de las limitaciones expresas o virtuales contenidas en el orden jurídico y regla *la licitud* del ejercicio de aquella función o aptitud de obrar.

#### 7.1. *La competencia y los “postulados de la permisión”*

Hay autores que amplían el concepto de competencia hasta hacerlo comprender lo que denominamos ejercicio de la función.<sup>25</sup> Parten para ello del principio de la libertad<sup>26</sup> o *capacidad* en el derecho privado y señalan que, por razones de unidad y sistematicidad de la ciencia,<sup>27</sup> corresponde extenderla a los órganos públicos. El principio de que todo lo no prohibido está permitido, valdría así tanto para la capacidad de las personas privadas, como para la competencia de los entes públicos y sus órganos, con una sola diferencia: la persona jurídica pública, su competencia y la de sus órganos no existen si las normas no lo establecen; pero

<sup>24</sup> Nos apartamos en ello de la doctrina corriente, que no las diferencia. Así SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 191; DIEZ, t. II, p. 29; ALESSI, *op. cit.*, p. 97; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 542. Comparar LINARES, *Poder discrecional administrativo, op. cit.*, p. 26, y *La competencia y los postulados de la permisión, op. cit.*, p. 15; GONZÁLEZ ARZAC, *op. cit.*, § 13 a 15.

<sup>25</sup> Ver nuestro *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1967, pp. 87-8; una primera diferencia es que la competencia generalmente se entiende como imputación de conducta lícita, mientras que el ejercicio de la función es imputación de conducta lícita o ilícita. Comparar LINARES, *Poder discrecional administrativo, op. cit.*, p. 26.

<sup>26</sup> COSSIO, CARLOS, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, 1964, pp. 488 y 677.

<sup>27</sup> LINARES, *La competencia y los postulados...*, *op. cit.*, p. 31; GONZÁLEZ ARZAC, *op. cit.*, § 13 y ss.

una vez creada dicha persona, ésta y sus órganos podrían hacer todo lo *no prohibido* dentro de sus respectivas competencias.<sup>28</sup> La competencia sería así una “órbita de acción,”<sup>29</sup> más amplia incluso que la capacidad del representante en el derecho privado, el cual dentro de una “órbita de especialidad,” o “esfera de la representación,” está facultado jurídicamente para hacer *todo lo no prohibido* jurídicamente.<sup>30</sup> En el caso del órgano público, entonces, se entendería por prohibido solamente lo que no constituye el campo de la especialidad del ente, o de la distribución de órbitas de acción en los distintos órganos.<sup>31</sup> Se asimilaría la finalidad u objeto para el cual el ente o el órgano han sido creados, con la competencia o capacidad del ente u órganos: en cuanto actúa dentro del campo de acción para el cual fue creado, actuaría con competencia, dentro del marco de la licitud.<sup>32</sup> En suma, para esta doctrina “competencia” sería sinónimo de “ejercicio de la función” y no estaría dada por normas expresas ni razonablemente implícitas que facultaran al órgano a actuar, sino por la existencia de un ente u órgano creado por una norma jurídica con una determinada finalidad, órbita de acción, etc.: todo lo que cae dentro de esa órbita es jurídico o lícito hacerlo.

### 7.2. Crítica de la asimilación de capacidad y competencia

Ahora bien, no obstante que el autor mencionado expresa que con ello encuentra un postulado de identidad para la capacidad y la competencia, nos parece que esto no es así en el derecho argentino. En efecto, el art. 36 del Código Civil, ya comentado, imputa a la persona jurídica privada como lícito solamente lo actuado dentro de los límites del “ministerio” de los “representantes legales” (competencia de los órganos), sin perjuicio de imputar como ilícito a los efectos de la responsabilidad, los daños causados por quienes las dirijan, en ejercicio o con ocasión de sus funciones (art. 43.)<sup>33</sup> En la tesis glosada se pretende justamente lo contrario: imputar al órgano público como *lícito* todo lo realizado dentro de su órbita de acción, objeto, finalidad, etc.

### 7.3. Indevida extensión de la competencia al principio de libertad

Así dada la noción pensamos que no sólo pierde utilidad para el derecho público sino que sienta un grave fundamento para luego permitir juridizar las intervenciones de los órganos públicos, cualquiera sea su contenido, con la sola necesidad

<sup>28</sup> LINARES, *op. ult. cit.*, p. 32.

<sup>29</sup> LINARES, *op. cit.*, pp. 26-7: “una órbita de acción o capacidad o competencia.”

<sup>30</sup> LINARES, *op. cit.*, pp. 25-6.

<sup>31</sup> LINARES, *op. cit.*, p. 26, § 23: “aquí también, aunque con más amplitud que en la representación de una persona real por otra, el órgano puede hacer todo lo no prohibido, entendiéndose por prohibido todo lo que no constituye el campo de la «especialidad» del ente, o el de la distribución de órbitas de acción (competencia) de los distintos órganos.”

<sup>32</sup> LINARES, *op. cit.*, pp. 29-31.

<sup>33</sup> Ampliar en nuestro t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, *op. cit.*, cap. XX, pp. 24 y 25.

de que su objeto sea congruente con lo que la norma le ha fijado: él es entonces competente, *ergo* con licitud para actuar.

Así, si un profesor universitario tiene por norma de competencia la de dictar cursos, puede no sólo dictarlos (competencia expresa) y organizarlos, ordenar los trabajos prácticos, fijar días y temas de prueba, calificar a los alumnos, etc. (competencia razonablemente implícita), sino que puede también atenerse al axioma ontológico de la libertad y hacer todo lo que no le esté prohibido dentro de su órbita de acción. ¿Podría así ordenar una cantidad arbitraria o desproporcionada de estudio?

La respuesta negativa la da el mismo LINARES en otras obras. ¿Podría actuar desviadamente o maliciosamente? La respuesta ha de ser también negativa, siempre que la desviación o mala fe pueda ser probada. ¿Puede preguntarle a un alumno su raza, religión o creencias, a los efectos de un caso práctico? No, porque lesiona los derechos constitucionales del alumno y los derechos humanos del Pacto de San José de Costa Rica y art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional. ¿Puede el profesor en un examen exigir puntos que no figuran en el programa, con el solo fundamento y requisito de que los primeros también corresponden temáticamente al objeto de la disciplina y por lo tanto a su órbita de acción como órgano? No, porque se trata de una facultad en ese aspecto reglada y no discrecional.

#### 7.4. Relaciones con otros principios de derecho público

Así se va advirtiendo que aplicar el postulado de la libertad para un órgano público contradice, entre otras cosas, la distinción entre facultad discrecional y reglada, que surge no de meras doctrinas, sino de la voluntad del Estado transmitida a través de los órganos que crean las normas *legales* de conducta. La competencia será parcialmente reglada (lo expresamente reglado y lo razonablemente implícito), o será parcialmente discrecional, pero no puede ser preponderantemente discrecional, con la sola limitación del objeto: que el órgano haga cualquier cosa, en cualquier lugar, respecto de cualquier persona, siempre que no le esté expresamente prohibido<sup>34</sup> y se atenga a la órbita de acción que la norma le ha fijado. El orden jurídico, por lo demás, al fijar los objetivos o fines que deben satisfacer los entes y órganos públicos, no ha tenido, evidentemente, una tal intención. Los fines u objetivos que las leyes señalan a los entes públicos son tan amplios y extensos que no habría prácticamente nada que ellos no pudieran hacer.

Dicho postulado de libertad para los órganos públicos significaría también la destrucción del postulado que propugna la misma doctrina para las personas

<sup>34</sup> Si se dijera que no se trata sólo de lo expresamente prohibido, sino tanto de lo expresa como lo implícitamente prohibido (el caso de la arbitrariedad, desviación de poder, etc.), entonces o no hay diferencia alguna entre esta postulación y la contraria, o se trata de una cuestión logomáquica. Véase, con todo, LINARES, *op. cit.*, p. 17 y nota 5.

privadas: pues si el órgano puede hacer todo lo no prohibido, dentro de un objeto autorizado, entonces puede fijar toda suerte de órdenes o prohibiciones a los particulares que se le crucen en el camino.

Frente a una permanente facultad discrecional de actuar de la administración y a un principio de libertad del órgano público, con más sus prerrogativas clásicas de supremacía sobre el particular, desaparecerían los derechos subjetivos de cualquier índole de los particulares.<sup>35</sup> Tendríamos que los individuos se encontrarían frente a una fórmula “prohibido todo lo que el órgano prohíba,” o “es debido todo lo que el órgano ordene,” conclusión a la cual pensamos no se estará fácilmente dispuesto a llegar.<sup>36</sup>

Debe ante todo lograrse la armonía entre los propios principios de derecho público y, recién a partir de allí, buscar si se encuentra o no una coherencia con el derecho privado, susceptible de eliminar nociones y categorías diferenciales. Mientras se mantenga la noción de derecho subjetivo de los particulares, la distinción entre facultades regladas y discrecionales de la administración, función legislativa y administrativa, etc., debe mantener su armonía propia sosteniendo un principio de competencia expresa o razonablemente implícita, pero no un principio de competencia equiparado a la libertad del sujeto privado. Esa libertad dejaría de existir frente al poder si se reconoce al órgano un principio similar al denominado axioma ontológico de la libertad.<sup>37</sup> Si la competencia es tan sólo uno de los elementos del acto administrativo y, por lo tanto, *uno* de sus requisitos de validez,<sup>38</sup> no tiene sentido elevar a uno de esos elementos a la categoría de criterio rector de la validez de *toda* la conducta administrativa.

## 8. Clasificación de la competencia<sup>39</sup>

### 8.1. Competencia en razón de la materia<sup>40</sup>

Se trata del contenido u objeto del acto, según que se refiera a uno u otro asunto administrativo: son las tareas o actividades que el órgano puede legítimamente realizar. El acto dictado puede estar viciado de incompetencia en razón de la materia en diversos casos:

<sup>35</sup> Pues en la contraposición entre un derecho genérico de mandar del órgano público, con la sola condición de actuar dentro de su “órbita de acción,” el particular destinatario de la orden se encontraría que no tiene derecho a exigir una conducta contraria del órgano.

<sup>36</sup> Parafraseamos así las agudas reflexiones de LAQUIS, MANUEL A.; SPERMAN, ARNOLD; GROISMAN, ENRIQUE y otros, “Sobre la teoría del derecho subjetivo,” publicado en la revista *Jurídica*, México, n° 4, julio de 1972.

<sup>37</sup> SCHEIBLER, GUILLERMO, “La aplicación del principio del artículo 19 de la Constitución Nacional al accionar de los órganos estatales o el germen del totalitarismo,” en RUSSO, EDUARDO A. (coord.), *Colección de Análisis Jurisprudencial - Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 94.

<sup>38</sup> Decreto-ley 19.549/72, art. 7°.

<sup>39</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 10 a 14; WALINE, *op. cit.*, p. 453 y ss.

<sup>40</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 12.

*Incompetencia respecto a materias legislativas*, cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que sólo pueden ser resueltas por el Congreso. Ejemplos: disposición de fondos sin autorización presupuestaria; otorgamiento de concesión de servicios públicos sin ley que la autorice, etc.

*Incompetencia respecto a materias judiciales*, cuando la administración adopta decisiones que sólo pueden ser tomadas por los órganos de la justicia, como p. ej. un acto que pretenda decidir un litigio entre partes con fuerza de verdad legal, esto es, con carácter definitivo.

*Incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos*, o sea, ejercicio por un órgano de atribuciones que corresponden a otros órganos de la administración pública. Este tipo de incompetencia puede también ser llamada incompetencia relativa, por oposición a los dos casos anteriores, en que se podría hablar de incompetencia absoluta.

### 8.2. Competencia en razón del territorio<sup>41</sup>

En razón del *territorio* es igualmente posible clasificar la competencia: tendríamos así, según la organización política de cada país competencias nacionales, provinciales y municipales; o federales, estatales y comunales, etc. Va de suyo que cuando un órgano tiene delimitada su competencia a determinada circunscripción territorial, no puede excederse de ella; la incompetencia sería en tal caso absoluta.

### 8.3. Competencia en razón del tiempo<sup>42</sup>

En razón del *tiempo* es también factible distinguir según que la competencia sea *permanente*, *temporaria* o *accidental*. La competencia es, por regla general, permanente, en cuanto el órgano de que se trata puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le han sido conferidas.

Pero en ciertos casos el ordenamiento jurídico otorga una facultad al órgano sólo por un lapso determinado, p. ej., cuando el Jefe de Gabinete debe presentar a la Comisión Bicameral Permanente un reglamento de necesidad y urgencia dentro de los diez días de suscripto o publicado (art. 99, inc. 3°): en tal caso la competencia del órgano se halla limitada en razón del tiempo en la forma indicada y es por ende una competencia temporaria. Lo mismo ocurre cuando el Poder Ejecutivo puede declarar el estado de sitio por ataque exterior, *estando en receso el Congreso*, etc.

A su vez, frente a la competencia permanente y a la competencia temporaria, que se caracterizan ambas porque están *regularmente* atribuidas a un órgano determinado, puede en ciertos casos encontrarse una competencia que en cuanto a su duración es puramente accidental e incluso fugaz: la persona que sorprende

<sup>41</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 13.

<sup>42</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 14.

a otra en la comisión de un delito, puede proceder a detenerla, erigiéndose en ese momento en órgano público y desempeñando accidentalmente una competencia que es propia de las fuerzas del orden, hasta tanto se haga presente el órgano policial respectivo, momento en el cual cesa automáticamente aquella competencia accidental.

Algo similar puede ocurrir en los cuerpos colegiados cuyos miembros actúan en calidad de tales solamente cuando el cuerpo se reúne.

#### 8.4. Competencia en razón del grado<sup>43</sup>

Por último, en razón del grado, cabe distinguir según que la competencia haya sido atribuida a los órganos máximos o haya sido distribuida en distintos órganos, diferenciados de los órganos superiores.

Como clasificación de la competencia en razón del grado, pues, puede hablarse fundamentalmente de competencia *centralizada*, *desconcentrada* y *descentralizada*.

Se dice que la competencia es *centralizada* cuando está conferida exclusivamente a los órganos centrales o superiores de un ente.

*Desconcentrada*, cuando se ha atribuido porciones de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal al que nos referimos.

*Descentralizada*, cuando la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de su personalidad jurídica propia y constituido por órganos propios que expresan la voluntad de ese ente. La diferencia fundamental entre la desconcentración y la descentralización estaría así dada por el otorgamiento de la personalidad jurídica, de individualidad propia, que faltaría en el primer caso y existiría en el segundo; en la desconcentración el que recibe la competencia es un órgano del mismo ente, en la descentralización, en cambio, el que recibe la competencia es un órgano de un ente distinto de aquel al que se resta la competencia. A su vez, dentro del ente descentralizado puede existir un cierto grado de centralización interna o puede en cambio existir también allí desconcentración.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Ampliar *infra*, t. 3, cap. VIII, § 11.

<sup>44</sup> La desconcentración es también llamada, por parte de la doctrina, “descentralización burocrática” queriendo con ello decirse que no es una plena descentralización, sino una descentralización por oficinas (del francés: *bureau*, oficina y de allí lo de “burocrática.”) A su vez la descentralización *stricto sensu* es también llamada, en esa terminología, “descentralización autárquica,” destacándose entonces que este tipo de descentralización es la que se refiere a la creación de los “entes autárquicos,” o sea los entes separados de la administración central y dotados de “autarquía” o capacidad de actuar por sí mismos y administrarse a sí mismos. Sin embargo, esta terminología tal vez no sea la más acertada, porque dentro del concepto de descentralización no sólo deben comprenderse los denominados “entes autárquicos” sino también otras formas tales como las “empresas del Estado” o “empresas nacionalizadas,” etc., con lo que resultaría que el calificativo “autárquica” para designar a tal descentralización resultaría impropio por restringido y limitado. Lo hemos explicado en *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, pp. 34-5.

9. *Delegación*<sup>45</sup>

La delegación de competencia es una decisión del órgano administrativo a quien legalmente aquélla le corresponde, por la cual transfiere el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior. Es importante diferenciar adecuadamente la delegación de la descentralización y de la desconcentración: en estas últimas hay una decisión legislativa por la cual, total o parcialmente, se quita la competencia al órgano superior y se la atribuye a un órgano inferior. Pero importa distinguir la delegación como acto formal, de la delegación informal y no escrita en la cual funcionarios de menor nivel jerárquico preparan las decisiones que habrán de firmar sus superiores: esta última es prevalente en la administración pública y muy frecuente en el ámbito judicial argentino.

La primera diferencia entre la delegación por un lado y la desconcentración y descentralización por el otro, está así dada por el *órgano* que decide la atribución de facultades al funcionario inferior: en la desconcentración y descentralización es por regla general *el Congreso*, en la delegación un *órgano administrativo* superior que ha sido autorizado al efecto por la ley, pero que retiene el poder de decisión de delegar o no.<sup>46</sup>

Una segunda diferencia es que en el caso de la desconcentración y descentralización, una vez que ellas han sido dispuestas, la competencia de que se trata pertenece exclusivamente al inferior y el superior *sólo tiene facultades de supervisión* propias del poder jerárquico o del control administrativo. En el caso de la delegación el órgano que recibe la competencia delegada es el que en el hecho va a ejercerla, pero no le pertenece a él sino al superior, que es el responsable de cómo se habrá de ejercer; de allí también que se halle unido por más fuertes lazos al superior. En la desconcentración, a su vez, la responsabilidad del superior por el modo en que se ejerce la competencia que le ha sido quitada, es limitada porque *se ha reducido también su poder de control*.

Cuando se trata de competencia delegada, el órgano superior puede siempre y en cualquier momento retomar la competencia que él ha conferido al órgano inferior y atribuírsela a otro órgano o ejercerla él mismo; en el caso de la competencia descentralizada o desconcentrada el superior sólo tiene facultades de supervisión propias del poder jerárquico o del contralor administrativo: dirección, revisión de los actos del inferior, etc. y no puede reasumir la competencia que ahora pertenece al órgano inferior. Así las diferencias más estructurales: la descentralización y desconcentración implican una nueva repartición, permanente y definitiva, de competencias;<sup>47</sup> el acto de descentralización o desconcentración tiene así un valor constitutivo y representa una forma de organización

<sup>45</sup> La delegación existe en los tres poderes del Estado, como explicamos en nuestras glosas a NIETO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, op. cit., pp. 86-91.

<sup>46</sup> Comp. FAZIO, GUISEPPE, *La delega amministrativa e i rapporti di delegazione*, Milán, Giuffrè, 1964, p. 32 y ss.

<sup>47</sup> Ver el t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., cap. XX, p. 25.

administrativa, un tipo de estructura estatal.<sup>48</sup> Como dice TREVIJANO FOS,<sup>49</sup> “la descentralización es permanente y constitutiva, general, abstracta y normal, mientras que la delegación es una técnica organizativa de carácter transitorio y para competencias determinadas.”

La descentralización y desconcentración operan a través de actos normativos generales y abstractos, que crean competencias estables y definidas<sup>50</sup> y las atribuyen en forma determinada a ciertos órganos que serán los titulares de la función respectiva y, por ende, los responsables de su ejercicio. Por último, la descentralización y desconcentración significan un ordenamiento obligatorio de la jerarquía y funciones administrativas: cada órgano o ente que recibe la competencia desconcentrada o descentralizada es el que debe ejercerla y bajo su propia responsabilidad, por encargo de la ley; ello, sin perjuicio de la eventual admisibilidad de ulteriores delegaciones.

En la delegación, en cambio, no se opera una modificación en la *estructura* administrativa, sino sólo en su dinámica. La delegación es nada más que un medio jurídico, concreto e individual, ofrecido al órgano a quien le compete una función determinada, de poder desgravarse temporalmente del peso del ejercicio de esa competencia propia.<sup>51</sup> La delegación no puede implicar renunciar definitivamente a la competencia; tampoco desentenderse de la responsabilidad originaria que el órgano titular de la competencia tiene respecto a la forma en que ella se ejercita. La delegación no significa así una determinación de nuevas estructuras de competencia; el acto de delegación interviene en el ámbito de un ordenamiento o estructura de competencias ya establecido y no lo modifica en modo alguno estructuralmente: es sólo en la dinámica de la actuación administrativa que produce sus efectos.

En conclusión: mientras que la descentralización y la desconcentración son tipos de estructura estatal, la delegación es un tipo de dinámica estatal. Por ello, no habría dificultad alguna en combinar ambas formas: es así hipotéticamente posible que tanto si la competencia está *centralizada* en un órgano supremo, como *desconcentrada* en órganos dependientes de la administración central, como *descentralizada* en entes autárquicos con individualidad propia, el órgano que en cada caso sea titular, *delegue* el ejercicio de esa competencia, no su titularidad, en sus órganos inferiores. De tal modo, puede existir conjuntamente en determinado órgano una suma de competencias desconcentradas y delegadas, que se regirán por principios diversos; también, desde luego, puede existir mera delegación en órganos que no tienen competencia por desconcentración o de otro modo: como se advierte, las posibles combinaciones son variadas.

<sup>48</sup> Ampliar en FRANCHINI, FLAMINIO, *La delegazione amministrativa*, Milán, 1950, p. 28 y ss.

<sup>49</sup> *Op. cit.*, p. 200; ver también FRANCHINI, *op. cit.*, pp. 28-9 y nuestro art. “Descentralización y delegación de autoridad,” *RAP*, 3/4: 28, Buenos Aires, 1962.

<sup>50</sup> FRANCHINI, *op. cit.*, p. 29.

<sup>51</sup> FRANCHINI, *op. loc. cit.*

Análogamente, también pueden coexistir competencias desconcentradas y delegadas en *distintos órganos*, tanto en la administración central como descentralizada: o pueden darse simultáneamente la desconcentración y la delegación en un mismo órgano, sea en la administración central o descentralizada.

### 10. *Admisibilidad y caracteres de la delegación*

La interpretación técnica preexistente al decreto-ley 19.549/72 era controvertida en doctrina, en cuanto a si un órgano requería previa autorización legal para poder delegar sus propias atribuciones. El art. 3º del decreto-ley resuelve este punto señalando que la delegación procede cuando esté expresamente autorizada; a su vez, atento que, según vimos, la competencia puede surgir de reglamentos, se concluye que un *reglamento* administrativo puede autorizar a órganos inferiores a delegar sus atribuciones. Es lo que ha hecho el ya comentado art. 2º del reglamento del decreto-ley 19.549/72.

Una vez dictada la norma legal o reglamentaria que autoriza a delegar, la decisión concreta de delegar o no y a quién hacerlo, corresponde al órgano titular de la competencia de cuya delegación se trata. El decide cuándo, cómo y a quién delegar, dentro de los límites que le haya podido fijar la norma general pertinente.

#### 10.1. *Revocación de la delegación de competencia*

Del mismo modo, el órgano delegante puede en cualquier momento retomar el ejercicio de la facultad delegada, pues como vimos se trata de una facultad propia y no del inferior. La interpretación de esta facultad de revocar la delegación debe, pues, ser amplia.

#### 10.2. *Relaciones del delegante y el delegado*

El poder jerárquico del delegante sobre el delegado es amplio, e incluye no sólo la atribución de expedirle instrucciones sobre el modo de ejercer las atribuciones, sino también de darle órdenes concretas para resolver un caso específico de una u otra manera. Esto es así precisamente por tratarse, según vimos, de competencia propia.

#### 10.3. *Responsabilidad del delegante y del delegado*

El delegado es enteramente responsable por el modo en que ejerce la facultad delegada; también lo es en principio el delegante,<sup>52</sup> aunque podría quizás apuntarse

<sup>52</sup>Ver nuestro proyecto de 1964, en *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, 2ª ed., arts. 23, 24, 45 y 47. Comp. Bolivia, art. 7º, inc. II: "El delegante y el delegado serán responsables solidarios por el resultado y desempeño de las funciones, deberes y atribuciones emergentes del ejercicio de la delegación;" Perú, art. 68: "El delegante tendrá siempre la obligación de vigilar la gestión del delegado, y podrá ser responsable con éste por culpa en la vigilancia."

una posible distinción y limitarla a la responsabilidad *in eligendo* e *in vigilando*. Ello, salvo que el delegado haya actuado por instrucciones escritas u órdenes verbales del delegante, caso en el cual la responsabilidad de éste es plena.

#### 10.4. *Contralor por el delegante*

El delegante, además de instruir en general la acción del delegado y de expedirle órdenes concretas, puede también revocar los actos que éste dicte, de oficio o a petición de parte, sea por razones de legitimidad o de oportunidad; o avocarse a la materia que le delegó. Desde luego, dichas facultades se hallan limitadas por la estabilidad de los derechos de terceros, de acuerdo con los principios contenidos en los arts. 17 y 18 del decreto-ley 19.549/72: tales actos no pueden ser revocados, modificados ni suspendidos en contravención a tales normas, tampoco cabe, respecto de ellos, una avocación de tales alcances.

#### 10.5. *La subdelegación*

Como regla general, no se admite la subdelegación de una potestad delegada;<sup>53</sup> nuestra Corte Suprema se las ingenió para adoptar la posición opuesta.<sup>54</sup> Ya la delegación en sí misma debe ser interpretada restrictivamente por ser una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia. En verdad, para poder admitir la validez de la subdelegación es necesario que la norma que autoriza la delegación o el acto concreto del delegante prevea *expresamente* que el delegado puede, a su turno, subdelegar la competencia en sus propios órganos inferiore. Sin previsión expresa que lo autorice, la subdelegación sería inválida.

### 11. *La avocación*

La avocación es el proceso inverso de la delegación, o sea, que el superior ejerza competencia que corresponde al inferior. Al igual que respecto a la delegación, se sostiene de la avocación que no es legítima salvo que la ley la haya autorizado expresamente.<sup>55</sup>

En la práctica tampoco es frecuente su aparición, dado que existen otros medios más directos de obtener el mismo resultado: basta a veces que el superior indique informalmente al inferior cuál es la solución que él consideraría adecuada, para que éste la adopte, con lo cual el superior obtiene la decisión deseada sin

<sup>53</sup> Bolivia, art. 7º, inc. III ap. d); Perú, art. 67, inc. 2 *in fine*.

<sup>54</sup> *Fallos*, 311-2: 2339, *Verónica S.R.L.*, 1988; *Fallos*, 311-2: 2453, *Cerámica San Lorenzo I.C.S.A.*, 1988.

<sup>55</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. 2, p. 261 y ss. En contra, SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 223; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. I, p. 549. El decreto-ley 19.549/72 ha creado una suerte de autorización genérica para la avocación, con excepción de los casos en que la competencia del inferior es expresa o implícitamente exclusiva, o se trata de un ente descentralizado, en especial un organismo de control de los contemplados en el art. 42 de la Constitución. Ver *infra*, cap. XV y t. 4, cap. XI.

necesidad de intentar avocarse formalmente él mismo a lo que era competencia directa del inferior.

Por otra parte, dado que usualmente se reconoce al órgano superior la facultad de revisar, de oficio o a petición de las partes interesadas (cuando éstas interponen los recursos pertinentes) el acto producido por el inferior y eventualmente revocarlo o modificarlo, bien se advierte que la importancia práctica de la avocación queda minimizada ya que aunque el órgano inferior no adopte la decisión querida por el superior, éste puede de todos modos reformarla posteriormente, obteniendo así el mismo resultado que si hubiera actuado directamente por avocación.

La avocación no procede respecto de los actos de los entes descentralizados, porque violenta su misma razón de ser. Además, la avocación presupone una relación de jerarquía que no existe entre los órganos de la administración central y los entes descentralizados. El control de tutela administrativa que ejercen aquellos, reducido únicamente a cuestiones de legitimidad, no puede ser suficiente para admitir la avocación a las competencias transferidas por descentralización.

### 11.1. Comparación general con la delegación

Ya vimos que la avocación, a diferencia de la delegación, consiste en un acto concreto por el cual el superior asume la decisión de una cuestión que corresponde a la competencia del inferior. Así, mientras la delegación supone normalmente el traspaso genérico al inferior del ejercicio de una determinada facultad para resolver situaciones similares, la avocación implica tomar *una sola decisión* del inferior.

En otras palabras, cada acto de competencia del inferior que decide *per se* el superior constituye una nueva y distinta avocación, mientras que cada acto que el delegado ejerce en virtud de la delegación no importa una nueva delegación sino la continuación del ejercicio de la misma ya otorgada anteriormente.

Ambas tienen su ámbito natural de aplicación dentro de una misma organización jerárquica: la administración central o descentralizada. No es regular la delegación o avocación de la administración central respecto de un ente descentralizado.

Así, la delegación tiene efectos continuos hasta tanto sea revocada; la avocación en cambio se agota en cada acto concreto en el cual el superior asume una competencia del inferior para resolver determinado caso o situación; una avocación genérica implicaría ya la revocación tácita de la delegación, o incluso una intervención *de facto* al órgano desconcentrado, si éste es el caso.

En la delegación, la competencia es primordialmente del *superior*; en la avocación, la competencia es primordialmente del *inferior*; por ello la primera se ha de interpretar más ampliamente en cuanto a las atribuciones del delegante (para dar instrucciones, órdenes, revocar actos, etc.), que la avocación, en cuanto

a las atribuciones del órgano que se avoca. La procedencia de esta última debiera ser más excepcional y el acto dictado en su consecuencia debiera, a su vez, tener un mayor control de legitimidad y oportunidad, que el acto del delegante que retoma la competencia anteriormente delegada. Por lo demás, en la avocación el inferior queda liberado de toda responsabilidad, porque la decisión no la toma él sino el superior.

### 11.2. *Procedencia de la avocación*

De acuerdo con la última parte del art. 3º, la avocación “será procedente a menos que una norma expresa disponga lo contrario.” Por las razones expuestas esto debe interpretarse restrictivamente; el art. debe leerse con la aclaración que ya hemos introducido al principio de la competencia, cuando señalamos que ella podía surgir de una norma expresa “o razonablemente implícita.” Del mismo modo, entonces, la disposición ha de entenderse en el sentido de que la avocación procede a menos que una norma expresa o *razonablemente implícita* disponga lo contrario. Esto último puede ocurrir cuando la atribución de funciones al inferior ha estado fundada en razones de especialización técnica, mayor imparcialidad, u otros motivos que hagan razonable entender que la intención del legislador fue que esa atribución fuera ejercida primordialmente por el inferior y no, en realidad, por un superior que en cualquier momento decidiera avocarse al conocimiento y decisión de un asunto de la competencia del inferior.<sup>56</sup> Por la misma índole de razones, la avocación no procede respecto de competencias descentralizadas, esto es, de actos de entes autárquicos, empresas del Estado, sociedades del Estado, etc. Mucho menos, desde luego, respecto de los entes o autoridades administrativas o judiciales autónomas, como el Defensor del Pueblo, el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura,<sup>57</sup> los entes reguladores independientes previstos en el art. 42 de la Constitución, etc. El art. 97 del reglamento señala que en el caso de los entes autárquicos creados por el Congreso “en ejercicio de sus facultades constitucionales,”<sup>58</sup> el recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo procede solamente por motivos de legitimidad; en

<sup>56</sup> Comp. GONZÁLEZ ARZAC, “La competencia de los órganos administrativos,” *op. cit.*, § 7.

<sup>57</sup> Aunque, como es sabido, la modificación legal pero inconstitucional de su composición ha otorgado en los últimos años neta predominancia al poder político en él, al punto de tener quorum propio, con lo cual ya no tiene la independencia constitucionalmente requerida, hasta que la CSJN declare la inconstitucionalidad de la ley y se establezca una composición que evite el control político sobre él. Esto es una materia ya común de todos los diarios y periódicos, de público y notorio conocimiento. Todo ello es parte de un proyecto político que hemos explicado en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), *Serie de Estudios*.

<sup>58</sup> Fraseología derivada de la tesis acerca de una supuesta limitación constitucional, en ninguna parte escrita, a las facultades del Congreso; éste ha reiterado en las leyes 25.152 y 25.565 que le está prohibido al Poder Ejecutivo crearlas. Sólo el Congreso puede hacerlo. Ampliar *infra*, cap. XIV, § 2.

el caso de la empresas o sociedades de propiedad del Estado, el recurso tampoco procederá contra actos inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad en cuestión.<sup>59</sup> Este principio reitera el criterio de la menor atribución del Poder Ejecutivo tratándose de control sobre entes descentralizados y, en especial, de autoridades administrativas independientes. Esta es la solución que a nuestro juicio se desprende del art. 3º del decreto-ley; pero la reglamentación limita aún más la procedencia de la avocación y dispone que “Los Ministros, Secretarios de Presidencia de la Nación y órganos directivos de entes descentralizados podrán [...] avocarse al conocimiento y decisión de un asunto *a menos que una norma jurídica hubiere atribuido competencia exclusiva al inferior*.”<sup>60</sup> Así la avocación no procede respecto de atribuciones desconcentradas, *salvo para el Presidente* (obsérvese que la norma habla de “los *Ministros*, Secretarios de Presidencia de la Nación y órganos directivos”); la desconcentración es un caso de otorgamiento de “competencia exclusiva al inferior” incluido en la última parte del art. 2º del decreto reglamentario.<sup>61</sup> Por ello, la avocación procede respecto de competencias *desconcentradas* dentro del ámbito de una misma persona jurídica estatal, pero no es procedente respecto de competencias *descentralizadas*, sin perjuicio de que las autoridades superiores del ente se avoquen a la decisión de asuntos pertinentes a competencias desconcentradas dentro del propio ente.

### 11.3. Conclusiones comparativas

De lo que antecede resulta: *a)* La delegación debe estar *autorizada* previamente por una ley o reglamento; se efectúa por un reglamento o un acto administrativo. El delegado puede recién entonces ejercer la facultad expresamente delegada; *b)* La avocación procede aunque no haya norma expresa que la autorice y salvo que una norma legal o reglamentaria —en forma expresa o razonablemente implícita— la excluya; *c)* La avocación procede respecto de facultades que son *propias del inferior* por desconcentración, mientras que la delegación procede respecto de facultades *propias del superior*; *d)* Consecuentemente, es mayor la atribución del superior en el caso de la delegación que en el caso de la avocación, tanto para dar instrucciones generales, como para revocar los actos del inferior o dictar actos nuevos. En tal caso de las órdenes concretas, ellas proceden en la delegación pero no en la desconcentración, sin perjuicio de la facultad del superior de revocar los actos del inferior cuando ellos son impugnados por los interesados; *e)* La responsabilidad del delegado coexiste con la del delegante, sin perjuicio de que se pueda interpretar en forma restringida la responsabilidad del último; la responsabilidad del inferior, en cambio, desaparece en el caso de la

<sup>59</sup> Art. 4º del decreto 1.883/91, modificatorio del decreto 1.759/72.

<sup>60</sup> Art. 2º del decreto 1.759/72, según modificación del decreto 1.883/91.

<sup>61</sup> Esta solución, con todo, es reglamentaria y no legal, pudiendo sufrir más fácilmente modificaciones. Ver también GONZÁLEZ ARZAC, *op. cit.*, § 7.

avocación,<sup>62</sup> pues en tal situación el acto es dictado directamente por el superior, quien asume plena y exclusiva responsabilidad; f) La avocación puede proceder respecto de facultades desconcentradas, de acuerdo al decreto-ley, salvo que una norma la excluya. En el decreto 1.759/72 *se excluye* la avocación en forma general y expresa respecto de toda atribución otorgada en forma exclusiva al inferior, fórmula dentro de la cual queda comprendida la desconcentración. Solamente el Poder Ejecutivo mismo queda *prima facie* autorizado a avocarse, pero tal caso tendrá aun la limitación de que una norma en forma expresa o implícita no haya otorgado competencia *exclusiva* al inferior.

### 12. La jerarquía

La jerarquía es una relación jurídica administrativa interna, que vincula entre sí a los órganos de la administración mediante poderes de subordinación, para asegurar unidad en la acción.<sup>63</sup> La primera característica de la jerarquía es que se trata de una relación entre órganos internos de un mismo ente administrativo y no entre distintos *sujetos* administrativos; se distingue así pues el poder jerárquico del *control administrativo* (también llamado “tutela administrativa”),<sup>64</sup> en que este último se da entre *sujetos* de la administración, mientras que aquél se da entre órganos de un mismo sujeto. De este modo el “poder jerárquico” funciona cuando hay *centralización, desconcentración o delegación* y el “control administrativo” únicamente cuando existe *descentralización*.

La relación jerárquica existe siempre que a) haya superioridad de grado en la línea de competencia y al mismo tiempo, b) igual competencia en razón de la materia entre el *órgano* superior y el inferior; cumplidos esos dos requisitos, está dada la relación jerárquica. Esta es la clásica organización administrativa “lineal,” con una dirección en estricta línea jerárquica directa; en cambio, modernamente se propugna el sistema de “doble o múltiple comando,” en el cual se admite la relación de jerarquía, a efectos de dar órdenes a los inferiores, no sólo por parte de los superiores jerárquicos directos que tienen igual competencia en razón de la materia, sino también por parte de otros superiores jerárquicos, siempre, desde luego, que las órdenes se refieran a las tareas propias del inferior. Con todo, pareciera que este sistema no puede entenderse en funcionamiento a menos que una norma administrativa (no necesariamente *legal*) lo instituya. La relación jerárquica, de todos modos, no existe con referencia a un ente descentralizado: el ente descentralizado no está sometido a la jerarquía de la administración central, sino al contralor administrativo. Tradicionalmente este contralor lo podía ejercer sólo el Poder Ejecutivo, no los Ministros, pero en la actualidad se ha extendido o, mejor dicho, delegado la competencia en estos

<sup>62</sup> Lo establece así —en forma expresa— p. ej., Bolivia, art. 9, inc. II).

<sup>63</sup> Ver SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, t. I, p. 214 y ss.; TREVIJANO FOS, *op. cit.*, p. 208 y ss.

<sup>64</sup> Así ORTIZ, EDUARDO, “La tutela administrativa,” en *Revista de Ciencias Jurídicas*, 6: 195 (San José, Costa Rica, 1965.)

últimos, p. ej. para decidir recursos de alzada.<sup>65</sup> Esa revisión puede hacerse solamente por motivos de legitimidad, no de oportunidad.<sup>66</sup> Al mismo tiempo, el contralor administrativo sobre los entes descentralizados no incluye, a partir de la reforma constitucional de 1994, la posibilidad de reglamentarles su actividad a menos que exista una delegación legal expresa y transitoria que satisfaga los nuevos requerimientos constitucionales.

Por tratarse de una relación entre *órganos* (los cuales a su vez están referidos a un conjunto de competencias), la jerarquía no coincide necesariamente con la posición escalafonaria del funcionario, pues puede ocurrir que un funcionario de categoría inferior cubra temporalmente un órgano que a su vez tiene jerarquía sobre otros funcionarios de igual o superior categoría al primero, caso en el cual existiría subordinación jerárquica de éstos hacia aquél, a pesar de su superioridad escalafonaria.<sup>67</sup>

La jerarquía es un poder que se da de manera total y constante, es de principio y existe siempre aunque ninguna norma lo establezca expresamente; está dado *jure proprio* como una característica natural a todo órgano administrativo.<sup>68</sup> El control administrativo, en cambio, es de excepción y sólo existe en la medida en que la ley lo establezca expresamente.

Mientras que el poder jerárquico abarca la totalidad de la actividad del inferior, el control administrativo del Poder Ejecutivo sobre los entes descentralizados sólo abarca parte de su actividad. Esta diferencia se manifiesta, p. ej., en que el poder jerárquico permite controlar tanto la *legitimidad* (conformación con el ordenamiento jurídico) como la *oportunidad* (conveniencia, mérito) de la actuación del inferior: el contralor administrativo permite revisar únicamente la *legitimidad* de la acción del ente descentralizado,<sup>69</sup> en los casos de empresas o sociedades el control de sus actos se limita a los que no sean inherentes a la actividad privada que desarrollen.<sup>70</sup>

Como consecuencia de lo anterior, ha podido también sostenerse que en caso de duda debe presumirse que el superior jerárquico *tiene* facultades sobre el órgano inferior; en el caso del control administrativo, en cambio, en caso de duda *no se presume* la atribución del sujeto controlante.

En la relación jerárquica existe siempre, salvo que una norma expresa disponga lo contrario, la posibilidad de recurrir contra los actos del inferior ante el superior, mediante el llamado —precisamente— “recurso *jerárquico*,” en la

<sup>65</sup> Ampliar t. 4, *El procedimiento administrativo, op. cit.*, cap. XI.

<sup>66</sup> Ver, PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO, “Descentralización administrativa y «descentralización constitucional»,” *JA* 2005-II, 862.

<sup>67</sup> TREVIJANO FOS, *op. cit.*, p. 218.

<sup>68</sup> Sobre las derivaciones del poder jerárquico, ver MONTI, LAURA, “La jerarquía y la competencia como principios de la organización administrativa,” en *Organización Administrativa, Función Pública y Dominio Público*, Jornadas de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2005, p. 115.

<sup>69</sup> Ampliar *infra*, t. 4, cap. XI, § 5, “Elección de la vía judicial o administrativa.”

<sup>70</sup> Art. 4º, decreto 1883/91.

relación de control administrativo, en cambio, la posibilidad de recurrir está más limitada y dado que no existe propiamente relación de jerarquía, el recurso se denomina “recurso de alzada,” que es de alcance más reducido.<sup>71</sup>

La avocación procede sobre los actos de los órganos desconcentrados, no sobre los actos de los entes descentralizados; por supuesto, si bien de hecho ocurre a veces en la práctica, parece irrazonable que la administración central pretenda ejercer “avocación” respecto de competencias concretas de un ente de control de los contemplados en el art. 42 de la Constitución nacional.

La facultad de *intervenir* al inferior se da con mayor amplitud (en cuanto a su procedencia, duración y facultades del interventor) en la jerarquía que en el control administrativo<sup>72</sup> y, desde luego, no existe por parte del Poder Ejecutivo respecto de ninguna las autoridades administrativas independientes, incluidos los entes del art. 42.<sup>73</sup>

### 13. Principales órganos de la administración central

#### 13.1. El Presidente de la Nación

*La formación y expresión de la voluntad.* El Presidente de la Nación es sin duda el funcionario más importante de la administración nacional, a menos que se repita el nunca antes de ahora visto fenómeno del desempeño matrimonial del poder ejecutivo.<sup>74</sup> En todo caso, dejando de lado esta situación atípica, el Presidente es quien de acuerdo con la Constitución expresa la voluntad del Poder Ejecutivo, frente a los demás sujetos de derecho, por intermedio de decretos que deben ser refrendados por los respectivos ministros del ramo, requisito sin el cual sus actos carecen de eficacia. En el siglo XXI la Argentina ha pasado por varios períodos de desdibujamiento constitucional. Cada uno pareció la excepción a la normalidad, pero en conjunto quizás apuntan a una tendencia. Lo primero fue la caída del gobierno constitucional en el año 2001 y su sustitución por una seguidilla de presidentes nombrados por el Congreso para llamar a elecciones, pues el vicepresidente había renunciado previamente. Hubo varios presidentes en pocos días, en esos primeros días inmediatos a la caída. Luego asumió Duhalde, que designó de oficio y sin internas candidato presidencial a Kirchner, quien ganó luego las elecciones con un 22% de los votos y procedió, al finalizar

<sup>71</sup> Sobre estos aspectos, ampliar *infra*, t. 4, caps. X y XI.

<sup>72</sup> Comp. las normas de nuestro proyecto de código administrativo, en *Introducción al derecho administrativo*, op. cit., 2ª ed., pp. 223-7.

<sup>73</sup> Ver CNFed. CA, Sala V, *Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios y Acción comunitaria*, LL, 1995-E, 519, con nota “La legitimación en el amparo. Asociaciones, cooperativas, derechos de incidencia colectiva,” LL, 1995-E, 516, reproducida en GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 18, p. 67.

<sup>74</sup> Ya es un hecho público y notorio, que los mismos cónyuges admiten en público, de múltiples maneras, y que los analistas políticos no han podido dejar de señalar. Algunas de estas opiniones han sido recogidas en VALENTE, MARCELA, “Two drivers at the wheel?” *Buenos Aires Herald*, 23 de Febrero de 2009, p. 2.

su mandato, a designar a su propia esposa como candidata presidencial. Ella a su vez ganó cómodamente las elecciones, con un discurso de normalización institucional que a todos sonó convincente. Sin embargo no sólo no se produjo la normalización institucional sino que se dió el hecho también inédito en la historia de que ejercieran la presidencia en forma conjunta, o incluso que ella asumiera un rol protocolar y el verdadero titular del Poder Ejecutivo pasara a ser, en todos los indicios públicos, el anterior presidente electo. Lo cual también es un hecho ya público y notorio a estas alturas, que termina quebrando el proyecto de reelección indefinida. Ya no hace falta preguntarse si él podría o no ser candidato constitucional por un nuevo mandato, pues de hecho ya habría ejercido dos, y ella sí puede pues de hecho no habría ejercido ninguno, o en todo caso solamente uno. Pero, puedan o no estas especulaciones de la prensa diaria tener algún sustento fáctico, lo cierto es que ha cambiado la realidad política en otro sentido muy diverso. Ha comenzado a faltarle a dicho proyecto político uno de los elementos primarios, que es que los votos le alcancen para ser electos, uno u otro. Con una aprobación constante del orden de menos del 30% y en algunos lugares una reprobación de más del 75%, es evidente que ya esa alternativa electoral ha quedado truncada para ambos integrantes de lo que los diarios llaman el matrimonio presidencial, y por ello es que comienzan a lanzar su sombrero al ruedo diversos potenciales candidatos para el año 2001. La primera década del siglo XXI, pues, ha sido rica en experiencias inéditas en la historia argentina en cuanto a la figura presidencial. Ya hemos dicho en su lugar que el presidencialismo ha quedado a nuestro juicio agotado y que deben intentarse formas de gobierno parlamentario.<sup>75</sup> Todo este conjunto de hechos lo estaría demostrando más que suficientemente, pero sin embargo los partidos políticos y los candidatos sólo aspiran a ocupar el mismo poder de siempre, prefieren no tener nada de poder, antes que compartir con la sociedad un proyecto político que termine para siempre con las hegemonías. Ningún candidato o precandidato lo ha hecho saber a la sociedad.

### 13.2. *El Jefe de Gabinete*

La Constitución de 1994 quiso limitar el centralismo del Poder Ejecutivo argentino y para ello optó por crear la figura del Jefe de Gabinete, con supuesta mayor responsabilidad parlamentaria y supuesta mayor autonomía. Nada de eso ocurrió en la práctica.

El Jefe de Gabinete no será un organismo de control si lo designa y remueve un Poder Ejecutivo cuyo partido gobernante tenga mayoría de votos asegurada en el Congreso. Incluso careciendo de ella, con todo, no ha nacido entre nosotros

<sup>75</sup>Nos remitimos nuevamente a “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102.

interés por una alternativa distinta de manejo del poder.<sup>76</sup> Sin embargo, en tanto división real del poder, puede al menos en teoría dar lugar a una bipartición de funciones como la que a veces ocurre entre ministros “fuertes” y el Presidente de la Nación. No ha sido ése el caso en la experiencia de estos primeros años. Si se diera el caso de un Presidente que carezca de mayoría parlamentaria, es posible que dada la responsabilidad política del Jefe de Gabinete el Poder Ejecutivo deba negociar su designación, pero nuestra tradicional tendencia hegemónica parece transformarlo en algo inalcanzable. En tal hipotético caso la situación se aproximaría a la distinción francesa entre Presidente y Primer Ministro y consiguiente “cohabitación” cuando ambos responden a diferentes partidos. O también puede darse, siempre en teoría y ahora a la europea, un gobierno de coalición, cediendo el Presidente algunos cargos ministeriales al partido que haya de acompañarlo en su gestión, para contar con apoyo legislativo. Ello, en cuanto de hecho existirá entonces una división de competencias en lugar de una cuasi relación jerárquica entre el Presidente y el Jefe de Gabinete. Pero es imposible saber si esto llegará a ocurrir o no.<sup>77</sup> Todo indica más bien que no, nuestra práctica política no lo permite avizorar.

*Informes al Parlamento.* El art. 101 de la Constitución nacional establece la obligación del Jefe de Gabinete de concurrir cada mes alternativamente a cada una de las cámaras a informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de la preexistente facultad de interpelación a todos los ministros conforme al art. 71.

*Voto de censura al Jefe de Gabinete.* El mismo art. 101 faculta al Congreso a remover al Jefe de Gabinete por un voto de censura con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Ver, entre otros, COMADIRA, “Jefatura de Gabinete de Ministros,” *RAP*, 234: 33 y ss.; MERTEHKIAN, EDUARDO, “El Jefe de Gabinete,” en el libro *El derecho administrativo, hoy, op. cit.*, p. 147 y ss.; COMADIRA, JULIO RODOLFO y CANDA, FABIÁN OMAR, “Administración general del país y delegaciones administrativas en la reforma constitucional,” *ED*, 163: 880; MATA, ISMAEL, “El Jefe de Gabinete en la organización administrativa,” en el libro *Homenaje... op. cit.*, cap. II; MARTÍNEZ, PATRICIA RAQUEL, “El Poder Ejecutivo y Jefe de Gabinete y demás Ministros,” en la obra *La reforma constitucional interpretada*, Depalma, 1995, p. 439 y ss.; GARCÍA LEMA, ALBERTO M., “La jefatura de gabinete de ministros en el proyecto de ley de ministerios,” *LL*, 1995-E, 1241; GARCÍA LEMA, ALBERTO M. y MARTINO, ANTONIO, “¿Atenuación o flexibilización del presidencialismo? La jefatura de gabinete ante nuevos escenarios políticos, comparada con la propuesta de Sartori,” *ED*, 180: 927; FANELLI EVANS, “El Jefe de Gabinete y demás Ministros del Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional,” *LL*, 1994-E, 1007; LOZANO, LUIS FRANCISCO, “El Jefe de Gabinete,” *LL*, 1995-D, 1465; SCHAFRIK, FABIAN HAYDÉE y BARRAZA, JAVIER INDALECIO, “El Jefe de Gabinete de Ministros y su relación con los demás Ministros Secretarios,” *Revista de derecho administrativo*, año 8, 21/23: 253.

<sup>77</sup> Por nuestra parte, adherimos a aquellos que piensan que necesitamos un gobierno parlamentario, no un presidente fuerte. Ver “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), *Serie de Estudios*.

<sup>78</sup> Va de suyo que una vez removido el Presidente debe designar a otro en el cargo, sea en forma permanente o transitoria y que también éste puede ser removido: no existe ninguna limitación constitucional al efecto, ni siquiera la necesidad de expresión de causa suficiente y adecuada.

### 13.3. *Ministros y Secretarios de Estado*

Los Secretarios de Estado “firman” los decretos del Poder Ejecutivo, pero sólo el Ministro respectivo los “refrenda,” por lo cual un Decreto que no tuviera firma del Secretario, pero sí el refrendo ministerial, sería válido. Los Secretarios no tienen jerarquía ministerial ni podrían tenerla: son inferiores jerárquicos del Ministro respectivo. Con todo, la orientación administrativa prefirió reconocerles tal “jerarquía ministerial.”<sup>79</sup> En base a tal supuesta falta de relación jerárquica entre el Ministro y el Secretario es que se ha entendido, p. ej., que la tramitación de un recurso jerárquico por el que se impugna un acto del Secretario debía efectuarse ante este mismo y no ante el Ministerio respectivo, con violación entonces no sólo del sistema constitucional y legal sino también de la garantía de que el proceso se tramite ante un funcionario imparcial.<sup>80</sup>

Antes de la reforma de 1994 era frecuente que las leyes de ministerios previeran que las eventuales funciones de los Secretarios se les asignaran por decreto, sin perjuicio de las facultades que los Ministros podían por otra parte delegarles. Así, el origen de las competencias de los Secretarios y Subsecretarios era de orden reglamentario, en tanto que las competencias ministeriales eran constitucionales y legales; por lo demás al ser creados dentro del ámbito de cada Ministerio y a propuesta de éste, se encuentran subordinados jerárquicamente al respectivo Ministro.

Esa práctica preconstitucional choca contra la expresa prohibición de delegar facultades legislativas al P. E., lo que *a fortiori* incluye tanto igual prohibición de delegar a los Ministros o Secretarios de Estado, como la adicional prohibición al P. E. de subdelegar a éstos facultades delegadas a él.<sup>81</sup>

Pero mientras tanto las innúmeras delegaciones legislativas preexistentes a la reforma constitucional de 1994, que el Congreso debiera haber revisado en un plazo previsto en la Constitución, han decaído en buena doctrina de pleno derecho constitucional, pero un Congreso que no ha estado nunca a la altura de la manda Constitucional no ha hecho sino ir prorrogando, fútilmente, continuamente, un plazo que la Constitución jamás autorizó a prorrogar. ¿Algún día la CSJN tomará cartas en el asunto? Tampoco somos muy optimistas al respecto, tiene demasiadas cosas que enderezar.

### 13.4. *El Procurador del Tesoro de la Nación*

Consideración aparte merece el caso del Procurador del Tesoro de la Nación, funcionario “con independencia técnica” que tiene jerarquía de Ministro dentro

<sup>79</sup> PTN, *Dictámenes*, 75: 118 y otros.

<sup>80</sup> *Infra*, t. 4, cap. X, § 12.

<sup>81</sup> Ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, 2ª ed., comentario al art. 76, § 5.2, “Los sujetos de la delegación,” p. 621; 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, igual lugar y parágrafo, pp. 267-9.

del ámbito de la Presidencia de la Nación,<sup>82</sup> a quien la ley da funciones consultivas de especial naturaleza y además atribuciones para *decidir* ciertos conflictos administrativos. En buenos principios, al tener jerarquía de Ministro debiera asistir a las reuniones del gabinete de ministros, pero como en la tradición del matrimonio presidencial no ha habido nunca reuniones de gabinete, su función en tal aspecto ha quedado también diluida.

Pero no obstante lo expuesto la importancia del Procurador del Tesoro de la Nación no ha perdido jerarquía teórica ni práctica, pues ha de prestarse atención a que en realidad estamos ante un cuerpo de fuerte tradición colegiada, cuya tradición más que centenaria, la seriedad y continuidad de su doctrina, le han conferido un *status* relevante en la administración nacional. El Procurador del Tesoro es también Director General del Cuerpo de Abogados del Estado, que comprende a todos los organismos de asesoramiento jurídico de la administración nacional y en tal carácter “sienta normas de interpretación y aplicación de las leyes y sus reglamentos, las que serán obligatorias para los abogados que forman el cuerpo.”<sup>83</sup> Ello crea la particular situación de que si bien el dictamen de la Procuración del Tesoro no obliga a los funcionarios que deben decidir, sí obliga en cambio a los abogados integrantes del Cuerpo, que deben dictaminar de acuerdo con su criterio. La solución es loable y ha contribuido en gran medida a la creación de poco menos que una jurisprudencia administrativa, de gran valor constructivo y práctico en la administración pública,<sup>84</sup> que no solamente es invocada por la doctrina nacional de derecho administrativo sino también, en ocasiones, por la propia jurisprudencia judicial. Además de esa función asesora y rectora de los dictámenes de todas las direcciones de asuntos jurídicos, la Procuración del Tesoro de la Nación ha recibido también atribuciones para *decidir* controversias entre entes descentralizados, incluso empresas del Estado y entidades autárquicas nacionales, sea entre ellas o con la administración central. Esa facultad se aplica a reclamos sobre reparación de daños<sup>85</sup> y dentro de

<sup>82</sup> Ley 24.667. Ver BOSCH, JORGE TRISTÁN, “La institución del «Attorney General» en los Estados Unidos de América (Enseñanzas que derivan de su estudio para el perfeccionamiento de nuestro propio sistema),” *LL*, 80: 913-38, esp. § 30-4, pp. 933-8; PICONE, FRANCISCO HUMBERTO, “La doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación (1971-1973),” *JUS*, 22: 100, La Plata, 1973; BIDEGAIN, CARLOS MARÍA, “Ubicación administrativa de la Procuración del Tesoro,” *La Nación*, 11-VIII-76, p. 6; FOLLARI, RODOLFO S., “Reseña sobre el origen y la evolución de la Procuración del Tesoro,” en el libro *120 años de la Procuración del Tesoro. 1863-1983*, Buenos Aires, EUDEBA, 1983, p. 107 y ss.; “Derecho administrativo. El origen de su estudio. Manuel Colmeiro y Ramón Ferreira,” *RAP*, 84:7-30 (Buenos Aires, 1985); “Ramón Ferreira, Fiscal General del Estado y Procurador del Tesoro de la Nación,” *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 14: 157-65, Buenos Aires, febrero de 1988; TANZI, HÉCTOR J., “La Procuración del Tesoro de la Nación,” *ED*, 110: 907.

<sup>83</sup> Decr. 34.952/47, art. 4°, que se funda en el art. 6° de la ley 12.954, que expresa: “las delegaciones deberán supeditar su acción a las instrucciones que imparta la primera para unificar criterios.”

<sup>84</sup> Sobre los requisitos previos al dictamen de la Procuración del Tesoro, ampliar *infra*, t. 4, cap. X, § 15, “Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación.”

<sup>85</sup> Ley 16.432, art. 56; el decreto-ley 19.983/72 amplió el concepto a “reclamación pecuniaria de cualquier naturaleza o causa.”

ciertos montos.<sup>86</sup> La Constitución de 1994 torna inaplicable, de pleno derecho, igual facultad que también tenía respecto de la Ciudad de Buenos Aires; por supuesto, ella no es tampoco extensible a las autoridades administrativas independientes de la Constitución. Por último, cabe mencionar que sin su dictamen no pueden celebrarse los contratos de crédito externo.<sup>87</sup>

### 13.5. *Direcciones Generales y Nacionales*

Dentro de la organización administrativa nacional existen cargos denominados “Dirección General” o “Dirección Nacional,” que se caracterizan por constituir la más alta *jerarquía administrativa*, o sea, meramente técnica y desprovista de factor político: son funcionarios que gozan de estabilidad y que no pueden ser removidos sino por las causas que la ley establece, igual que los demás funcionarios estables. A su vez, dentro del total de las Direcciones Generales o Nacionales cabe destacar los supuestos en que han sido reguladas por una ley expresa, que les otorgan específicamente facultades. En estos casos nos encontramos frente a un órgano de la administración pública que tiene una competencia propia, desconcentrada, sin separarse por ello de la administración central; no es un ente descentralizado.<sup>88</sup> Algunos de estos son la Dirección General Impositiva<sup>89</sup> y la Administración Nacional de Aduanas,<sup>90</sup> —unificadas en 1997 en la Administración Federal de Ingresos Públicos, AFIP— que tienen atribuciones para adoptar resoluciones sin necesidad de delegación administrativa.<sup>91</sup> A pesar de sus amplias facultades, están de todos modos bajo la jerarquía del Poder Ejecutivo y de los Ministros y Secretarios respectivos.

En general, a diferencia de otros tipos de organización burocrática, la jerarquía que aquí tratamos tiene algunas peculiaridades: el superior puede dar instrucciones generales, pero no órdenes particulares, concretas, acerca de cómo resolver un asunto específico de los que entran dentro de las atribuciones desconcentradas; una vez dictado un acto por el órgano desconcentrado, el superior puede de oficio o a pedido de parte revocarlo, reformarlo o sustituirlo, pero sólo por razones de legitimidad (no de mera oportunidad o conveniencia);<sup>92</sup>

<sup>86</sup> La última norma facultó al P. E. a fijar los montos hasta los cuales la Procuración del Tesoro de la Nación puede dictar “decisión definitiva e irrecurrible.”

<sup>87</sup> Ver *infra*, cap. XI, “Clasificación de los contratos administrativos.”

<sup>88</sup> Ver lo que decimos en este mismo cap. acerca de la diferencia entre desconcentración y descentralización. A veces las leyes hablan impropriadamente de “autarquía” y “descentralización,” pero no se trata sino de *desconcentración*.

<sup>89</sup> Ley 12.927 y ley 11.683, art. 1º y ss.

<sup>90</sup> Ley de Aduanas, t.o. en 1962, art. 1º y ss.

<sup>91</sup> Debe con todo tenerse presente que existe una permanente ambivalencia normativa que presenta a estos órganos como supuestos entes autárquicos dotados de personalidad jurídica propia. Esto conlleva inseguridad práctica y mutación jurisprudencial, respecto a si se los demanda como parte del Estado nacional o si deben o pueden ser demandados en forma aislada.

<sup>92</sup> Comparar la solución que hemos adoptado en nuestro Proyecto de Código Administrativo, en *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., *op. cit.*, p. 215, art. 33.

esas razones de legitimidad se limitan, por lo demás, existiendo procedimientos reglados especiales, al contralor de la “manifiesta arbitrariedad, grave error o gruesa violación de derecho”<sup>93</sup> y todo ello siempre que no se lesionen derechos adquiridos.<sup>94</sup> Tampoco tiene, a nuestro juicio, facultades de avocación.

#### 14. *Autoridades administrativas independientes*

##### 14.1. *El Defensor del Pueblo*<sup>95</sup>

Esta magistratura independiente tiene como función “la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.” (Art. 86 de la Constitución nacional.) Las constituciones provinciales han seguido el ejemplo nacional, aunque a veces existen conflictos con la designación concreta de los respectivos sucesores y son también frecuentes los conflictos derivados de la resistencia del Poder Ejecutivo a reconocerle o cumplirle las recomendaciones que realiza en sede administrativa. Esas dificultades, con todo, son la más plena prueba de la importancia y necesidad de su existencia y funcionamiento.

Hay dos tipos de derechos controlados y dos clases de sujetos pasivos del control que ejerce el Defensor del Pueblo, que se vinculan asimismo con la existencia o no de acciones colectivas para el ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo de la Nación en sede judicial.

*Derechos tutelados y órganos controlados.* El art. 86 incluye la protección no sólo de los derechos subjetivos (los de la Constitución y de los pactos), sino también de los derechos de incidencia colectiva:<sup>96</sup> así, los referidos al medio ambiente del art. 41; los de los usuarios y consumidores en el art. 42 y, especialmente, los de los usuarios bajo condiciones monopólicas o de exclusividad. Esto último fue discutido jurisprudencialmente durante bastante tiempo, pero parece ahora reafirmarse la buena doctrina.

<sup>93</sup> Así lo establece el art. 99 de la reglamentación del decreto-ley 19.549/72, que si bien inexactamente habla de “actos de naturaleza jurisdiccional,” debe entenderse referido a los casos de procedimientos especiales que cuenten con recursos especiales reglados.

<sup>94</sup> Decreto-ley 19.549/72, arts. 17 y 18.

<sup>95</sup> Ver MAIORANO, JORGE LUIS, “El Defensor del Pueblo,” en AA. VV., *El derecho administrativo argentino, hoy, op. cit.*, p. 108 y ss.; “El Defensor del Pueblo de la Nación: una nueva institución de la República,” en *Homenaje...*, *op. loc. cit.*; PADILLA, *La institución del comisionado parlamentario*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972; CARDACI MÉNDEZ, ARIEL, “El Defensor del Pueblo goza de buena salud,” *LL*, 2002-F, 207; GORDILLO, “An Ombudsman for Argentina: Yes, but...,” *International Review of Administrative Sciences*, Bruselas, vol. L-1984, 3: 230; *RDP*, 75: 76-81, San Pablo, 1985; *RAP*, 105: 164, Buenos Aires; *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, cap. V, etc.; *supra*, cap. II, § 5.2. e); *infra*, notas 7.6 y 7.7.

<sup>96</sup> Nuestro art. “Los derechos de incidencia colectiva,” en *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy, op. loc. cit. e infra*, t. 2, caps. II y III; CERMESONI, JORGE, “Acerca de la acción de clase y los intereses difusos,” en *Homenaje...*, *op. loc. cit.* BIANCHI, ALBERTO B., “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de legitimación colectiva a gran escala,” *RAP*, 235: 11; *Las acciones de clase*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.

A su vez, el control que ejerce no sólo se extiende sobre los órganos de la administración, sino sobre todo sujeto que ejerza funciones administrativas públicas en sentido amplio, comprendiendo p. ej. a los prestadores de servicios públicos.

*Legitimación procesal.* Además, “El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal,” lo que lo habilita para impugnar ante la administración (reclamos, recursos, denuncias) y la justicia en cualquier competencia dentro de la jurisdicción nacional (o sea ante la justicia procesal administrativa, civil, comercial, penal) tanto como parte actora civil o contencioso administrativa, o como parte querellante en sede penal;<sup>97</sup> en la justicia supranacional, iniciando el proceso ante la CIDH. En ese múltiple carácter puede demandar, querellar, recurrir, reclamar, denunciar, los actos, hechos u omisiones lesivos a los derechos y garantías mencionados, y no sólo los de base constitucional o de pactos supranacionales, sino también los de origen legal o reglamentario. Su legitimación procesal no se limita al ámbito nacional, pues puede también presentarse ante los órganos o tribunales supranacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Así lo hizo ante una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>98</sup> rechazando su pedido de pronto despacho en materia de jubilaciones; su presentación ante la Comisión<sup>99</sup> bastó para que, poco después, la CSJN resolviera *Chocobar*.<sup>100</sup>

En una acción de amparo colectivo iniciada en el año 2009 por el Defensor del Pueblo de la Nación contra aumentos tarifarios de energía eléctrica que en algunos supuestos superaban el 300% o 400%, la primer instancia federal le negó legitimación, conforme algunos precedentes. No obstante, la Sala de feria revocó el fallo y en su consecuencia el magistrado de primera instancia dictó una medida cautelar de alcance universal, para todos los usuarios del servicio eléctrico federal. Ello muestra otro aspecto del recomienzo de la vigencia de las instituciones y en suma del Estado de Derecho o el *rule of law*. En suma, los

<sup>97</sup> Facultad que no ha ejercido pero sería importante que ejerciera, atento el desbalance que señalamos *supra*, cap. VIII, § 7.1, “Relaciones con el derecho penal.”

<sup>98</sup> MAIORANO, “La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación: De la Constitución a la Corte Suprema,” LL, 1997-A-808; QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, “El Defensor del Pueblo ante los estrados de la Justicia,” LL, 1995-D, 1058; CERMESONI, *op. ult. cit.*

<sup>99</sup> Su escrito (publicado en RAP, 218: 58, Buenos Aires) forzó a la Corte a definir su tan demorado fallo, lo que ella hizo en *Chocobar*, LL, 1997-B, 247, un claro fallo de jurisprudencia de intereses, insinuada en el cons. 48; el resto es *obiter dicta*, como lo explicamos en *Introducción al derecho*, *op. cit.*, cap. V, “Cómo leer una sentencia,” § 7, “Lo que el fallo dice de más y de menos,” § 7.1. La CSJN entendió, con razón, que perdería el caso supranacional ante la Comisión IDH y en su caso la Corte de San José, si persistía en la mora. Procedió, como no podía ser otra cosa, a decidir. Para no darle a la historia un tinte rosado que no tiene, lo cierto es que la materia jubilatoria de que el fallo trataba siguió en definitiva sin cumplirse, a pesar de otros fallos en sentido similar. La estatización de los fondos de jubilaciones y pensiones por ley del Congreso, aunque inconstitucional en grado sumo, no hace sino fortalecer esta tendencia de la *Realpolitik* argentina, que la variable de ajuste son siempre los jubilados y pensionados.

<sup>100</sup> LL, 1997-B, 247 (1996).

derechos de incidencia colectiva, tutelados también a través de las asociaciones no sólo por el amparo del art. 43, sino también por la ley de defensa del consumidor, tienen también tutela colectiva a través del Defensor del Pueblo de la Nación y la justicia. Esa tendencia se ve confirmada y aumentada por el fallo de la CSJN *in re Halibi*, 24 de febrero de 2009, donde una vez más se estableció el efecto *erga omnes* en la sentencia del amparo colectivo. La ajustada mayoría, en este aspecto, del fallo recordado, hace prever que en el corto plazo se irán produciendo progresivos ajustes de la exacta mecánica del alcance colectivo de la sentencia del amparo colectivo. Pero el paso fundamental está una vez más claramente dado por la CSJN, lo que comporta un nuevo significativo avance institucional, en un medio no precisamente favorable a dichos cambios, en el ámbito político. Es pues una situación particularmente compleja, que esperamos se resuelva progresivamente hacia la renovada vigencia del ahora reducido Estado de Derecho.

*Legitimación procesal respecto a particulares.* Puede impugnar los comportamientos ilegales de las administraciones públicas o de los prestadores de servicios en monopolio o exclusividad.

*Carácter genérico o puntual de su intervención.* Desde luego, lo que el Defensor del Pueblo debe procurar es la corrección de los sistemas o mecanismos, normas o regulaciones, prácticas o costumbres, que por su carácter genérico sean las causantes de las violaciones concretas y particulares. Más que su actividad en la solución de controversias individuales, interesa entonces a la colectividad que ellas le permitan detectar el disfuncionamiento sistemático de las administraciones o de los licenciatarios o concesionarios de servicios públicos. Una vez halladas, su labor es contribuir a corregir las *causas* de esos problemas y superar las fallas generalizadas del sistema, antes que atender principalmente a la superación de las consecuencias puntuales, en algún caso, de la violación generalizada.

*Control sobre los servicios públicos privatizados.* El énfasis principal de su actuación debe verse en la protección del usuario frente a los servicios públicos privatizados.<sup>101</sup> También allí los casos individuales deben permitirle detectar las tendencias. En efecto, no interesa tanto *una* sobrefacturación puntual como una sobrefacturación *sistemática*, en cuyo caso las medidas correctivas deben ser más severas y pueden llegar al pedido de caducidad de la licencia. Claro está, si la sobrefacturación se produce no por un incumplimiento del concesionario o licenciatario al régimen tarifario existente, sino por una decisión administrativa que aumenta súbitamente las tarifas de modo extraordinario, luego de siete años de congelamiento de la tarifas, entonces lo que corresponde es la acción de clase iniciada por el Defensor del Pueblo ante la justicia, como ha ocurrido en el año 2009, según hemos relatado más arriba.

<sup>101</sup> Ampliar *infra*, cap. XV, “Los entes reguladores,” § 14.2., “El Defensor del Pueblo nacional.”

De todas las modificaciones institucionales introducidas por la Constitución de 1994, ésta ha probado ser la más resistente al embate político y por ende la que mejor ha podido cumplir su finalidad, no obstante todas las dificultades que ha debido sortear a través de los años y distintos titulares.

#### 14.2. *La Auditoría General de la Nación*<sup>102</sup>

Este organismo de control externo dependiente del Poder Legislativo tiene a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de la administración pública centralizada y descentralizada, y por ende, de los servicios concedidos o licenciados que están a su vez controlados por la administración: mal puede controlarse a los entes reguladores descentralizados,<sup>103</sup> en el caso, si no se controla la actividad de los que ellos deben controlar. Este doble control de la auditoría en nombre del Poder Legislativo es el *quis custodies custodiat* que permitirá saber si los entes reguladores ejercen adecuadamente su propia función de contralor de ellos. Es el sistema de dobles o múltiples controles.

Es una lástima que se haya dispuesto para su titularidad *un* miembro del principal partido de oposición y que sea un órgano colegiado en el cual entonces la composición política parece venir dada por la propia Constitución, permitiendo al partido mayoritario tener la mayoría en el órgano colegiado. Hubiera correspondido establecer que su titular *unipersonal* fuera un representante de algún partido minoritario o alguna personalidad independiente nombrado por una mayoría calificada del Congreso, como se debe hacer con el Defensor del Pueblo de la Nación.

Yendo al fondo del ejercicio del control, cabe apuntar que si eventualmente la Auditoría General de la Nación se dedica a perseguir, como antaño el Tribunal de Cuentas de la Nación, a los ladrones de gallinas, la pequeña rapiña, la corrupción famélica, no merecerá sino el mismo juicio crítico que en su momento se ganó el Tribunal de Cuentas de la Nación.<sup>104</sup>

Lo mismo si siempre investiga el pasado en vez de prevenir el presente y futuro, o si dedica su atención a las causas menores y descuida las faltas mayores del presente. Para que su contralor sirva deberá procurar detectar: a) las fallas

<sup>102</sup> Ver SCHAFFRIK, FABIANA HAYDÉE, "Auditoría General de la Nación ¿Agoniza el control de las cuentas públicas?" *LL*, 24-II-09, pp. 1-4, *Columna de opinión*; MERTEHIKIAN, EDUARDO, "Algunas consideraciones jurídicas acerca del control parlamentario del Sector Público Nacional," en *Homenaje...*, *op. cit.*, cap. III; SEVILLE SALAS, VIVIANA, "La Auditoría General de la Nación después de la reforma constitucional de 1994," *LL*, 1997-B, 1304; PAIXÃO, ENRIQUE, "El control. La Auditoría General de la Nación," en el libro colectivo *La reforma de la Constitución*, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 449 y ss.; BRAGA ROSADO, DANIEL, "Reflexiones acerca de la designación del presidente de la Auditoría General de la Nación prevista en el artículo 85 de la Constitución Nacional," *RAP*, 199 (Buenos Aires, 1995.)

<sup>103</sup> Que, desde luego están sometidos al control de éste organismo. Ver *infra*, cap. XV, "Los entes reguladores," § 14.3, "La Auditoría General de la Nación."

<sup>104</sup> Nuestro prólogo a REGODESEBES, JOSÉ RAFAEL, *El control público*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1984.

sistemáticas y generales,<sup>105</sup> b) las normas y reglamentos que las sustenten,<sup>106</sup> c) las grandes operaciones en perjuicio del Estado o de los usuarios, que transgredan los principios jurídicos de eficiencia y equidad impuestos por el art. III inc. 5° de la CICC<sup>107</sup> y d) también deberá hacerse cargo de la investigación del enriquecimiento doloso, público o privado, que el art. 36 de la Constitución nacional iguala al delito de los infames traidores a la patria.

#### 14.3. *El Consejo de la Magistratura*<sup>108</sup>

El segundo párr. del inc. 4° del art. 99 de la Constitución nacional menta la creación del Consejo de la Magistratura, cuya integración y funciones regula esquemáticamente el art. 114 y desarrolla la ley 24.937,<sup>109</sup> modificada por la ley 26.080 en el sentido de darle preeminencia al poder político, en forma claramente incompatible con el sentido del precepto constitucional. Si bien el art. 1° de la ley 24.937 señala que el Consejo de la Magistratura es un órgano del Poder Judicial, pensamos que su necesario control judicial suficiente y adecuado importa considerarlo, en rigor, una autoridad administrativa independiente y no una parte del Poder Judicial; por eso resulta inconstitucional someterlo nuevamente al poder político, como ha hecho la ley 26.080.

El espíritu de la norma es claro en cuanto a instituir un órgano de contralor independiente, que debe tener “equilibrio,” en otras palabras, virtual igualdad, entre a) los representantes de los órganos políticos resultantes de elección popular (Poder Ejecutivo y Legislativo, por una parte), b) los jueces *de todas las instancias* (segunda categoría de integrantes, que no puede quedar librado a la *designación* sino que debe resultar de *elección*), c) los abogados de la matrícula (tercer categoría, en la cual deben estar representados la mayoría y minorías de dicho cuerpo) y d) otras personas del ámbito académico y científico (cuarta

<sup>105</sup> Ver *supra*, cap. II, “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” § 5.1, “La insuficiencia cualicuantitativa de los controles.” Nuestro art. “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” LL, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64.

<sup>106</sup> *Supra*, cap. VII, § 10.3, “La exaceración reglamentaria.”

<sup>107</sup> Ver nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” LL, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” JA, 2000-IV, 1269.

<sup>108</sup> Ver JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, MARÍA, “El ejercicio de facultades disciplinarias por el Consejo de la Magistratura y la independencia del Poder Judicial,” LL, 1994-E, 1015; CORCUERA, SANTIAGO H., “Consejo de la Magistratura (Modelos para la reglamentación del artículo 114 de la Constitución Nacional),” LL, 1995-C, 1227; BIANCHI, ALBERTO B.; GAMBIER, BELTRÁN; DE PÉREZ CORTÉS, JEANNERET, “Poder Judicial. Sistema de designación y remoción de los Jueces. Consejo de la Magistratura,” en RAP, 19: 44, Buenos Aires, 1994; BIANCHI, ALBERTO B., su cap. en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *El derecho administrativo, hoy*, Buenos Aires, 1996, p. 176 y ss. SCHEIBLER, GUILLERMO, “Algunas cuestiones relativas al procedimiento de designación de magistrados en la Ciudad de Buenos Aires,” nota al fallo *Spisso*, LL, 2002-D, 740.

<sup>109</sup> Según t. o. decr. 816/99.

categoría.) El Consejo de la Magistratura hace las propuestas vinculantes Poder Ejecutivo para que éste eleve al Senado las ternas preparadas por el Consejo para los demás tribunales. Dichas ternas deberán ser tratadas en audiencia pública en el Senado, a fin de resolver si se otorga o no el acuerdo.

En cualquier caso, y al igual que en lo referente a los representantes de los usuarios y consumidores en los entes reguladores de servicios dados en monopolio o exclusividad, nos parece más acorde con el sentido de la norma constitucional que los particulares que integren dicho Consejo no adquieran con ello la condición de funcionarios públicos, para mayor independencia en el ejercicio de su función.

#### 14.4. *El Jurado de Enjuiciamiento*

El Poder Judicial de la Nación es el pilar básico de sistema de control de la administración y de los prestadores de servicios licenciados o concedidos por ella en condiciones monopólicas o de exclusividad; dado que esa función puede ser bien o mal ejercida, la Constitución ha querido establecer un sistema de control del ejercicio de la actividad judicial que sea más ágil que el juicio político.

De acuerdo a la remisión que el art. 115 hace al art. 53, los jueces y camaristas pueden ser removidos por las mismas causales que el Presidente y Vice, Jefe de Gabinete, Ministros y Jueces de la Corte Suprema: No sólo por delito en el ejercicio de sus funciones y crímenes comunes, sino también por “mal desempeño” de la función, p. ej., incumplir el orden jurídico supranacional.

A título de ejemplo, será mal desempeño de la función el defectuoso cumplimiento de las demás funciones que la nueva Constitución les impone. Básicamente, se trata de su deber de tutela de los derechos individuales frente a la administración y los particulares en los supuestos de los arts. 41 y 42.

Así, el 41 en la protección del ambiente, el 42 en la protección de los derechos e intereses económicos del usuario de los servicios públicos actuales y futuros, con más las que impone el art. 36 en materia de enriquecimiento ilícito doloso de funcionarios y particulares; también el 43 en los cuatro medios de tutela que determina operativamente y los demás derechos del Pacto de San José de Costa Rica y otros tratados internacionales: La protección de la intimidad y el honor en el derecho de rectificación y respuesta para la defensa del individuo contra las empresas de medios de prensa, la no discriminación, la aplicación rigurosa de la Convención Interamericana contra la Corrupción, etc.

Conviene recordar, una vez más, que la vinculación que dicha convención efectúa entre diversos delitos como lavado de dinero, narcotráfico, terrorismo, corrupción, etc., llevan indefectiblemente a su futuro juzgamiento como delitos de lesa humanidad, por ende imprescriptibles. Su tratamiento futuro no puede diferir en este aspecto del que se está otorgando hoy en día, con toda razón, a los crímenes de lesa humanidad de los jefes del último régimen militar.

#### 14.5. *El Ministerio Público*<sup>110</sup>

La independencia del Ministerio Público, que promueve entre otras materias las causas penales por enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y particulares, es desde 1994 materia regulada en forma operativa por la Constitución. Si bien se justificaba la independencia de los fiscales en el ejercicio de su ministerio público, una vez establecido en la Constitución que son independientes de la administración, poco importa ya dilucidar si integran el Poder Judicial o son otras autoridades administrativas independientes.<sup>111</sup> La importancia de esta independencia se advierte en que sólo así pueden intentar hacer verdad la equiparación que realiza el art. 36 entre la corrupción y la traición a la patria, tanto que el enriquecimiento doloso provenga de funcionarios públicos o de particulares. Hay mucho que aprender del derecho comparado, especialmente el norteamericano,<sup>112</sup> pero independientemente de que se dicten o no leyes tales como la *Foreign Corrupt Practices Act*, la acción *Qui tam*,<sup>113</sup> etc., de todos modos

<sup>110</sup>Ver DIEZ-PICASO, LUIS MARÍA, *El poder de acusar*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000, en su análisis de “la criminalidad gubernativa;” ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL y otros, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 35, IV, 2, p. 511.

<sup>111</sup>La descripción de la conducta de un fiscal en los considerandos de un decreto emitido con motivo de denuncias de corrupción para remover a un funcionario de la administración descentralizada, no es ciertamente un síntoma de la independencia deseada. Véase GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Los decretos autónomos del Poder Ejecutivo y la independencia del Ministerio Público,” *LL*, 2007-D, 716. Es similar al hecho acaecido en 2009, en que un Ministro pide reuniones reservadas con el presidente de una de las organizaciones rurales, y luego se emite un informe oficial detallando lo que era reservado. Es natural que nada de esto provoque la confianza en el gobierno, parte esencial de cualquier gestión gubernamental eficaz. Lo mismo con el decreto secreto aprobando la compra del total del paquete accionario de una empresa extranjera, que relatamos en otra parte de esta 10ª ed. del t. 1.

<sup>112</sup>Para su exposición nos remitimos al mayor desarrollo de CINCUNEGUI y CINCUNEGUI, *La corrupción*, *op. cit.*, 1996, p. 51 y ss. Como consecuencia del sistema legal estadounidense, las empresas que trabajan en nuestro medio con el gobierno encargan auditorías de *due diligence* para detectar posibles actos de corrupción de sus propios agentes en el país. Por eso son también menos frecuentes los casos de corrupción de empresas estadounidenses, que al no aceptar las reglas locales del juego, deben entonces pagar el precio de verse excluidas de los negocios con el Estado.

<sup>113</sup>BIANCHI, ALBERTO B., “Las acciones *Qui Tam* como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados Unidos,” *EDA*, 2001/2002: 589. Hace algunos años, la comisión de obras públicas de la H. Cámara de Diputados nos citó para pedirnos opinión, y le redactamos un artículo introduciendo la acción *qui tam* en nuestro medio. Luego nos informaron que consultaron a Legales del Ministerio de Economía y les dijeron que se oponían a la reforma, por lo que los diputados no lo incorporaron. Así funciona el Congreso en la Argentina. Ya relatamos cómo un proyecto de ley consensuado con la opinión pública y los organismos de control, cayó porque un Ministro se opuso diciendo lo obvio: que no estaba en nuestras tradiciones, en aquel entonces. Hace recordar el chiste de alguien que en un embajada argentina en el exterior pide la nacionalidad y le preguntan si conoce el idioma, a lo que el interesado contesta que no, pero inquiera si existía alguna forma de “arreglarlo.” La respuesta fue: “Usted conoce nuestras costumbres, por lo tanto le vamos a dar la nacionalidad.” Si la corrupción forma parte de nuestras costumbres y nuestras tradiciones, es lógico que nos parezcan foráneos e incompatibles con nuestra idiosincracia todos los intentos de combatirla: Así no saldremos jamás. Finalmente la ley del defensor del pueblo salió, a iniciativa de la oposición, pero inicialmente la CSJN le negó la legitimación judicial que la Constitución y la ley le daban. La primera parte de la historia del tema del Defensor del Pueblo la relatamos en “An Ombudsman for Argentina: Yes, but...” *op. loc.cit.* y sus versiones portuguesa y castellana, también citadas en la p. 29, nota 95, de este cap.

el Ministerio Público tiene una función tutelar esencial en la democracia,<sup>114</sup> sobre todo con las obligaciones internacionales que le imponen tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>115</sup> como la convención internacional contra el soborno transnacional y el lavado de dinero (ley 25.319) y algunos de sus efectos en materia de jurisdicción.<sup>116</sup>

#### 14.6. *Entes reguladores y de control del poder económico*

Si bien el tema ya lo desarrollamos,<sup>117</sup> creemos que se justifican aquí algunos lineamientos de esta institución constitucional. La Constitución habla de “órganos de control” para referirse a lo que la legislación y la práctica denominan “entes reguladores;” o sea, los específicos organismos o autoridades descentralizadas encargadas de controlar al poder económico de los licenciarios y concesionarios de la administración, para proteger a los usuarios y consumidores. La genérica mención constitucional a órganos de control no obsta al uso de la segunda expresión, más específica, que por nuestra parte preferimos.

*Protección de los usuarios.* La tutela que establece el art. 42 de la Constitución requiere la incrementada participación de los organismos reguladores hoy existentes y los que deberán crearse, como así también define, claramente y en forma directamente operativa, que su función no es tan sólo el control técnico del sistema concedido o licenciado, sino principalmente proteger los derechos e intereses, incluso de naturaleza económica, de los usuarios actuales y futuros.

*Participación de los usuarios.* La misma norma establece la necesaria participación de las asociaciones de usuarios y consumidores en la dirección de estos organismos de control. Si el gobierno no dicta la legislación pertinente, corresponde a la justicia reconocerles por imperio constitucional al menos un lugar en los cuerpos colegiados existentes, procediendo a designarlos u ordenando su designación. La exigencia constitucional de la necesaria participación de los usuarios<sup>118</sup> y las Provincias en su directorio impide, de pleno derecho, que se

<sup>114</sup>“Comentarios al proyecto de ley de contratos públicos,” *RAP*, 182: 8, Buenos Aires, 1994.

<sup>115</sup>Ver nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *op. loc. cit.*

<sup>116</sup>*Supra*, cap. VI, “Fuentes supranacionales del derecho administrativo,” § 1.4.2, “Un caso paradigmático,” 1.4.2.1, “*Male captus, bene detentus*,” 1.4.2.2, “Otros casos” y sus notas, § 2.3, “Convención Interamericana contra la Corrupción.”

<sup>117</sup>Ver *infra*, cap. XV, “Los entes reguladores.”

<sup>118</sup>GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución...*, *op. cit.*, comentario al art. 42, § 3.4, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” pp. 377-8; 4ª ed., t. I, *op. cit.*, pp. 592-3; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I, op. cit.*, pp. 171-5; “Hacia una nueva relación entre los usuarios y los organismos multilaterales,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la Emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2003; MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Emergencia de los servicios públicos. Problemas actuales desde la perspectiva de los usuarios y de los prestatarios. (Una visión crítica de las normas que declararon la emergencia en materia de servicios públicos),” en ALANIS, SEBASTIÁN D. (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, III*, Buenos Aires, FDA, 2003, pp. 153-63, esp. § IV, “Ideas para la formulación de una propuesta regulatoria global,” pp.160-3.

conciba siquiera la idea de su intervención por la administración central. Dado el origen y el sentido de su participación como representantes de la comunidad, entendemos que constituiría un absoluto contrasentido considerarlos funcionarios públicos, lo que además lesionaría el concepto constitucional. Siguen pues siendo particulares, que en la especie ejercen funciones públicas, al igual que son particulares ejerciendo funciones administrativas públicas los propios concesionarios o licenciatarios cuyo poder económico habrán de contribuir a regular desde los entes reguladores, en favor de los usuarios o consumidores actuales o futuros.

*Participación de las Provincias.* Lo mismo cabe decir de las Provincias, con la salvedad que en algunos marcos regulatorios tienen dos lugares sobre cinco, sin que hasta el presente se haya provisto a su designación. De continuar esta inacción, corresponderá igualmente a la justicia remediarla por directa aplicación de la Constitución. Para ello será necesario que las provincias lo requieran judicialmente.

*Audiencias públicas.* El procedimiento de audiencias públicas previo a la emisión de normas reglamentarias o de grandes proyectos que afectan p. ej. el medio ambiente, si bien aparece por ahora exigido sólo en algunas leyes, creemos que ya puede considerarse un principio constitucional operativo, emergente de la garantía de defensa en el nuevo sistema constitucional. Consideramos por ello que la aprobación de proyectos, contratos o normas generales que afecten el medio ambiente, o disposiciones que afecten en forma general los derechos o los intereses de los usuarios y consumidores de servicios monopólicos concedidos por el Estado, requieren el cumplimiento de este requisito de audiencia pública bajo pena de nulidad absoluta e insalvable.<sup>119</sup>

*Estabilidad en el cargo.* Los integrantes de los órganos de contralor de estos servicios son designados por períodos determinados, con vencimientos de sus mandatos en forma escalonada. Convendrá tener presente que los cambios del Poder Ejecutivo, del Jefe de Gabinete o Ministros del área, jamás podrán constitucionalmente alterar dicha estabilidad ni dar lugar a la “Constitución paralela” de exigir y obtener renunciaciones antes de la expiración de los mandatos.<sup>120</sup>

*Improcedencia de la intervención.* La doctrina que autorizaba la intervención de entes descentralizados por el Poder Ejecutivo resulta inaplicable en el nuevo

<sup>119</sup> Ampliar *infra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.” En igual sentido GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, *op. cit.*, § 3.2, “Medios de protección de usuarios y consumidores,” pp. 373-4. Una crítica al modo de reglamentar el procedimiento de audiencias públicas en la Ciudad de Buenos Aires puede verse en ALETTI, DANIELA y TOIA, LEONARDO M., “Audiencias públicas: Sólo para entendidos,” *LL*, 2007-C, 993. En algún momento de nuestra historia reciente se nos había contratado para hacer una audiencia pública abierta al diálogo, como corresponde, y el funcionario municipal a cargo de la Participación Ciudadana se opuso terminantemente e impidió que la realizáramos, optándose entonces por el sistema limitativo de la CABA. Era un funcionario de los que se suele denominar “progresistas,” y ocupa actualmente un altísimo cargo gubernamental en la administración central.

<sup>120</sup> Ver nuestro libro *La administración paralela*, Madrid, Civitas, tercera reimpresión, 2001.

sistema. A lo sumo cabría admitir, en circunstancias sumamente excepcionales, la intervención por ley del Congreso de la Nación.

#### 14.7. *Banco Central de la República Argentina. El futuro Banco Central Interamericano*<sup>121</sup>

El Banco Central de la República Argentina gozó tradicionalmente de gran libertad de acción, no siempre bien utilizada, para regular el sistema financiero; el régimen monetario en cambio estuvo casi siempre en manos de la administración central. La tendencia de los últimos años ha sido la de tratar de darle, en su función específica, total autonomía de la administración central. Pero en los primeros años del siglo XXI su titular ha estado en constante contacto con el poder político, no a nivel público sino privado.

Esos intentos de autonomía plena han sido pues hasta ahora fallidos; por ello hemos sostenido en su momento la necesidad de crear un Banco Central Interamericano, con todo lo que ello implica. Pero el mosaico latinoamericano de países no parece en este momento propicio para su concreción; sólo se está hablando de crear una suerte de nuevo y distinto Banco de Desarrollo, no al estilo del que ya existe en Washington, *Inter American Development Bank*.

#### 14.8. *Una agencia independiente del control de la deuda pública externa*

Hemos propuesto hace años lo que sugiere el acápite,<sup>122</sup> pero 2009 no parece el año propicio para insistir en el tema, cuando ya no tenemos acceso al crédito externo y sólo nos queda honrar o deshonorar los compromisos asumidos. Cuando como sociedad no somos capaces de empujar a tiempo las reformas que necesitamos, no queda sino atenernos a las consecuencias de nuestra falta de control social.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> Nuestros arts. “Primero: crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 2002-D, 1453 y “Una celebración sin gloria,” *LL*, 2003-C, 1091; CORTÉS CONDE, ROBERTO, “Hay que atarle las manos al gobierno,” *Ámbito Financiero*, 24-VII-2002, p. 9.

<sup>122</sup> Ver nuestro art. “Por la creación de una agencia regulatoria independiente para el manejo de la deuda externa,” *LL*, 2003-E, 1495.

<sup>123</sup> La primera, el descrédito internacional. Para una visión extrema ver JENKINS, PHILIP, “United States of Argentina. How inflation turned a rising power into a pauper.” [www.amconmag.com/article/2009/feb/09/00006](http://www.amconmag.com/article/2009/feb/09/00006): “The road to economic hell is paved with excellent intentions—a desire to save troubled industries, relieve poverty, and bolster communities that support the present government. But the higher the spending and the deeper the deficits, the worse the effects on productive enterprise and the heavier the penalty placed on thrift and enterprise. As matters deteriorate, governments have a natural tendency to divert blame onto some unpopular group, which comes to be labeled in terms of class, income, or race. With society so polarized, the party in power can dismiss any criticism as the selfish whining of the privileged and concentrate on the serious business of diverting state resources to its own followers.” Advierto que el lenguaje del art. es fuerte y además conservador en lo económico. Pero al menos responde a la frecuente pregunta que los argentinos que no viajan, nos hacen al regresar de algún viaje: “¿Cómo nos ven afuera?” Desde luego, es apenas una mirada crítica sobre el país en su comparación con los EE.UU., individualista y de un republicano tan conservador que critica al gobierno republicano de California, al presidente actual de su país, etc. No podíamos pretender mejor trato.

## Capítulo XIII

### AGENTES PÚBLICOS

#### 1. *La distinción doctrinaria entre funcionario y empleado público*

Tradicionalmente se distinguían los conceptos de “funcionario público” y “empleado público” y para establecer la diferencia se desechaban criterios tales como el de la remuneración o su jerarquía administrativa (aunque por supuesto nadie llamaría *empleado público* al Ministro, salvo en sentido peyorativo, ni *funcionario* al ordenanza), para limitarse principalmente al siguiente: El funcionario *decide*, representa la voluntad del Estado, mientras que el empleado *ejecuta*, realiza comportamientos materiales para cumplir las decisiones de los funcionarios.<sup>1</sup>

#### 2. *Crítica conceptual*

Sin embargo, esa diferenciación fundada en el supuesto poder decisorio distaba mucho de tener sustento jurídico o real ya que no es posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar, pudiendo en consecuencia ser claramente señalado como funcionario o empleado de acuerdo con el criterio de aquella doctrina. En efecto, el funcionario que se podría considerar de más jerarquía, o sea el propio Presidente de la República, no desempeña sus funciones sólo a través de órdenes o decisiones: también él

<sup>1</sup> En igual sentido GARCÍA PULLÉS, FERNANDO (dir.), BONPLAND, VIVIANA y UGARTE, MARCELO L., colaboradores, *Régimen de empleo público en la administración nacional*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 11, nota 1: “la futilidad de esta distinción que ha perjudicado el estudio de la materia durante años;” COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 74 y ss.; IVANEGA, MIRIAM MABEL, “Consideraciones acerca del empleo público (con especial referencia a la motivación laboral del empleado público),” *ED, SDA*, 31-V-01; § III; ILDARRAZ, BENIGNO, “Las nuevas modalidades en el ejercicio de la función pública,” en AA.VV., *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. VII; DROMI, JOSÉ ROBERTO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, CA, 1996, 5ª ed., p. 385. Comp. BALLESTEROS, HORACIO AGUSTÍN, “La Convención Interamericana contra la Corrupción y su vinculación con los delitos de acción pública,” en BASTONS, JORGE LUIS, (dir.), *Empleo público*, La Plata, LEP, 2006, pp. 439-74, esp. pp. 458-9; BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 1965, 6ª ed., p. 29; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, p. 37.

realiza comportamientos materiales que no implican la toma de decisiones, tal como asistir a un acto público, pronunciar un discurso, inaugurar una obra, etc. Lo mismo puede decirse de un empleado de poca jerarquía administrativa, p. ej. un ordenanza, quien cuando debe preparar el café que se le ha solicitado, no realiza una pura operación material, pues también debe lógicamente *decidir, en el ejercicio de su función*, qué taza habrá de emplear, si el café está suficientemente caliente, etc. En igual forma, un agente de policía actuaría como “funcionario” cuando dé la orden de detención a un sospechoso, cuando decide detener el tránsito o darle paso; pero luego actuaría como “empleado” cuando deba trasladar el preso a Tribunales, o llevar un expediente a otra oficina, etc. Ningún agente tendría así la calidad exclusiva de “funcionario” o “empleado;” todos serían al mismo tiempo, o alternativamente, tanto lo uno como lo otro. La distinción carece pues de sustento real, por cuanto no nos permite diferenciar distintos tipos de agentes del Estado sino, a lo sumo, distintos tipos de actuación de ellos, que tampoco son jurídicamente interesantes de diferenciar. Nada impide que usemos los términos en el lenguaje ordinario como nos plazca: Sólo debemos saber que no tiene proyecciones jurídicas, ni intentar otorgárselas.

### 3. Continuación. Crítica legal

La distinción tampoco se ajusta al derecho positivo, en la Constitución, el derecho supranacional e internacional contra la corrupción, en la Convención Interamericana contra la Corrupción,<sup>2</sup> la igual convención de la ONU y el tratado internacional contra el cohecho transnacional. La misma solución se encuentra en el Código Civil, en el Código Penal y en la ley marco de la regulación del empleo público nacional y en el derecho administrativo internacional.<sup>3</sup> El tema es tan categórico que dudamos ya de la necesidad de seguirlo ejemplificando como todavía lo hacemos en esta 10ª ed., pues la doctrina ya lo ha aceptado, no sin aclarar que ella “ha perjudicado el estudio de la materia durante años”<sup>4</sup> y que cada tanto aparezca algún autor que intente renovar la discusión, como en tantos otros temas que uno consideraría superados.

3.1. El Código Civil establece en su art. 1112 que “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son

<sup>2</sup> Que autoriza la jurisdicción extranjera sobre los hechos cometidos en el país. Ver nuestro art. “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” en ASesoría GENERAL DE GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *VIII Encuentro de Asesores Letrados, Principios de derecho administrativo nacional, provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 1-10.

<sup>3</sup> La base de datos del tribunal más antiguo y con mayor cantidad de entidades sometidas voluntariamente a su jurisdicción es *triblex*, de la OIT, que se encuentra en el sitio <http://www.ilo.org/public/english/tribunal/index.htm> Las referencias que haremos más adelante pueden todas buscarse en dicha base de datos, de constante actualización y perfeccionamiento técnico.

<sup>4</sup> GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, p.11, nota 1.

comprendidos en las disposiciones de este Título” y agrega en la nota: “De los jueces y oficiales del Ministerio Público, de los párrocos en los actos del estado civil, de los conservadores de los registros de hipotecas, de los escribanos, procuradores y de todos los empleados en la administración del Estado.” Como se advierte, mientras el art. utiliza el término “funcionario,” la nota habla de los demás “empleados,” aplicando también a ellos la disposición del art., con lo que en la aplicación de la responsabilidad civil no se hace distinción alguna entre funcionario y empleado.<sup>5</sup>

3.2. Según el art. 77 del Código Penal “Por los términos «funcionario público» y «empleado público» usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.”<sup>6</sup> Como se advierte, la expresión tiene aquí un significado y extensión sumamente amplio, que excede con mucho a quienes integran los cuadros de la administración pública. El art. 268, inc. 2, se refiere a “un cargo o empleo público.”

3.3. La Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759)<sup>7</sup> se refiere genéricamente a “los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio” (art. II.2), lo cual es también claramente amplio. Más aun, el art. I define en forma equivalente su aplicación a “cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades” y aclara que se incluye la función pública “temporal o permanente, remunerada u honoraria.” Igual definición amplia de funcionario público encontramos en la ley 25.319, convención internacional contra el soborno transnacional y el lavado de dinero. En ambos casos, la latitud del concepto en estos tratados se emparenta con la que a su vez brinda el Código Penal.

3.4. En materia de normas de derecho administrativo nacional referido a la función pública la cuestión se vuelto compleja en el aspecto normativo, pues se ha entronizado también una aplicación del derecho laboral.<sup>8</sup> El así llamado

<sup>5</sup> BIELSA, *La función pública*, Buenos Aires, 1960, p. 35; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, TEA, 1951, p. 275.

<sup>6</sup> La “doctrina” de CNCRIM. Y CORREC., Sala III, *Craba*, año 1989, LL, 1990-C, 147 es confusa, pero ello no altera la claridad y vigencia de la norma legal.

<sup>7</sup> Ver nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” LL, 1997-E, 1091; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” JA, número especial de derecho administrativo del 20-12-2001; “La jurisdicción extranjera. A propósito del soborno transnacional (Ley 25.319 y la CICC),” *op. loc. cit.*; CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000, con nuestro prólogo; MANFRONI, CARLOS A., y WERKSMAN, RICHARD, *La Convención Interamericana contra la Corrupción. Anotada y comentada. Medidas preventivas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

<sup>8</sup> Cuyos matices son, por cierto, cambiantes y complejos, más con la existencia ahora de jurisprudencia también de los tribunales laborales. Para el régimen normativo y jurisprudencial pormenorizado ver en especial GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*

“Régimen Jurídico Básico de la Función Pública,”<sup>9</sup> aplicable residualmente<sup>10</sup> a la administración pública nacional, dispuso en su art. 1º lo mismo que luego recoge su norma derogatoria, la ley 25.164,<sup>11</sup> en el art. 3º de su Anexo, que comprende a las personas que habiendo sido “designadas conforme lo previsto en la presente ley, prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo, inclusive entes jurídicamente descentralizados.”<sup>12</sup> Con igual criterio todo el resto del articulado de ambos cuerpos normativos se refiere a las expresiones “el personal,” “agente,” “trabajadores,” “empleo público,” “servicio civil,” etc., evitando hacer distinción entre supuestos funcionarios y empleados.<sup>13</sup>

3.5. La Constitución de 1853/60 decía que el Presidente y Vicepresidente de la Nación “duran en sus *empleos* el término de seis años;”<sup>14</sup> la actual habla en tal párrafo de *funciones*, sin perjuicio de haberse reducido en el art. 90 el término del mandato a 4 años; las otras normas constitucionales mantienen la sinonimia.<sup>15</sup> Igual solución encontramos en el art. 92. En la Constitución, pues, no hay distingo alguno.

3.6. Además, la Constitución de 1994 unifica en el art. 36 la responsabilidad política con algunos tipos de responsabilidad penal, con lo cual se remite nuevamente al concepto *penal* amplio y sin distinciones. Cabe recordar en tal sentido que el código penal invierte la carga de la prueba en materia de enriquecimiento ilícito de los funcionarios o empleados públicos,<sup>16</sup> entendido con criterio amplio:

<sup>9</sup>Decreto-ley 22.140/80. Ver al respecto, entre otros, BARÓ, DAISY L., *La relación de empleo público*, Buenos Aires, FDA, 1982 y sus referencias.

<sup>10</sup>La ley 25.164 la deroga pero, contradictoriamente, dice en su art. 4º que continuará rigiendo “hasta que se firmen los convenios colectivos de trabajo [previstos en la ley 24.185], o se dicte un nuevo ordenamiento legal que reemplace al anterior.” Sólo el tiempo permitirá develar los misterios que provoca esta oscura norma legal.

<sup>11</sup>Reglamentada por decr. 1421/02.

<sup>12</sup>La redacción transcripta es virtualmente idéntica a la del art.1º del anterior “Estatuto del Personal de la Administración Pública Nacional,” decreto-ley 6.666/57, derogado por el decreto-ley 22.140/80. En su momento, BIELSA intentaba hallar en ella una “vaga” distinción, *op. cit.*, p. 35 pero la disposición era ya clara en asimilar los conceptos; ver VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, p. 276.

<sup>13</sup>DE VEDIA, AGUSTÍN, *Derechos constitucional y administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1963, p. 452, destacaba que el decreto-ley 6.666/57 utilizó también una sola expresión, “agente,” sin distinguir entre funcionario y empleado; el decreto-ley 22.140/80 se refirió de igual modo genérico al “personal.” En igual sentido CSJN, *Fallos*, 311-1: 216, *Romeo*, 1988.

<sup>14</sup>DE VEDIA, *op. cit.*, p. 452; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, pp. 272-4. Comp. SANGUINETTI, HORACIO, “Nota sobre el régimen constitucional para designar funcionarios y empleados,” *LL*, 122: 1144, quien intenta encontrar una distinción constitucional en este asunto.

<sup>15</sup>Recuerda así DROMI, *op. cit.*, los arts. 36, “empleos” y “función,” 105 y 110, “empleos.”

<sup>16</sup>Art. 268, inc. 2º, del Código Penal de la Nación: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua.” La norma es censurable por lo extremadamente benigna, en atención que la Convención Interamericana vincula este delito con el del lavado de dinero, el narcotráfico, la corrupción en general y el terrorismo, todos ellos delitos que van en camino de convertirse en delitos de lesa humanidad. Ver también CABALLERO, JOSÉ SEVERO, “El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos. (Después de la reforma constitucional de 1994),” *LL*, 1997-A, 793; MORELLO, AUGUSTO M., “El derecho a probar; su perfil constitucional,” *ED*, 159: 259.

“cargo o empleo público,”<sup>17</sup> lo cual es coherente con la norma interamericana contra la corrupción, antes citada.<sup>18</sup>

3.7. En suma, el derecho positivo argentino y supranacional no hacen diferenciación entre “funcionarios” y “empleados;” por el contrario establecen que todos los agentes de la administración tienen a estos efectos la misma calificación jurídica. Si ello es así y si además la distinción carece de base real, siendo su único sustento el uso vulgar que le asigna el nombre de “funcionario” a los agentes de mayor jerarquía presupuestaria y de “empleado” a los de menor jerarquía, ninguna razón de índole jurídica justifica mantenerla en derecho administrativo: debe por lo tanto eliminársela del uso técnico, sin perjuicio de que cualquiera puede si quiere continuar con el uso social, el que seguramente se mantendrá.

En igual sentido se ha pronunciado ya la jurisprudencia, sosteniendo que el término “funcionario público” empleado en la ley de aduana a los fines de considerar calificado el contrabando, debe interpretarse con alcance amplio, comprensivo también de los que pudieran ser considerados “simples empleados”<sup>19</sup> y que por lo tanto también un guincherero, p. ej., reviste el carácter de funcionario público a los efectos de la ley.<sup>20</sup> En general, el uso jurisprudencial es correctamente promiscuo en utilizar indistintamente una u otra expresión.<sup>21</sup>

#### 4. *El personal regido parcialmente por el derecho privado; o laboral*

Debe así entenderse que, dentro de los agentes de la administración, no existe distinción entre “*funcionarios públicos*” y “*empleados públicos*,” que todos los que están sometidos al del derecho público están bajo un mismo concepto.<sup>22</sup>

Ello no excluye que puedan encontrarse casos de personas que trabajan para la administración pública no en relación de derecho público, sino de derecho

<sup>17</sup> Lo cual incluye también a los funcionarios *ad honorem* que tratamos *infra*, § 6.4.2.2.

<sup>18</sup> La norma no ha resultado eficaz. Muchos de los funcionarios o ex funcionarios corruptos tienen auditados por una consultora de nivel internacional todos los años de su actividad económica, pública y privada. Demás está decir que tales informes contables señalan la licitud y congruencia de los datos indicados en el dictamen. Aunque ello sea inexacto, procura destruir la inversión de la carga de la prueba y volverla a depositar, nuevamente, en la instrucción penal.

<sup>19</sup> CÁMARA FEDERAL CAPITAL, SALA PENAL, *DJ*, 10-IV-1964, p. 335, *Luna*, refiriéndose al art.189.

<sup>20</sup> CÁMARA FEDERAL CAPITAL, SALA PENAL, *DJ*, 10-IV-1964, p. 335, *Franci*.

<sup>21</sup> Ver CSJN, *Fallos*, 249: 140, *Silva*, 1961; 251: 497, *Llorente*, 1961; 258: 41, *Díaz*, 1964; 254: 88, *Paz*, 1962.

<sup>22</sup> La solución es uniforme. Así CNFED. CA, SALA II, *Mayol*, 1994, *LL*, 1995-E, 500: “La relación de empleo público está sujeta a una normativa específica, diferente a la ley de contrato de trabajo que expresamente excluye de su ámbito de aplicación a los empleados públicos.” CNTRAB., SALA 1<sup>a</sup>, *Balado*, 1993, *JA*, 1994-III, 453: “Los dependientes de la administración Pública Nacional, provincial o municipal están comprendidos dentro del régimen jurídico del derecho administrativo, salvo las excepciones contempladas por el art. 2° inc. a) de la ley de contrato de trabajo, al requerir que «por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo».” PTN, *Dictámenes*, 200: 63; CSJN, *Chedid*, año 1997, *LL*, 1998-B, 327: “El principio general aplicable a la relación que media entre el personal de la Administración Pública y el Estado, es que la misma está regida por las normas del derecho público —constitucionales y administrativas— y no por las del derecho privado —laboral o no laboral—.”

privado o incluso de derecho laboral, cuyo número parece ser creciente por la aplicación legal de convenios colectivos de trabajo.

#### 4.1. *Personal obrero en las empresas del Estado. Convenciones colectivas de trabajo*

Tal es el caso de los obreros y empleados de inferior jerarquía de las empresas del Estado, que de acuerdo con la jurisprudencia se consideran sometidos al derecho privado en sus relaciones con aquéllas.<sup>23</sup> Si bien en este caso la jurisprudencia les reconoce un régimen distinto a tales personas, que no cumplen funciones de “dirección, gobierno o conducción ejecutiva,”<sup>24</sup> es de advertir que no los considera por ello “empleados públicos,” sino simplemente empleados regidos por el derecho privado.<sup>25</sup> Esa vieja definición jurisprudencial se ve reforzada en el caso del personal comprendido en convenciones colectivas de trabajo, y en especial los que prestan servicios dentro de empresas públicas.

En cualquier caso, estén o no en empresas públicas, si están sometidas a convenciones colectivas de trabajo de acuerdo al art. 3º *in fine* del anexo a la ley 25.164, se encuentran por igual fuera del ámbito de aplicación del régimen de empleo público, sin perjuicio que pueda haber en algunos casos aplicación analógica de otras normas.<sup>26</sup>

Dado que el derecho laboral tiene una actitud tuitiva hacia la parte más débil de la relación de trabajo, y que a la inversa el derecho administrativo tradicional tiende más a preservar el poder de la administración aún en detrimento del trabajador público, lo consideramos un avance legislativo de importancia, aunque cabe advertir que resta mucho camino por recorrer, por la gran diversidad de criterios que aparecen en los fallos, ante la multiplicidad de normas y la intervención de jueces de distintas jurisdicciones, o sea la administrativa y la laboral, lo que lógicamente produce pronunciamientos no necesariamente coincidentes.<sup>27</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reaccionado vigorosamente contra algunos de los aspectos más censurables del viejo régimen de empleo público, en materia de estabilidad, por lo que todavía puede esperarse mayor evolución. Pero nos parece que los convenios colectivos de trabajo, una vez

<sup>23</sup> CSJN, *Fallos*, 244: 196, *Etcheverry*, 1959; 247: 363, *Benedetti*, 1960; CÁMARA NACIONAL DEL TRABAJO, EN PLENO, *LL*, 104: 618, *Imperiali*, 1961, *DT*, 1963, p. 598; PTN, *Dictámenes*, 89: 245; 90: 1.

<sup>24</sup> CSJN, fallo citado, p. 197. La misma solución es recogida en el art.2º, inc. g) del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, que excluye de su régimen a “Los miembros integrantes de los cuerpos colegiados, las autoridades superiores de las entidades jurídicamente descentralizadas.” En la ley 25.164 la misma regla se introduce en el art. 3º *in fine* del anexo, al establecer que cuando el personal esté regido por la ley de contrato de trabajo, no se aplicará sino ese régimen normativo. Ello no excluye, con todo, que se les apliquen las normas de derecho público de los tratados internacionales mentados en el § 3.3 y en la ley de ética pública.

<sup>25</sup> Cámara Nacional de Trabajo, Sala I, *LL*, 115: 393, *López de Valdueza*, 1963; CSJN, *Fallos*, 244: 196, *Etcheverry*, 1959; 247: 363, *Benedetti*, 1960.

<sup>26</sup> Ver GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, p. 26.

<sup>27</sup> Ver y ampliar en GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, pp. 18/9, 24/5, 26 y ss.

admitidos en la administración pública, difícilmente puedan permitir una vuelta atrás en esta materia. Es posible censurar la aplicación de convenios colectivos de trabajo a la administración pública, con la consiguiente admisión del derecho de huelga, p. ej., pero una vez dado el paso no pareciera tener retorno. Queda por delante entonces la nueva construcción de un régimen laboral dentro de la administración pública.

## 4.2. *El personal contratado de la administración pública*

### 4.2.1. *El personal contratado por el derecho privado*

En igual situación compleja puede encontrarse el personal “contratado,” en el sentido que no es de planta o de carrera, y está vinculado por un contrato que se define expresamente como de naturaleza temporal. Todos los que se desempeñen dentro de la administración lo hacen en virtud de una relación contractual ya que es necesario que su voluntad concorra;<sup>28</sup> pero en la práctica se denomina “personal contratado” a los agentes que trabajan para la administración pública no desde cargos o funciones permanentes, sino a través de convenios de plazo limitado (uno o dos años), que no los incorporan a la carrera administrativa ni les otorgan estabilidad en sus empleos.<sup>29</sup> Pero a su vez el personal contratado puede encontrarse bajo un régimen de derecho público o de derecho privado.

La Procuración del Tesoro de la Nación entendía que “Un personal contratado puede encontrarse en dos *status* diferentes. En un caso, revisten como incorporados a los cuadros de la administración invistiendo una verdadera condición de funcionarios o empleados públicos y, en el otro aunque llamados a colaborar en la prestación de un servicio público mediante el contrato, no se les atribuye aquella condición. Resulta evidente que los contratados de la primera categoría [...] se hallan equiparados en un todo al resto del personal administrativo.”<sup>30</sup> No ha sido fácil hallar la línea divisoria entre los contratados que revestirían la calidad de funcionarios o empleados públicos pero no de carrera ni con estabilidad, y aquellos que estarían sometidos al derecho privado.

Entre los criterios para distinguir si el personal no de carrera sino contratado se rige por el derecho público o por el derecho privado, se ha considerado el que

<sup>28</sup> Esta opinión es hoy pacífica, aunque ha registrado diversas opiniones en el pasado, que pueden consultarse más ampliamente en GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, pp. 18-25.

<sup>29</sup> En este sentido el dec. 2.345/08 sustituyó el régimen de contrataciones reglamentario del art. 64 de la ley 11.672, t.o. 2005, facultando al Jefe de Gabinete de Ministros, a los Ministros, Secretarios de la Presidencia de la Nación, al Jefe de la Casa Militar y a los titulares de Entidades Descentralizadas y Fondos Fiduciarios nacionales, a contratar o solicitar la contratación de personas, según sea el caso, para la prestación de servicios profesionales autónomos que sean necesarios para el desarrollo de tareas, estudios, proyectos u o programas especiales y con término estimable que complementen la gestión de cada jurisdicción o entidad. Esto no excluye la contratación de profesionales en forma directa en razón de su especialidad, cuando así corresponda de acuerdo a la calidad del co-contratante, conforme al régimen general de contrataciones del Estado.

<sup>30</sup> PTN, *Dictámenes*, 58: 305; 76: 202; 83: 226.

no haya sometimiento a horario,<sup>31</sup> o los honorarios se paguen de acuerdo con el arancel pertinente,<sup>32</sup> solución que puede ser de aplicación cuando se contratan los servicios de un profesional. Nada impide tampoco, a nuestro juicio, que la administración contrate servicios profesionales sin un convenio expreso, a la sólo presentación de facturas.

Suele ser decisivo en estos casos, entonces, que el profesional facture conforme a las normas de la AFIP para profesionales autónomos, sea como monotribusta o como inscripto en IVA según su condición fiscal, que además esté regularmente inscripto en la respectiva caja, etc.<sup>33</sup>

En algún caso se ha dicho que la existencia de subordinación jerárquica en el contrato lo asimilaba al derecho público,<sup>34</sup> solución errónea si se tiene en cuenta que también en el contrato de locación de servicios del derecho privado existe un vínculo de dependencia entre el empleador y el empleado. En suma, se trata de una cuestión difícil de resolver en la práctica y las más de las veces será necesario prestar atención a la calificación o al régimen que la propia administración haya dado al contrato.<sup>35</sup>

En el caso *Leroux*<sup>36</sup> la Corte Suprema de Justicia dispuso la prevalencia de las normas de derecho público salvo que existiera un acto expreso que incluyera al trabajador contratado en las disposiciones laborales de derecho privado: “Frente a la existencia de un régimen específico que reglamenta los derechos de los dependientes [...] y a la disposición del art. 2 inc a) de la LCT, según la cual el régimen no es aplicable a los dependientes de la administración pública salvo que por acto expreso se los incluya en éste o en el de las convenciones colectivas de trabajo, no es admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común.”

Posteriormente, la jurisprudencia laboral modificó la aplicación de dicho precedente a la incidencia del antecedente *Leroux* respecto de la estabilidad del

<sup>31</sup> O, como también se ha dicho, “sin horarios, oficinas, jerarquía:” CSJN, *Fallos*, 308-1: 1291, *Ruiz*, 1986.

<sup>32</sup> PTN, *Dictámenes*, 58: 193.

<sup>33</sup> Que a su vez puede ser no solamente el Estado en el sistema de reparto, al haberse suprimido las AFJP, sino también los colegios profesionales provinciales, cuyo régimen de jubilación es autónomo y diferente del nacional. Por supuesto, quienes están en estos regímenes los prefieren al de la administración central, pues tienen más control sobre los fondos dado el carácter asociativo de los colegios, y en todo caso otra solución importaría una doble imposición inconstitucional.

<sup>34</sup> PTN, *Dictámenes*, 91: 274.

<sup>35</sup> P. ej., puede ser ilustrativo si se ha decidido que los aportes jubilatorios ingresan a la Caja del Personal del Estado, o a la de Comercio, etc.; en el primer caso se refuerza la solución de que existe una relación de empleo público, en el segundo, que se trata de una relación de empleo privado. CSJN, *Fallos*, 308-1: 1291, *Ruiz*, 1986: “Es preciso distinguir [...] aquellos supuestos en que el Estado contrata los servicios de personas para funciones no previstas en el cuadro de la Administración, ni en el presupuesto, sin horarios, oficinas, jerarquía ni sueldo, supuestos éstos que se rigen por el derecho común.” La principal consecuencia de esto es excluir la aplicación del régimen de incompatibilidades de los agentes públicos.

<sup>36</sup> *Fallos*, 314:376, año 1991.

agente.<sup>37</sup> Asimismo y en fallos más recientes se resolvió a favor del encuadramiento del agente en el marco del derecho privado y apartándose del precedente *Leroux* en un supuesto en el que se consideró que la utilización del contrato de pasantía era fraudulenta, *in re Bertachini*.<sup>38</sup> En este último supuesto dijo el tribunal laboral que “Resulta manifiestamente irrazonable dejar sin protección alguna a quien prestó servicios dependientes para la administración pública en forma ininterrumpida en cumplimiento de funciones propias y permanentes de esta última, bajo el ropaje fraudulento de supuestas pasantías, sin encuadramiento en el régimen jurídico de empleo público, ya sea permanente o transitorio, ni inclusión expresa en la LCT o en el régimen de convenciones colectivas de trabajo. En este cuadro de situación, el trabajador afectado queda al margen de la estabilidad del empleado público, y tampoco goza de la protección contra el despido arbitrario. De ahí que resulta justo, prudente y razonable aplicar análogicamente las normas que reglamentan e modo menos intenso la protección constitucional contra el despido arbitrario y reconocerle las indemnizaciones similares a las que percibiría un trabajador regido por la LCT en caso de despido incausado o intempestivo.”

Adviértase el énfasis en el despido incausado o intempestivo, lo que no ocurriría si el cese de la relación se produjera solamente por vencimiento del plazo, sin existir circunstancias que permitieran inferir arbitrariedad, desviación de poder, etc., de acuerdo a la jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales.<sup>39</sup>

#### 4.2.2. *Los representantes del sector privado en cuerpos colegiados de la administración pública.*

Mención aparte merece el caso de los particulares llamados a integrar cuerpos colegiados en representación del sector privado: Aunque esa función sea remunerada, a nuestro juicio no existe otro vínculo que el que determina el derecho político de los cuerpos parlamentarios. No son agentes públicos ni

<sup>37</sup> CNAT SALA X, expte n° 18025/02, sent. 13612, 12-V-05, *Bertachini*: “En el precedente *Leroux* [...] [*Fallos*, 314:376, año 1991] la CSJN sentó la conclusión de que frente a un régimen jurídico que reglamenta los derechos de los dependientes y la disposición del art. 2, inc a) LCT, no resulta admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común, excepto que resultara evidente la voluntad estatal de incluir a los empleados en el sistema de la LCT. Sin embargo, ante las modificaciones que sufriera en su integración el Alto Tribunal, con miembros que no se han pronunciado —ni en ese precedente ni en otros posteriores similares— sobre el punto, cabe dejar sentada, ahora sí, la tesis contraria en función de lo que, eventualmente, pudiera surgir de un nuevo examen de la cuestión por parte del Tribunal Supremo en su actual composición. Por ello, si bien pudiera admitirse en términos generales la señalada doctrina, ello no es así en los supuestos como el de autos, en que por aplicación de dichos principios, se pretende excluir de los beneficios de la estabilidad en el empleo a quien no es otra cosa que un trabajador, mediante el simple expediente de acudir a la figura del «contratado».” Ver *infra*, § 10, “La estabilidad del empleado público.”

<sup>38</sup> CNAT SALA V, expte n° 34595/02, sent. 68377, 28-IV-06, *González Dego*.

<sup>39</sup> Estamos aquí ante principios generales del derecho. Es parte de la búsqueda de unificación de soluciones que señala GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, p. 26.

personal contratado de la administración. Por ello no se les aplica el derecho administrativo sino en todo caso por analogía el derecho parlamentario, pero sí tienen la responsabilidad penal de los funcionarios públicos.

#### 4.2.3. *El personal contratado por el derecho público*

Las normas antiguamente propiciadas por el ex Tribunal de Cuentas de la Nación y receptadas normativamente por el Poder Ejecutivo, hacen indispensable contar previamente a la contratación con la respectiva planta de personal temporario, en la cual será inevitable a su vez tener la descripción de las categorías escalafonarias disponibles, a los efectos de la equiparación. La práctica administrativa hace entonces que el contratado vea su remuneración fijada por asimilación a los niveles y grados de la planta permanente, con lo cual su inclusión dentro del régimen de la función pública queda clara.<sup>40</sup>

En cambio, si el sistema de pago es por factura profesional y no por recibo de sueldo, el régimen es privado, tal como lo hemos señalado anteriormente, junto a otros datos como la carencia de horario, oficina, etc., de acuerdo al caso *Ruiz*.

Esa inclusión, desde luego, es efectuada dentro de las obvias limitaciones que el propio régimen establece: En particular, que el contratado carece del derecho a la estabilidad más allá del propio límite temporal de su contrato y que carece consecuentemente del derecho al ascenso, la carrera, etc. Incluso el derecho a la estabilidad está muy cercenado en la práctica, pues el contrato prevé una cláusula de rescisión a favor de la administración pública, sin indemnización. Ello lleva a normas en las cuales ambas partes se reservan el derecho de dar por terminado el contrato, con o sin anticipación o aviso previo y en todos los casos sin derecho a indemnización alguna salvo el resto del propio mes en el cual se produce la rescisión.

Esta modalidad de contratación como agente público y no como personal de derecho privado, constituye la práctica dominante; ello es congruente con lo que explicamos en el cap. VIII, § 3 y 4, respecto a la evolución de la aplicación del derecho privado a la administración pública.

En el derecho administrativo de los organismos internacionales se reconoce de antaño una suerte de expectativa de derechos, en ciertos casos, que daría lugar a una indemnización limitada. No es el caso argentino.

#### 4.2.4. *El personal transitorio o jornalizado*

En el régimen del decreto-ley 22.140/80 se distinguía entre el llamado “personal transitorio” (art. 14), anteriormente calificado como “jornalizado,” respecto del

<sup>40</sup> Parafraseando al art. 9º de la ley 25.164, el régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente..

cual la reglamentación: a) no exigía las mismas formalidades en el contrato-tipo previsto para el “personal contratado” y b) autorizaba a designar personal transitorio extranjero en aquellos lugares geográficos en que este tipo de mano de obra, generalmente migratoria, es cuantitativamente significativa. Salvo estas pequeñas diferencias de matices en cuanto a la manera de formalizar la relación contractual, no existe en verdad diferencia jurídica alguna entre ambos supuestos. La ley 25.164 no tiene en su anexo previsión al respecto.

#### 4.3. *Observaciones comunes*

De lo hasta aquí tratado en materia de personas físicas “contratadas” bajo el régimen genérico de lo que en derecho privado se asimila a una locación de servicios, existen dos posibilidades básicas de encuadre normativo:

a) como contratado dentro del régimen jurídico general del servicio civil;

b) como contratado fuera de ese régimen de la función pública y sin estar sometido a un régimen determinado que no sea el del propio contrato o el decreto-ley de consultoría. A su vez, la afirmación de que este tipo de personas contratadas fuera del régimen de la función pública se encuentran regidos por el derecho privado, no debe ser tomada muy estrictamente, pues existen muchos aspectos de su relación que se encuentran sometidos al derecho público.

Así p. ej., cualquier acto que dicte la administración con respecto a estas personas, como su nombramiento o remoción, a pesar de referirse a una relación calificada como de “derecho privado,” constituye un acto administrativo que debe respetar todos los principios del derecho público en lo relativo a forma, competencia, procedimiento, objeto, etc., pudiendo ser impugnado por tales motivos aunque no se aparte de las normas del derecho privado que motivaron su dictado;<sup>41</sup> con ello queda dicho que la relación entre el agente y el Estado no es nunca sólo de derecho privado, sino siempre, a lo sumo, mixta.

Por ello, la afirmación de que estos agentes se hallan regidos por el derecho privado se refiere más que nada a la no aplicación de principios propios del derecho público, tales como incompatibilidades, prohibiciones, etc. y a la aplicación de algunos principios del derecho privado, como ser una distinta estabilidad, reconocimiento del derecho de huelga, concertación de convenios colectivos de trabajo, etc. Como la ley 25.164 a su vez contempla convenios colectivos de tra-

<sup>41</sup> PTN, *Dictámenes*, 20-7-1966. Así, la irrazonabilidad del acto por desproporcionalidad, que explicamos en las distintas eds. de *El acto administrativo*; últimamente, *infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. VIII, § 8.2, p. 15. Conf. MARIENHOFF, “El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público,” *LL*, 1989-E, 963; COMADIRA, “El exceso de punición como vicio del acto administrativo,” en *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 73 y ss. Nos llama la atención que estos autores hayan enfatizado desde sus respectivos trabajos un principio que estuvo desde siempre en nuestra jurisprudencia de la CSJN y por cierto también en la doctrina nacional y comparada. No representaba novedad alguna en el derecho argentino. Lamentablemente no se encuentran ya entre nosotros para explicarlo con más detalle.

bajo dentro del régimen del servicio civil, las diferencias se achican aun más. En cualquier caso, el marco general de la relación, en lo relativo a los señalados aspectos de competencia, voluntad, objeto, forma, procedimiento, de los actos estatales referidos a dichos agentes, sigue siendo el del derecho público.

c) Una tercera alternativa es que la persona sea contratada fuera del mencionado régimen jurídico básico de la función pública, pero dentro específicamente del régimen del decreto-ley de consultoría, como veremos en el § 8.

### 5. Excepciones dentro del régimen de la función pública

En suma, salvo estos u otros casos de excepción, quienes se desempeñan en la administración pública, centralizada o descentralizada, tienen la calidad de funcionarios o empleados públicos y se rigen en consecuencia —en principio y salvo norma en contrario de los convenios colectivos de trabajo— por el derecho público. Ello no significa, sin embargo, que el régimen jurídico aplicable sea exactamente el mismo en todos los casos; por el contrario, existen muchas diferencias entre los distintos agentes de la administración, derivadas de que no todos ellos están comprendidos en el régimen básico general.

5.1. Por de pronto, dentro de los agentes del Estado hay que diferenciar al ya mencionado caso de los “contratados,” que incluso cuando se rigen por el derecho público tienen en su contrato un régimen de excepción que puede apartarlos de algunas de las normas generales,<sup>42</sup> por lo cual el empleo de este sistema está limitado por normas positivas.<sup>43</sup>

Desde luego, existen muchas dificultades prácticas para determinar cuándo nos encontramos ante supuestos de tal naturaleza. Si se toma la norma en forma absolutamente textual, no existiría en realidad tarea alguna que no pueda ser cumplida por el personal permanente de la administración; esa interpretación reduce la disposición al absurdo, pues implica que no tiene supuesto alguno de aplicación.

A su vez, llevada al otro extremo, en una administración donde con frecuencia se aplican regímenes de austeridad, racionalización, etc., que en la práctica igualan para abajo, reduciendo cada vez más los niveles superiores y especializados de la administración pública, resultaría fácil sostener que ninguna tarea más o menos especializada entra dentro de las que puede desempeñar el personal per-

<sup>42</sup> “En efecto, el régimen denominado de «contrato» es uno de los medios previstos por el ordenamiento jurídico para ingresar a la función pública y su efecto fundamental es apartarse en su regulación de las normas generales que rigen el «contrato de empleo público», en cuanto éstas son derogadas por las cláusulas especiales del convenio,” PTN, *Dictámenes*, 94: 6.

<sup>43</sup> Anteriormente se expresaba el principio en el sentido de tareas que no fueran las habituales del organismo contratante; ver en tal sentido la ley 20.172, art. 8°, 2ª parte; PTN, *Dictámenes*, 91: 274. En la actualidad el art. 9° del anexo a la ley 25.164 dispone que se debe tratar de “servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente.”

manente, sea por recargo de tareas, falta de especialización puntual en aquello de que se tratare; hasta falta de personal de apoyo mínimo para poder realizar funciones para las que se encuentra personalmente capacitado, pero para las cuales no está dotado de los medios materiales y humanos indispensables para su ejercicio. Así p. ej., conocimos el caso de una empresa estatal con más de diez mil agentes, en cuya administración general existían con antigüedad y razonable eficiencia una media docena de personas de secretaría, pero donde no había en cambio **una** buena y eficaz dactilógrafa.

Por supuesto que no proponemos el cuasi-absurdo de que hasta un operador de computadora pueda incorporarse en situaciones normales como personal contratado, pero de todos modos destacamos que el texto normativo no proporciona solución eficaz a la cuestión. Se trata en suma de una cuestión de hecho, a ser resuelta en cada caso concreto en base a la situación fáctica y a una razonable solución de ella. Así p. ej., en el mismo caso de operadores de PC que terminamos de mencionar, la contratación puede justificarse si se trata de organizar un congreso o seminario, publicar un libro, efectuar una versión bilingüe, etc.

5.2. También quedan excluidas de la aplicación del régimen en cuestión las personas que desempeñen funciones por elección popular; los Ministros, Subsecretarios de Estado y Secretarios de la Presidencia de la Nación y las personas que por disposición legal o reglamentaria ejerzan funciones de jerarquía equivalente.

5.3. Tampoco están comprendidos el personal militar, el incluido en la ley de servicio exterior de la Nación, el personal de seguridad y defensa y el clero oficial.

5.4. Los miembros integrantes de los cuerpos colegiados que funcionan en la administración nacional y los que tienen un estatuto propio, como p.ej. el Estatuto del Docente, el Estatuto del Personal Civil de las Fuerzas Armadas, etc.

5.5. El personal administrativo que se desempeña en el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

5.6. El personal que no presta servicios remunerados. Se comprenden aquí los “servicios personales obligatorios” o *cargas públicas*: presidir mesas electorales, deponer como testigo, participar en censos, etc. Si bien constituyen en sentido lato una función o empleo público, son en principio gratuitas,<sup>44</sup> sin perjuicio de que exista una compensación por gastos; no por ello les es de aplicación el sistema normativo del servicio civil.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> En virtud de esta característica y de su *obligatoriedad e impermutabilidad* (hay que cumplirlas personalmente, no las puede efectuar otro por uno ni son en principio redimibles por dinero) es que se exige también que sean *temporales, ciertas* y que respeten el principio de *igualdad*. Son los principios comunes a las cargas tributarias, que son un piso mínimo cuando las obligaciones que la ley crea van sobre la persona y no su patrimonio.

<sup>45</sup> Ampliar en GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, pp. 79-90.

## 6. El personal “ad honorem” y “honorario”

### 6.1. La solidaridad social y su encuadre jurídico

Acabamos de ver que en materia de cargas públicas obligatorias, de carácter personal, la situación es clara en cuanto a que están excluidos del régimen básico general. Su carácter obligatorio y no remunerado no ha provocado otras disquisiciones que la puntualización de la necesidad de ley y que ella sea razonable.

En cambio, ha dado lugar a dificultades interpretativas el caso de quienes prestan voluntariamente servicios no remunerados a la administración nacional. Han existido muchos casos excepcionales en que no era sino una forma de pretender disfrazar situaciones, dando un cierto carácter oficial o público a una persona que por diversas razones no podía estar vinculado al tema: Algunos han terminado procesados. Pero casi en el extremo opuesto aparecen múltiples casos, que reputamos mayoría, en que la colaboración se realiza desinteresadamente por vocación de servicio, solidaridad o simple deseo de contribuir al mejoramiento de la administración sin por ello hacer abandono de su modo de vida habitual, ni tener tampoco una relación censurable con el tema de que se ocupa, un interés contrapuesto al del Estado en el caso concreto, etc. Si la carga pública gratuita, legalmente obligatoria, es vista sin desfavor por la práctica administrativa. No cabe decir lo mismo de la eventual colaboración no retribuida del particular con la administración, en que existe una cierta resistencia hacia ella en la administración pública. Los casos delictivos mencionados dan razón a la suspicacia,<sup>46</sup> pero las colaboraciones mencionadas en segundo lugar requieren ser matizadas.

Y no se crea que nos encontramos ante una mera cuestión de disquisiciones doctrinarias de interés neutro. Muy al contrario, lo que aquí está en juego es por una parte la eficacia del sistema penal para reprimir la delincuencia desde o al lado del Estado; por la otra la flexibilidad con la cual la administración está preparada para admitir la participación de los administrados y ciudadanos en la administración pública, o cuántas trabas y dificultades aquella burocracia estatal está dispuesta a poner a dicha participación ciudadana.

Ésta es, siempre, el requisito básico de una administración moderna en una democracia que merezca el nombre de tal. Por ello es importante distinguir algunos de los supuestos que se han planteado hasta ahora en la práctica administrativa.

### 6.2. La inexistencia de designación

Hasta ahora no se han planteado problemas con aquéllos que colaboran de modo desinteresado *sin designación alguna*: ello no ha constituido en épocas normales motivo de preocupación para los organismos de control, porque advierten que

<sup>46</sup> Ello ocurre cuando el asesoramiento es provisto por alguien interesado en la cuestión que asesora.

se trata de supuestos de colaboración material, insusceptibles de modificar o alterar la organización burocrática.

Se trata, como es evidente, de las distintas formas de “voluntariado,” “meritorios,” “practicantes,” etc.; cambiando de categoría podrían ser los *lobbyistas*, influyentes, “operadores,” etc. De todos modos, adelanta algo de la naturaleza de la cuestión recordar que si no ha provocado debates jurídicos, sí los ha ocasionado políticos, respecto del tipo de tarea que algunos de estos grupos puedan estar realizando, a juicio de otros de signo político opuesto.

Es de interés señalar que en la actualidad, al desbordarse el sistema carcelario y experimentarse con nuevas formas de castigo, también ha comenzado a funcionar una forma de desempeño gratuito de tareas de colaboración bajo la forma de sanción penal, con la aquí denominada “*probation*,” en tal caso tampoco la relación jurídica es la del servicio civil y ni siquiera del derecho administrativo propiamente dicho, sino del derecho penal *stricto sensu*.

### 6.3. *La colaboración gratuita prestada a través de personas jurídicas*

Tampoco parecen haberse presentado problemas en los casos de servicios personales prestados no exactamente a título *individual*, sino como asociado, dependiente, mandatario, etc., de otra institución jurídica distinta: Cruz Roja Argentina, Ejército de Salvación, Caritas, *Greenpeace*, distintas Fundaciones o Asociaciones sin fines de lucro: Cooperadoras escolares, bomberos voluntarios, asociaciones de usuarios, de vecinos, de indígenas, de productores agropecuarios, etc. La colaboración puede incluso asumir el carácter de cuestionamiento administrativo o judicial de decisiones administrativas, lo cual también es una forma de colaboración, en este caso a la vigencia del principio de legalidad. La administración que dicta los actos atacados, por supuesto, rara vez demuestra aceptación del rol positivo de dicha participación.

En todos estos casos la relación del individuo es con *su* institución y ningún lazo jurídico o contractual y mucho menos jerárquico lo liga con la administración eventualmente beneficiaria de sus servicios gratuitos. No ha habido pues problemas de encuadre, en situaciones normales.

### 6.4. *Los casos de designación formal*

#### 6.4.1. *Las hipótesis de participación o representación formal en los cuerpos administrativos*

Cuando un graduado o estudiante es electo para integrar los cuerpos directivos de su Facultad o Universidad, o un usuario el cuerpo directivo de la entidad que le presta determinados servicios públicos, etc., tenemos el primer caso de designación formal, en un servicio normalmente no retribuido, sin que se haya hasta ahora planteado el problema del *status* jurídico de la persona: sigue sien-

do un paraticular y no adquiere la categoría de empleado público. Lo mismo se aplica en los cuerpos académicos colegiados a la elección de autoridades que representan al claustro de profesores: Su representación es asimilable a la de los demás integrantes del cuerpo.

A nuestro modo de ver, todos ellos pueden tener responsabilidades penales y civiles equiparables a las de los funcionarios públicos. Entre las penales se encuentra en primer lugar el delito de corrupción de funcionarios públicos, que se encuentra sujeto a la jurisdicción extranjera, tal como está previsto en la Convención Interamericana contra la Corrupción, que además incluye en el art. 1° a los funcionarios y empleados “seleccionados, designados o *electos*.”

No cabe, en cambio, considerarlos tales en cuanto a los demás derechos y deberes del servicio civil. En particular, p. ej., sería un total contrasentido entenderles de aplicación reglas como el deber de obediencia. Tales personas no son, pues, agentes o trabajadores públicos comprendidos en el régimen jurídico general del servicio civil y las soluciones supletorias que haya menester en los casos ocurrentes habrán de buscarse por la vía del derecho político y parlamentario, no por la del derecho administrativo. Existen suficientes desarrollos al respecto y no es necesario tratarlos aquí.

#### 6.4.2. *Los casos de funciones administrativas sin representación política formal*

Todo se complica cuando existe designación formal y no se trata de la clara situación de representación política que venimos de exponer. Los órganos de control a veces citan como precedente de importancia, que por lo demás suscriben, un informe de un funcionario de la Secretaría de Estado de Hacienda de la Nación, del 30 de junio de 1975. Dijo aquel funcionario que tales personas, “por no estar remuneradas no están comprendidas en el alcance de los cuerpos normativos vigentes en materia de derechos y deberes” —lo que es correcto e indubitable—, pero ello le lleva a sostener la supuesta “conveniencia” de que sólo el Poder Ejecutivo pueda efectuar tales nombramientos.

El criterio fue reproducido por el hoy suprimido Tribunal de Cuentas de la Nación. También la Procuración del Tesoro de la Nación en oportunidades ha llegado a negar la facultad de los ministros para designar personal “ad honorem,”<sup>47</sup> admitiéndoselo en cambio al Poder Ejecutivo;<sup>48</sup> ello, sin perjuicio de puntualizar que, al no entrañar disposición de fondos de la hacienda pública,

<sup>47</sup> PTN, *Dictámenes*, 89: 139.

<sup>48</sup> PTN, *Dictámenes*, 107: 215; “nada obstaba en Derecho a que el Poder Ejecutivo designase, como lo hizo, consejeros «ad honorem» en el mencionado organismo.” Otra discusión es si la remuneración ha de ser motivo para diferenciar la competencia del Jefe de Gabinete para designar funcionarios “ad-honorem:” BARRAZA, JAVIER INDALECIO y SCHAFRIK, FABIANA HAYDÉE, “Las facultades del Presidente de la Nación y el Jefe de Gabinete de Ministros para designar empleados, según un dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación,” *RDA*, 19/20: 589-91, Buenos Aires, 1995; primer art. citado, pp. 394-5. A los efectos de la corrupción, los supuestos quedan equiparados por el art. 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

el entonces Tribunal de Cuentas carecía de competencia legal para formular observación a este tipo de actos, en uno u otro caso.<sup>49</sup> Pero la cuestión central siempre fue la inadecuación funcional del viejo Tribunal de Cuentas para este tipo de función.<sup>50</sup>

Con todo, las razones brindadas para estas soluciones no tienen suficiente fuerza de convicción; el punto de partida de estos criterios consiste en formular una distinción meramente semántica y apriorística, carente de sustento normativo, entre funciones o designaciones “honorarias” y “ad honorem.” En ambos casos nos encontraríamos ante supuestos de ausencia de remuneración o contraprestación en dinero por parte del Estado, lo cual, como bien se desprende del art. 1º del régimen jurídico básico o del anterior Estatuto, implica que tales nombramientos se encuentran excluidos de su régimen, aunque no de las normas de la Convención Interamericana contra la Corrupción. (Art. 1º de ésta.) Una sensata interpretación de esa primera constatación debería llevar a la afirmación de que es bueno y deseable que el Estado procure la colaboración de particulares dispuestos a brindar sus servicios al Estado, sin percibir remuneración o emolumento alguno. Que los servicios o trabajos sean excelentes o no, en nada diferirán con ello de los que también prestan al Estado los funcionarios o agentes remunerados. En cualquier caso, es una obvia economía para el erario público, que no puede así como así despreciarse en un país endeudado y sin recursos fiscales o presupuestarios abundantes y además es un factor y un ejemplo de integración social en el cual se puede ayudar a los excluidos. Además, es claro que si el Estado no puede siempre ofrecer sueldos competitivos con el sector privado, puede con todo en algunos casos obtener colaboraciones desinteresadas para tareas determinadas, que no obliguen al particular a abandonar su *modus vivendi* habitual y le permitan de todos modos colaborar, así sea en forma limitada, con la comunidad. Sin embargo, nada de esto es visto así por la racionalidad irracional imperante en el seno de la administración pública, según veremos a continuación. Toda la cuestión, por lo demás, parte de la diferenciación efectuada sin sustento normativo alguno, entre funciones o funcionarios “honorarios” y “ad honorem.” Más aun, la CICC se refiere a funciones que pueden ser de naturaleza “remunerada u honoraria,” con lo cual borra toda distinción en su propio ámbito de aplicación.

#### 6.4.2.1. *Funcionarios honorarios*

La función “honoraria” importa una dignidad, distinción o categoría ética, efectuada espontáneamente por el Estado, sin implicar una vinculación de “servicio.” Normalmente significa un premio o reconocimiento a la conducta del candidato.

<sup>49</sup> PTN, *Dictámenes*, 89: 139.

<sup>50</sup> Lo explicamos en el prólogo al libro de REGODESEBES, JOSÉ RAFAEL, *El control público*, Buenos Aires, FDA, 1984.

Según este criterio y en palabras de la Procuración, “Las personas designadas en un cargo «honorario», en principio, no tienen funciones específicas que cumplir y, por lo tanto, no son sujetos de derechos ni de obligación alguna.”<sup>51</sup>

#### 6.4.2.2. *Funcionarios ad honorem*

“Por su parte, los funcionarios designados «ad honorem» gozan de las facultades y tienen a su cargo las responsabilidades inherentes al cargo que desempeñan; vale decir, que son titulares de los derechos y sujetos de las obligaciones inherentes a la función pública que cumplen, con las modalidades propias de la naturaleza de su situación de revista.”

El funcionario *ad honorem* sería en este criterio aquel que debe cumplir con algún cometido o trabajo; “tales designaciones deben ser adecuadamente ponderadas, puesto que la falta de retribución puede acarrear el cumplimiento deficiente o, por lo menos, no satisfactorio de las tareas; siempre, claro está, que tal actividad no reditúa otra forma de compensación —honor, prestigio, etc.—”<sup>52</sup>

El criterio tan burdamente crematístico que estamos reseñando ha llegado a su máxima expresión en un caso en que se dijo que “siendo la remuneración no sólo la contraprestación debida por el empleador, sino, fundamental, *el incentivo que determina la realización de la mayoría de las tareas humanas*, salvo los supuestos de actividades cuyo ejercicio reditúa otra forma de compensación (honor, prestigio, etc.), *la falta de esa retribución puede traer aparejado el cumplimiento deficiente o por lo menos no satisfactorio de las tareas.*”<sup>53</sup>

Como se advierte, el criterio es insostenible desde el punto de vista fáctico: importa partir de la premisa expresa de que todos los que trabajan para el Estado lo hacen por dinero; importa seguir con la consecuencia de que en virtud de hacerlo por dinero, lo hacen bien; y llega así a la conclusión de que todo aquel que esté dispuesto a colaborar gratuitamente con el Estado o la comunidad seguramente lo hará ineficazmente y no, en cambio, con la eficacia que caracteriza al desempeño de los agentes que cobran el sueldo.

Se dice así que “Si bien es posible en las plantas funcionales de organismos o dependencias establecer la existencia de cargos «ad honorem» —sobre todo cuando se trate de comisiones asesoras de carácter científico, artístico, etc., a efectos de determinar la dotación del personal de ejecución que habrá de colaborar con aquéllos—, no resulta, en principio, aconsejable, por tratarse de una institución que no goza de general aceptación, ni en la doctrina ni en la legislación nacional.”<sup>54</sup>

En esta última afirmación debemos convenir que, si bien razona falsamente en relación a la realidad, representa en cambio adecuadamente el mundo de

<sup>51</sup> De un informe de la Procuración del Tesoro de la Nación al Secretario de Cultura, año 1981.

<sup>52</sup> Del mismo informe antes mencionado, § 1 *in fine*.

<sup>53</sup> PTN, *Dictámenes*, 113: 170. La bastardilla es nuestra.

<sup>54</sup> Del informe mencionado, § 4 de conclusiones generales.

sentimientos y creencias que anima a la administración argentina hace ya varios decenios. Dicho en otras palabras, constituye una afirmación correcta en lo que hace al estado mental de los funcionarios de la administración nacional, e incorrecta en cuanto a las premisas de hecho que enuncia. Todos aquellos que se han hallado dispuestos a prestar su colaboración desinteresada al Estado, han tenido ocasión de comprobar las verdades emocionales y falsedades empíricas que estamos relatando. La única solución, en tales casos y mientras no cambie la mentalidad administrativa, o se dicten normas expresas al efecto,<sup>55</sup> es como siempre contornear el obstáculo: hacer nombramientos “honorarios” y no “ad honorem,” puntualizar entonces los méritos y reconocimientos que la designación conlleva; o, mejor aun, no hacer nombramiento de naturaleza alguna y simplemente solicitar informalmente la colaboración de que se trate. Esto último es lo más frecuente en la práctica.

Desde luego que estas últimas soluciones no son tampoco buenas, porque implican introducir falacias, en el primer caso y eludir el control de la opinión pública, en el segundo.

Quedan finalmente gran cantidad de casos que están en la frontera entre el nombramiento “honorario” y el “ad honorem” y que hasta ahora los organismos de control no han cuestionado. Los apuntamos aquí por si resolvieran también prohibirlos, en caso de haberlos olvidado: el nombramiento de un miembro de un Jurado para concursos de profesores es desde luego sin remuneración alguna salvo los gastos del viaje en su caso, y supone una distinción u honor; pero también requiere el desempeño de una tarea concreta.

Si el Jurado se convoca para discernir un premio, una distinción, una beca, etc., la situación es la misma: hay honor, hay distinción, pero también hay trabajo que realizar. El Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas está siempre pleno de tales comisiones asesoras. La Secretaría de Cultura de la Nación convoca anualmente a distinguidos jurados para discernir el Primer Premio Nacional en diversas expresiones del arte.

¿Será acaso la conclusión “jurídica” pertinente de la Procuración del Tesoro de la Nación, que no pueden designarse jurados de ninguna especie, sin retribuirles adecuadamente su labor, único modo de que realicen bien su tarea?

¿No ocurrirá tal vez, a la inversa de lo razonado por este organismo, que entonces se tratará de una sinecura evitada por los mejores y anhelada por los mediocres? ¿Ninguno de los que emitió estos dictámenes y repite estos criterios trabajó jamás desinteresadamente por la escuela de sus hijos, integró un jurado, hizo nunca tarea o función alguna que sin brindarle “puntos” para su currículum o “distinciones” para su ego, le permitieran en cambio realizar alguna tarea de

<sup>55</sup> En determinado momento elaboramos un proyecto en tal sentido, que luego de recibir las discrepancias de todos los organismos intervinientes fue desde luego archivado. Los funcionarios políticos, si bien compartían el criterio del proyecto, no se resolvieron a enfrentar tan formalmente la tradición administrativa.

interés para la comunidad? ¿Creen acaso sinceramente que no hay nunca la satisfacción del deber cumplido, el gusto de hacer alguna tarea generosa, el placer de prestar la colaboración desinteresada a una tarea que se valora como útil para la sociedad? ¿Es tan grande el descreimiento que se tiene apriorísticamente en el ser humano, como para no considerarlo nunca capaz de realizar tarea o función alguna desinteresada? ¿Son esos los supuestos éticos de la función pública en nuestra administración nacional? Porque nos resistimos a creerlo, postulamos una vez más la conjetura de que estas distinciones sobre las cuales se han construido las afirmaciones dogmáticas y seudojurídicas que venimos de criticar, son falsas empíricamente y contrarias por ende a derecho, por contravenir el principio fundamental de la razonabilidad de las normas estatales.

### 7. Régimen jurídico de los funcionarios excluidos del servicio civil

No es un problema de fácil solución el determinar cuál es la consecuencia de que una determinada categoría de agentes estén excluidos del régimen general del servicio civil, pero de todos modos incluidos dentro de la función pública y, por lo tanto, del derecho público. Cuando exista un estatuto especial el problema se simplificará, pues se tratará simplemente de acudir a él para determinar a qué principios ha sometido la función de que se trata; sin embargo, cuando ese estatuto no existe o cuando se presenten cuestiones no previstas en él ¿puede acudirse supletoriamente al régimen general? A nuestro juicio no habría inconveniente en hacerlo así cuando se trate de aplicar normas que hacen a los derechos del funcionario, pero no en cambio cuando se trate de aplicar restricciones o limitaciones. Tratándose de deberes, prohibiciones, etc., creemos que ellos deben surgir, sea del estatuto o normas específicas que el funcionario tenga, sea de los principios generales propios de la función pública, tales como deber de obediencia y otros, pero no de la aplicación analógica o supletoria del sistema general. Todo lo que hace al régimen disciplinario, a las sanciones de que el funcionario puede ser pasible, integra el derecho penal administrativo y como tal le resulta también de aplicación el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Es cierto que los precedentes son confusos en materia de derecho penal administrativo y disciplinario, pero los principios generales del derecho penal son de inevitable aplicación. Uno de ellos, a nuestro juicio, es que no puede considerarse conforme a derecho construir prohibiciones o sanciones en base a la aplicación analógica o supletoria de otras disposiciones.<sup>56</sup> No ocurre lo mismo con las normas generales que establezcan derechos o protecciones (prohibición de separarlo del cargo sin sumario previo, derecho a la carrera, a la estabilidad, etc.), las que podrían ser aplicadas en defecto de normas específicas dentro del régimen propio de la función de que se trate.

<sup>56</sup> En sentido similar MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-B, pp. 72-4.

### 8. *El contrato de servicios de consultoría*

El decreto-ley 22.460/81, sobre “Promoción y contrato de servicios de consultoría,” autoriza la “contratación de servicios de consultoría que bajo la forma de locación de obra intelectual o de servicios requiera la Administración Pública Nacional” (art. 1°). Este contrato, tanto en el supuesto de locación de obra como de locación de servicios, puede hacerse con una “firma consultora,” o con un “consultor” individual. En el segundo caso, el art. 2°, inc. 3°, lo define como “todo profesional universitario altamente calificado que a título individual presta servicios de consultoría.” En ese supuesto el consultor individual contratado por éste régimen de locación de servicios, no se encuentra regido por el régimen jurídico de la función pública, sino que es un particular que no encuadra en la calificación de “personal” de la administración pública, “funcionario,” “agente,” etc.<sup>57</sup> En cambio, ello no significa que se rija enteramente por el derecho privado, pues el contrato de consultoría se regula por el propio decreto-ley de consultoría y constituye un contrato administrativo;<sup>58</sup> pero cabe señalar que en la práctica ha sido más frecuente la clara inserción del texto y normas específicas del contrato en el derecho privado que en el derecho público.

Dado que el decreto-ley de consultoría trata conjuntamente tanto la locación de obra como la locación de servicios de consultoría y que existen remisiones expresas a la legislación en materia de contrato de obra pública, pensamos que es a este régimen<sup>59</sup> o en todo caso al derecho privado,<sup>60</sup> pero no al de la función pública, que corresponde acudir en todo lo no previsto en el contrato en particular, o en el propio decreto-ley de consultoría. Es éste el único caso en que un contratado está regido por el derecho público —en lo pertinente, claro está— sin ser funcionario o empleado público, ni regirse directa ni supletoriamente por las normas del régimen jurídico del servicio civil.

### 9. *“Naturaleza” de la relación de empleo público*

Si bien ya sabemos que hablar de la “naturaleza” o “esencia” de alguna institución jurídica no tiene sustento en la teoría general del derecho,<sup>61</sup> lo que aquí en verdad se discute es cuál será el régimen jurídico aplicable, si derecho público o privado, o el derecho laboral, o una mezcla de todos ellos:<sup>62</sup> La tendencia tradicional es que, como norma, la relación de empleo público no puede constituir un

<sup>57</sup> Ver MATA, ISMAEL, “El contrato administrativo de consultoría,” en A.A.D.A., *Contratos Administrativos*, t. 2, *Contratos especiales*. Buenos Aires, Astrea, 1982, cap. XXIV, pp. 227, 243 y ss.

<sup>58</sup> Para algunos aspectos, ver nuestro art. “El precio en el contrato de consultoría”, *JA*, 11-XI-81; ampliado bajo el título “El precio y la responsabilidad en el contrato administrativo de consultoría,” A.A.D.A., *Contratos administrativos*, t. 2, *Contratos especiales*, op. cit., cap. XXII, p.161 y ss.

<sup>59</sup> Leyes 13.064, 12.910, etc.

<sup>60</sup> Así FARINA, JUAN M., *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 656.

<sup>61</sup> *Supra*, cap. I.

<sup>62</sup> Ver y ampliar en GARCÍA PULLÉS (dir.), op. cit., pp. 11-35.

contrato regido por el derecho privado.<sup>63</sup> Ubicada la relación dentro del derecho público, algunos autores sostienen que se trata de un contrato administrativo,<sup>64</sup> otros que el acto de nombramiento es un acto administrativo unilateral, que necesita como condición<sup>65</sup> o como “coadyuvante”<sup>66</sup> el previo consentimiento del interesado; por fin, también se sostiene que se trata de un acto bilateral aunque no contractual.<sup>67</sup> Desde luego, cabe recordar también la tesis, muy fundamental, de que se trata en verdad de un contrato regido al menos parcialmente por el derecho laboral.<sup>68</sup>

En realidad, los argumentos con los cuales se pretende demostrar que la relación de empleo público no constituye un contrato administrativo, parten por lo general de un cierto *preconcepto* acerca de qué es un *contrato administrativo*. En otras palabras, definen primero una regla general y luego buscan si el caso particular se ajusta a la regla general por ellos definida.

Si estiman, p. ej., que sólo hay “contrato” cuando ambas partes son jurídicamente iguales,<sup>69</sup> entonces es claro que esta relación no sería contractual, pues el servidor público está en una relación de subordinación frente a la administración; si, en cambio, se admite que en el contrato administrativo, existe cierta subordinación, entonces aquella razón no es válida para negar a esta figura la calificación de contrato administrativo.<sup>70</sup> Dicha conclusión no varía aunque se

<sup>63</sup> Comp. DEVEALI, MARIO L., “Naturaleza jurídica y regulación legal de la relación de empleo público,” en la *Revista Derecho del Trabajo*, t. XI, 1951, p. 165 y ss.; DE LA FUENTE, HORACIO H., “La privatización del empleo público (Primera parte),” *LL*, 2001-B, 984; “Estabilidad del empleado público. Situación del personal contratado,” *LL*, 2001-D, 911; PETRELLA, ALEJANDRA, “El empleo público en la órbita de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: perspectivas a la luz de una Constitución garantista,” *JA*, 2000-3, 51-64. Es obvio que hay infinidad de contratos civiles en que las partes no son iguales, como lo son todas las relaciones de consumo, para dar tan sólo un ej. manifiesto. El argumento es pues insuficiente.

<sup>64</sup> Así BIELSA, *Derecho administrativo, op. cit.*, t. III, p. 65 y ss.; BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, p. 153; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-B, p. 187; DROMI, *op. cit.*, p. 378 y ss.

<sup>65</sup> La teoría del “acto condición” puede verse en JÉZE, GASTÓN, *Principios generales del derecho administrativo*, t. II-2º, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. 29 y ss.; GRAU, ARMANDO EMILIO, *Estudios sobre la relación de empleo público*, La Plata, 1964, p. 14 y ss.

<sup>66</sup> Así FORSTHOFF, ERNEST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 294 y ss.

<sup>67</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, p. 337 y ss., quien expone también otras teorías anteriores, p. 291 y ss. Ver también BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*, San Pablo, 1972, pp. 10-4. Para un listado más completo ver FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE, *Derecho administrativo. Contratos*, México D.F., Porrúa-UNAM, 2000, pp. 373-83.

<sup>68</sup> Ver GARCÍA PULLÉS (dir.), *op. cit.*, p. 21 y ss.

<sup>69</sup> P. ej., SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, 1951, p. 33 y ss., citado por GRAU, *op. cit.*, p. 25. Este es el principal argumento de la doctrina que afirma que *nunca* existen contratos entre un particular y la administración: GIACOMETTI, ZACCHARIA, *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1960, t. I, p. 442 y ss.

<sup>70</sup> La doctrina clásica en materia de contratos administrativos, precisamente, los caracteriza por el vínculo de subordinación que suponen; si bien hoy en día esto no puede ya ser la nota típica de tales contratos, es indudable que una perfecta igualdad contractual no existe en casi ningún contrato administrativo, razón por la cual no es esa falta de igualdad argumento suficiente para negar carácter contractual a la relación de empleo público.

señale que algunos estatutos disponen que a partir de la notificación del acto de nombramiento, la persona designada queda ya investida del *status* de agente público, aunque no se efectúe el acto formal de la “toma de posesión del cargo,”<sup>71</sup> pues ningún principio jurídico exige que para la perfección de un contrato administrativo se dé comienzo de ejecución al mismo, p. ej., tomando posesión del cargo. La toma de posesión tiene efectos salariales y presupuestarios, pero no da nacimiento al vínculo. En efecto, es típico de los contratos administrativos el ser *consensuales*, es decir, el perfeccionarse por el acuerdo de las voluntades de las partes, sin necesidad de acto formal alguno posterior, salvo que la ley disponga lo contrario.<sup>72</sup>

En cualquier contrato administrativo hallamos así: *a)* un pedido de ofertas de la administración, no siempre presente; *b)* una propuesta u oferta de los interesados en celebrar el contrato con la administración; *c)* la adjudicación administrativa, el nombramiento, etc., que es la aceptación de aquella propuesta y *d)* la notificación de dicha adjudicación: esta última perfecciona el contrato, a menos que la ley requiera un trámite ulterior como condición expresa de perfeccionamiento del contrato.

En la relación de empleo público la situación es similar: *a)* hay un concurso, en el cual se presentan las personas interesadas en ingresar a la administración, en base al llamado oportunamente efectuado para seleccionar ofertas; *b)* un acto de nombramiento, aceptando la solicitud efectuada y *c)* la notificación de dicha designación, lo que de igual modo perfecciona el vínculo. Como se advierte de esto, el observar que ya con la designación queda perfeccionado el vínculo no significa en modo alguno que no estemos ante un contrato administrativo.<sup>73</sup>

Por lo demás, si un contrato existe cuando dos o más personas hacen “una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos,”<sup>74</sup> no vemos cómo puede negarse al acuerdo de voluntades entre la administración y su agente, respecto de sus derechos y deberes recíprocos, la naturaleza de contrato, la función a desempeñar, el sueldo a percibir, el horario a cumplir, todos los cuales están desde luego antepuestos reglamentariamente.

Desde luego, no se tratará ya de la clásica figura contractual del derecho privado, sino de un contrato administrativo, o en la tendencia actual laboral, en el que por consecuencia encontramos aspectos tales como la *mutabilidad* del contrato: La administración tiene atribuciones para variar, dentro de ciertos límites, la forma de las prestaciones o el régimen de la función; el que pueda constituir en ocasiones un *contrato de adhesión*, en que el particular no puede discutir las cláusulas del régimen contractual y sólo puede aceptarlo o rechazarlo; característica ésta que también se presenta en ciertos contratos privados: seguros,

<sup>71</sup> Así GRAU, *op. cit.*, p. 7 y ss., esp. p. 14.

<sup>72</sup> SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1953, pp. 565-8.

<sup>73</sup> Discrepamos así con GRAU, *op. cit.*, p. 14.

<sup>74</sup> Código Civil, art. 1137.

etc. y otras particularidades similares.<sup>75</sup> En lo que respecta a la formulación del problema en la jurisprudencia, puede afirmarse que ésta es coherente en negarle a la relación de empleo público naturaleza de contrato privado y ubicarlo en el derecho público; en cambio, en lo que se refiere a la determinación de qué tipo de relación de derecho público se trata, ella es oscilante e incierta.<sup>76</sup> Pero eso ocurre no a raíz de cuestiones concretas en las cuales la solución del caso dependiera de cuál era el encuadre, contractual o no, del contrato de empleo público, sino más bien de *dicta* en las que el tribunal da sus propias definiciones de doctrina, sin valor vinculante alguno.

En el caso *Bergés*<sup>77</sup> la Corte Suprema dijo que: “Sus relaciones de derecho entre aquella entidad y un empleado público, no nacen de un simple contrato civil de locación de servicios, sino de un acto de imperio o de mando, en virtud del cual, sin ningún acuerdo previo, el Estado inviste al empleado nombrado de la función pública,” es decir, se inclina por una teoría que califica a la relación no sólo como unilateral sino también casi como de imperio: “sin ningún acuerdo previo.” Con todo el respeto que el tribunal merece, eso sólo ocurre en las cargas públicas obligatorias por imperio de la ley, no en la relación de empleo público. Nadie puede ser obligado contra su voluntad a ser funcionario o empleado público, esto es manifiesto.

Posteriormente, en el caso *Corso*, el mismo tribunal se inclinó en cambio por la teoría del contrato administrativo: “Las relaciones de superior con subordinado en el servicio público no están regidas por los preceptos del derecho civil [...] pero si alguna semejanza jurídica pudiera encontrarse entre éstas y el derecho público administrativo, ella sería la del contrato de adhesión.”<sup>78</sup> Allí está cerca de un encuadre razonable, sin dejar de olvidar que sigue siendo *dicta*.

Más adelante se vuelve a cambiar el criterio expositivo, no el régimen jurídico, retomando *obiter dicta* la teoría unilateral, pero ahora con el aditamento de acordarse que se requiere el acuerdo del interesado: “con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Corte, las relaciones de derecho entre el Estado y el empleado público no nacen de un contrato civil de locación de servicios, sino de un acto de imperio o de mando, en virtud del cual se inviste al empleado nombrado, *que acepte su designación*, de la función pública.”<sup>79</sup> Como se advierte, esto es un juego de palabras, pues no se puede hablar de un acto de imperio o de mando, categoría antigua si las hay, en el que no obstante se requiera la aceptación del particular beneficiado. Es simplemente una rémora del Estado de policía que señalaríamos en el cap. II, inexplicablemente subsistente como otras tantas.<sup>80</sup>

<sup>75</sup> CRETILLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 56 y ss.

<sup>76</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, t. III, p. 327.

<sup>77</sup> CSJN, *Fallos*, 166: 264, 1932.

<sup>78</sup> *Fallos*, 194: 111, *Labella de Corso*, 1942.

<sup>79</sup> CSJN, *Fallos*, 220: 383, 404-5, *Gerlero*, 1951.

<sup>80</sup> Un ejemplo *supra*, cap. IV, p. 7, nota 15.

Ni siquiera un honor se puede imponer a quien no lo quiere, ni un premio, ni un beneficio. No puede sostenerse que la jurisprudencia ha aceptado esta última doctrina, en primer lugar por los vaivenes sufridos hasta el presente, pero fundamentalmente porque en todos estos fallos no se discutía en verdad si nos encontrábamos ante una relación unilateral o ante un contrato administrativo; las consideraciones efectuadas por el tribunal al respecto son meramente incidentales y por lo tanto carecen de valor decisivo como precedentes.

La cuestión no está resuelta en la jurisprudencia,<sup>81</sup> aunque últimamente son varios los fallos en que se la considera contrato administrativo.<sup>82</sup> Es que los fallos solamente deciden el régimen jurídico aplicable: La calificación conceptual de ese régimen no es tarea de los jueces sino de la doctrina, y aún si los jueces entran en ello, no se trata de un *holding* sino de un *dictum* sin carácter de fuente formal o informal del derecho.

En todo caso, quizás no sea casual que ante la desvalorización manifiesta del régimen jurídico del contrato administrativo,<sup>83</sup> ya no se haya necesitado recurrir a la teoría de la potestad unilateral para fundamentar nuevas y fuertes restricciones a los derechos del agente público, reforzando por lo demás su inmanente inseguridad jurídica,<sup>84</sup> paralela a la del particular frente a él mismo como siempre recordaba BIELSA.

Pero al menos un progreso notorio se ha realizado: La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado el carácter alimentario del salario del agente público,<sup>85</sup> con todas las consecuencias prácticas y jurídicas que de ello se desprenden y pueden a mayor abundamiento desarrollarse.

Entre los puntos débiles del sistema está el régimen jubilatorio, que la administración o el legislador constantemente devalúan, atacan o destruyen, sin que la CSJN haya podido dar remedio efectivo a la situación, a pesar de haberlo

<sup>81</sup> VILLEGAS BASAVILBASO, refiriéndose a los casos *Bergés* y *Corso*, sostiene también que el problema no tiene solución firme (*op. cit.*, t. III, p. 327.)

<sup>82</sup> Ver los casos que explica ALETTI, "La emergencia en el empleo público nacional," *op. cit.*, pp. 295-314.

<sup>83</sup> Ver supra, cap. XI, "Clasificación de los contratos administrativos." Ver también ARIAS, LUIS FEDERICO, "Emergencia y empleo público: una distorsión ideológica en la teoría de la contratación administrativa y los derechos sociales," en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 86 y ss. Por eso el trabajo del mismo autor, "Algunas reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la relación de empleo público," en BASTONS (dir.), *Empleo público*, *op. cit.*, pp. 57-82, luego de relatar las peripecias jurisprudenciales del agente público, concluye, en forma deliberada y notoriamente condicionada, que "la aplicación de los principios de la contratación administrativa, conjuntamente con la protección que dimana de la categoría social del Derecho, conjugada con la aplicación supletoria del derecho laboral, extienden un marco de protección adecuado y un equilibrio de todos los intereses implicados."

<sup>84</sup> ALETTI, *op. cit.*, p. 304, quien además transcribe en igual sentido, en su nota 29, el importante cons. 4° del voto de PETRACCHI en el caso *Tobar*, LL, 2002-E, 428, fallo allí igualmente reseñado.

<sup>85</sup> ALETTI, *op. cit.*, p. 313, § 8, "El carácter alimentario del salario y la prioridad de los recortes," quien recuerda la conclusión del caso *Tobar* y los comentarios al respecto, que cita en nota 66; a lo que cabe agregar el encuadre teórico realizado por ARIAS en sus dos trabajos antes citados en la nota 83.

intentado reiteradamente. Tal vez no la tenga, en un país donde los débiles son siempre la variable de ajuste.<sup>86</sup> La jurisprudencia es vacilante en cuanto a la prelación del derecho administrativo y la aplicación del derecho laboral, fruto en parte del relativo galimatías normativo existente y en parte, también, de la de determinación del tribunal en cada oportunidad. A veces primero se resuelve mentalmente cuál es la mejor solución y luego se dan las razones que la sustentan.<sup>87</sup> En *Leroux* se adujo la prevalencia del derecho administrativo salvo un acto expreso que incluyera al trabajador en las disposiciones laborales.<sup>88</sup>

Otros fallos se apartaron de dicho precedente.<sup>89</sup> En otros se argumentó el encuadramiento en el derecho privado en un supuesto en el que se consideró que el tipo del contrato era fraudulento en contra del agente.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> Para las soluciones jurisprudenciales que han podido alcanzarse aún frente a tal contexto ver DANIELE, MABEL, “El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la Sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales,” en FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Direito Administrativo Brasil – Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 543-87; reproducido en *Res Publica Argentina, RPA*, 2007-1: 31; “La emergencia en Salud. Jurisprudencia de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en ZAYAT, VALERIA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia*, V, Buenos Aires, FDA, 2006, pp. 129-46.

<sup>87</sup> Nos remitimos a lo expuesto con mayor detalle en “Cómo leer una sentencia,” *Actualidad en el Derecho Público*, 2000, 14: 29/53, Buenos Aires, 2001; *Revista Universitaria La Ley*, año III, n° 4, agosto de 2001, pp. 9-21; cap. V de *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007 y edición como e-book gratuito en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com) También en su versión inglesa y francesa, Londres, Esperia, 2003, todas con prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS.

<sup>88</sup> *Fallos*, 314:376, “Frente a la existencia de un régimen específico que reglamenta los derechos de los dependientes de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y a la disposición del art. 2 inc a) de la LCT, según la cual el régimen no es aplicable a los dependientes de la administración pública salvo que por acto expreso se los incluya en éste o en el de las convenciones colectivas de trabajo, no es admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común.”

<sup>89</sup> CNAT SALA X, *Bertachini*, expte n° 18025/02, sent. 13612 del 12/5/05: “En el precedente *Leroux* [...] y en muchos otros, la CSJN sentó la conclusión de que frente a un régimen jurídico que reglamenta los derechos de los dependientes y la disposición del art. 2 inc a) LCT, no resulta admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común, excepto que resultara evidente la voluntad estatal de incluir a los empleados en el sistema de la LCT. Sin embargo, ante las modificaciones que sufriera en su integración el Alto Tribunal, [...] cabe dejar sentada, ahora sí, la tesis contraria en función de lo que, eventualmente, pudiera surgir de un nuevo examen de la cuestión por parte del Tribunal Supremo en su actual composición. Por ello, si bien pudiera admitirse en términos generales la señalada doctrina, ello no es así en los supuestos como el de autos, en que por aplicación de dichos principios, se pretende excluir de los beneficios de la estabilidad en el empleo a quien no es otra cosa que un trabajador, mediante el simple expediente de acudir a la figura del «contratado.»”

<sup>90</sup> CNAT SALA V, *González Dego*, expte n° 34595/02, sent. 68377 del 28/4/06: “Resulta manifiestamente irrazonable dejar sin protección alguna a quien prestó servicios dependientes para la administración pública en forma ininterrumpida en cumplimiento de funciones propias y permanentes de esta última, bajo el ropaje fraudulento de supuestas pasantías, sin encuadramiento en el régimen jurídico de empleo público, ya sea permanente o transitorio, ni inclusión expresa en la LCT o en el régimen de convenciones colectivas de trabajo. En este cuadro de situación, el trabajador afectado queda al margen de la estabilidad del empleado público, y tampoco goza de la protección contra el despido arbitrario. De ahí que resulta justo, prudente y razonable aplicar análogamente las normas que reglamentan e modo menos intenso la protección constitucional contra el despido arbitrario y reconocerle las indemnizaciones similares a las que percibiría un trabajador regido por la LCT en caso de despido incausado o intempestivo.”

No está pues dicha la última palabra y cabe esperar muchos pronunciamientos dispares antes que las aguas eventualmente se aquieten, si llegan a hacerlo.

## 10. *La estabilidad del empleado público*

### 10.1. *En general*

Ha sido clásico en el derecho administrativo internacional la percepción del derecho a una carrera administrativa y a la estabilidad en el empleo, que recogió en su momento nuestro país, en el art. 14 *bis* de la Constitución que garantiza la estabilidad de los empleados públicos, habiéndose entendido que dicha norma es operativa, es decir, rige aun en ausencia de ley reglamentaria.<sup>91</sup> Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha declarado que las condiciones requeridas para poder interpretar que una norma constitucional es operativa “aparecen cumplidas respecto del art. 14 «nuevo» de la Constitución Nacional en la parte que imperativamente establece que las leyes asegurarán la «estabilidad del empleado público». Porque en su recto sentido la norma proscribiera la ruptura discrecional del vínculo de empleo público y es, así, susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas.”<sup>92</sup> Con igual alcance se ha interpretado que es aplicable en las jurisdicciones locales.<sup>93</sup> Esta norma operativa puede ser aplicada en ausencia de ley reglamentaria, pero no es una garantía absoluta, pues, como todos los derechos reconocidos en la Constitución, se ejercen según las leyes que *razonablemente* los reglamenten. Y allí desde el inicio el *quid* de la cuestión, pues el legislador siempre quiso regular restrictivamente ese derecho. Es igual que al presente, el legislador y el administrador no comparten la norma constitucional y hacen lo posible para apartarse de ellas. Muchas veces lo consiguen.

En tal sentido, la CSJN ha sostenido antiguamente, pero no en su actual composición, que la estabilidad del empleado público era *impropia*, es decir, un derecho cuya tutela no requería “la preservación en especie de las situaciones existentes,” sino que “se satisface con el reconocimiento de derecho a indemnización por los eventuales perjuicios derivados de una cesantía discrecional.”<sup>94</sup>

Por ello, según esta vieja postura, la ley podía disponer que en caso de cesantía injustificada el empleado sólo tuviera derecho a indemnización. En el régimen de la función pública internacional los tribunales administrativos tienen una u otra solución, según sean las normas aplicables en cada institución. La solución

<sup>91</sup> LECOT, ALBERTO GREGORIO, “Estabilidad del empleado público,” *Derecho del Trabajo*, t. XX, 1960, p. 196; RIVAS, JOSÉ MARÍA, “Consideraciones generales sobre la reforma constitucional,” *Derecho del Trabajo*, t. XIX, 1959, pp. 81 y ss., 83; PTN, *Dictámenes*, 90: 44.

<sup>92</sup> CSJN, *LL*, 119: 137, *García*, 1965.

<sup>93</sup> CSJN, *Carma*, 1991, *LL*, 1992-A, 159; CNCiv., Sala F, *Reyes, Estela*, 1993, *JA*, 1994-II, 520.

<sup>94</sup> CSJN, *LL*, 119: 141, *Enrique*, 1965, con disidencia de ABERASTURY, PEDRO; ZAVALA RODRÍGUEZ, CARLOS J. y BOFFI BOGGERO y nota de NERVA coincidente; CSJN, 310-1: 1065, *Salandria*, 1987; 307-1: 1189, *Castiñeira de Dios*, 1985, etc.

tradicional, con todo, es bastante similar a la del derecho administrativo local tradicional en los distintos países, por lo que resulta excepcional que se disponga la restitución en el cargo.

Dicha hipótesis significó en nuestro país, durante muchos años, un desconocimiento de la garantía establecida en la Constitución.<sup>95</sup> Pero en dos pronunciamientos recientes,<sup>96</sup> la CSJN revirtió dicho concepto, afirmando el carácter *propio* del derecho a la estabilidad en el empleo público.<sup>97</sup> Se trataba de dos agentes de la Administración Federal de Ingresos Públicos, que se regían por el convenio colectivo 56/92, que en su art. 7° disponía la facultad de la administración de despedirlos sin justa causa con la consecuente indemnización.

La Corte declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto y condenó a la Administración Nacional de Aduanas en un caso, y a la Dirección General Impositiva en el otro, a reintegrar a los agentes. En esto, como en otras cuestiones, la decisión es conforme a la jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales, que por lo general tienen la facultad de disponer la reincorporación de quien fuera separado ilegalmente, o en su lugar imponer una substancial indemnización.

Pero cabe apuntar que esa vieja tendencia internacional, a que la Corte adhiere en estos pronunciamientos precisamente porque está en la Constitución, no es la tendencia hoy prevalente en las normas de los organismos internacionales. Lo mismo ocurre en el derecho del trabajo, en que algunos comienzan a cuestionarse si el caso del derecho norteamericano, que no proporciona tutela al empleado en la relación de derecho privado, no constituye un mejor estímulo al efectivo cumplimiento de las funciones y en definitiva al desarrollo del país.

En los países en que la tutela normativa y judicial existe, ello se refleja adversamente en los salarios, pues el empleador debe entonces, hasta por consejo de sus contadores, calcular de antemano las indemnizaciones que deberá pagar en caso de despido, y contemplarlas en los balances como previsión para despidos, lo cual lo “obliga” a reducir los salarios para hacerlos compatibles con la previsión del balance.

<sup>95</sup> FIORINI, BARTOLOMÉ A., “La estabilidad, garantía de derecho público,” *Revista Derecho del Trabajo*, julio de 1965, p. 352 y ss.; ABERASTURY y ZAVALA RODRÍGUEZ, voto en disidencia citado; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. III-B, p. 292; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, “La estabilidad en el empleo público y el régimen de prescindibilidad del agente por motivos extradisciplinarios,” *RADA*, 1: 79, 90, 91, Buenos Aires, 1971. En base a este principio de la estabilidad “impropia” diversos gobiernos dictaran leyes sobre “prescindibilidad:” en este sentido pueden verse sucesivamente las leyes 17.343, 17.467, 18.724, 20.549, 21.260, 21.274. El decreto-ley 22.140/80 terminó de hecho con la estabilidad, al instituir en forma permanente la “disponibilidad.” El sistema mencionado se aplica desde entonces constantemente y ha sido también recogido por el art. 11 del anexo a la ley 25.164.

<sup>96</sup> *Madorrán*, LL, 2007-C, 258; *Ruiz*, 15/V/07.

<sup>97</sup> Estos fallos han provocado un alto número de comentarios, como era de esperar. Entre tantos otros recordamos las notas de WALTER F. CARNOTA, LL, 2007-C, 286; JOSÉ PABLO DESCALZI, LL, 2007-C, 502; MARÍA C. HOCKL, LL, 30-V-2007, 8; NICOLÁS DIANA y GONZALO S. KODELIA, LL, 2007-C, 522; JORGE L. BASTONS, LL, 2007-C, 655; MARÍA AGOSTINA SABATINO ARIAS, LL, 08-X-2007, 6; HORACIO H. DE LA FUENTE, LL, 2007-E, 684; VILLOLA, L. MATÍAS, “Las cosas en orden,” LL, 2007-F, 99, etc.

Entre las normas que reglaron la materia en el país pueden citarse el art. 24 del antiguo decreto-ley 6.666/57, derogado por el decreto-ley 22.140/80, según el cual el agente que consideraba que había sido separado ilegítimamente de su cargo podía recurrir en forma directa contra el acto de cesantía o exoneración para ante la CNFed. CA. Si el tribunal disponía la reincorporación del agente —taxativamente previsto en el art. 27 del Estatuto— ella se hacía efectiva en distinta dependencia pero en funciones de categoría, clase y grupo iguales a las que tenía el agente antes de la separación. De acuerdo al art. 29, el interesado podía optar por recibir una indemnización, en lugar de reincorporarse a la administración.

El decreto-ley 22.140/80 previó en cambio un pase discrecional a “disponibilidad” y el pago de los salarios por un año. La ley 23.697 facultó a disponer la baja por razones de servicio, sentando bases indemnizatorias; es también lo que contempla el art. 11 de la ley 25.164. Continuos decretos y leyes prevén retiros voluntarios, jubilaciones anticipadas, reducciones de personal, recortes salariales.<sup>98</sup> Todo ello, sin prever como contrapartida una equitativa compensación.<sup>99</sup> Las normas son cambiantes, pero no para mejor.<sup>100</sup>

En lugar de intentar siempre seleccionar a los que puedan ser mejores para la función pública estable y permanente se termina propiciando, a la inversa, el alejamiento de quienes tienen mejores oportunidades de empleo fuera del ámbito público.<sup>101</sup>

La razón de ser de esta contradicción entre el principio constitucional de estabilidad y la vigencia práctica (legislativa y administrativa que durante años fue convalidada por la justicia) del principio opuesto de la inestabilidad, ha de encontrarse en la aparente imposibilidad, al menos hasta el presente, de contar con un cuerpo permanente, reducido y eficiente de agentes públicos. En efecto, hay una constante tendencia contrapuesta a incrementar con notorio exceso, en ocasionales épocas de aparente bonanza, las plantas permanentes de funcionarios

<sup>98</sup> CSJN, Fallos 323: 1566, *Guida, LL*, 2000-C, 828; *Tobar, LL*, 2002-E, 428 y *Müller, LL*, 2003-C, 293. Ampliar en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Emergencia económica, inconstitucionalidad sobreviniente y control de razonabilidad en el caso Tobar”, en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 143-55; BIANCHI ALBERTO B., “De Guida a Tobar (La sinuosa ruta de los salarios de los agentes públicos),” *JA*, 2002-III, 287; ARIAS, “Emergencia y empleo público: una distorsión ideológica en la teoría de la contratación administrativa y los derechos sociales,” *op. cit.*; VOCOS CONESA, JUAN MARTÍN, “Reducción de haberes de los empleados públicos: el capítulo que faltaba (a propósito del fallo «Müller»),” *LL*, 2003-E, 290; EGEA, FEDERICO MARIANO, “Intervención efectiva del Congreso de la Nación y validez en los decretos de necesidad y urgencia. El fallo «Müller»,” *LL*, 2004-A, 353; ALETTI, *op. cit.*, pp. 295-314.

<sup>99</sup> Ampliar en ALETTI, “La emergencia en el empleo público nacional,” *op. cit.*, pp. 295-314, esp. pp. 310-2.

<sup>100</sup> Algunas normas de tal tipo pueden verse en DROMI, *op. cit.*, p. 381.

<sup>101</sup> En igual sentido, ALETTI, “La emergencia en el empleo público nacional,” *op. cit.*, esp. 295-6. Ver también BASTONS, “Las nuevas coordenadas del empleo en el sector público,” en BASTONS, *op. cit.*, p. 15 y ss.

de las distintas administraciones y, en los casos extremos de insolvencia fiscal, que cada tanto se repiten, reducirlos drásticamente pero no razonablemente.

Sin embargo, luego del dictado de la ley 25.164, cualquier reglamentación que se exceda respecto de lo regulado por dicha norma, y no respete el piso de derechos que otorga a los empleados públicos, debe ser calificada de inconstitucional, como lo hizo la Corte.<sup>102</sup>

En el fallo *Shnaiderman* de 2008 la Corte Suprema ha expresado que la circunstancia de que el art. 17 inc. a) de la ley 25.164 supedita la adquisición de la estabilidad a la idoneidad para la gestión durante un período de doce meses, constituye un aspecto que limita la discrecionalidad y es necesario fundamentar el acto mediante expresas razones. La jurisprudencia de los tribunales administrativos internacionales exige siempre la motivación adecuada, salvo cuando el órgano esté adoptando una decisión conforme a lo sugerido por el órgano mixto, con representantes de los agentes y de la administración, para entender en las apelaciones contra sus medidas. En todo caso, la decisión sigue igualmente sujeta a control judicial suficiente, en el derecho administrativo internacional de estos tribunales.

## 10.2. *El personal contratado*

El personal contratado no tiene estabilidad<sup>103</sup> pero tiene derecho a percibir los salarios caídos si es separado del cargo antes del plazo, sin que medie culpa suya: “la designación de una persona por un plazo determinado obliga a la Administración a respetarlo, salvo razones justificadas de su revocación y, en su caso, con el debido resarcimiento pecuniario de los daños ocasionados. Mientras rija la designación, el funcionario, si bien no se encuentra amparado por el derecho a la estabilidad, ha adquirido el derecho a exigir de la Administración el cumplimiento de los términos establecidos en el acto de su designación.”<sup>104</sup>

El principio que acabamos de enunciar, con todo, se torna inaplicable cuando el contrato prevé, como es habitual, una cláusula rescisoria discrecional sin necesidad de expresar causa y sin indemnización. Por supuesto no existe renovación automática del contrato a su vencimiento, salvo previsión expresa,<sup>105</sup> y la vía judicial no es la de la apelación de los arts. 40 a 42 del decreto-ley 22.140/80,<sup>106</sup> sino la vía ordinaria o sumaria según corresponda.

<sup>102</sup> Ver VILLOLA, L. MATÍAS, *op. cit.*, en nota 70.

<sup>103</sup> Al igual que todo el personal “no permanente:” CSJN, *Fallos*, 310-I: 195, *Rieffolo Basilotta*, 1987; ver también los casos *Gil y Galeano*, *RAP*, 134: 253 y 135: 249, Buenos Aires.

<sup>104</sup> CNFed. CA, Sala IV, 1989, *Buitrago, LL*, 1990-A, 100.

<sup>105</sup> Cuando la relación de empleo público se entabla sobre la base de un contrato sujeto a plazo cierto, se extingue automáticamente por el mero vencimiento del término, sin necesidad de acto administrativo alguno y ningún efecto puede producir respecto del agente su subsistencia en el cargo, por propia voluntad y sin consentimiento de autoridad administrativa competente: CSJN, *Fallos*, 310-III: 2927; *Marignac*, año 1987, 310-I: 1390; *Jasso*, 1987.

<sup>106</sup> CSJN, *Fallos*, 310-I: 195, *Rieffolo Basilotta*, 1987.

En el derecho administrativo internacional existía una tendencia contraria, tendiente a resguardar el derecho del funcionario a la razonable expectativa a la renovación del contrato, también llamado confianza legítima, pero en muchos organismos internacionales se han ido dictando normas expresas tratando de revertir la tendencia y aproximarla en cierto sentido a la solución de otros derechos. De todas maneras, en ese régimen internacional el acto de separación de un personal contratado, así sea por vencimiento del término, es analizado bajo el prisma de los requerimientos jurídicos de un acto administrativo, por lo que si se llegase a demostrar un motivo impropio o ajeno al servicio, el agente tendría derecho a indemnización

### 11. *La responsabilidad*<sup>107</sup>

Este es un tema en el cual el derecho en general se encuentra en mora con la sociedad y el Estado de Derecho, pues cada vez son más visibles los casos de agentes públicos, sobre a todo a niveles de decisión, que actúan, lisa y llanamente, irresponsablemente, sin que pueda hallarse una solución eficaz al problema: Ni preventiva, ni siquiera represiva. No se trata por supuesto de buscar castigo por el castigo mismo, se trata de tratar de hallar algún mecanismo por el cual el derecho disuada la comisión de estos hechos. Hasta ahora el derecho nacional no parece haber encontrado respuesta efectiva al problema, con el consiguiente deterioro de todo el aparato del Estado.

Clásicamente la responsabilidad de los agentes públicos se clasifica en civil,<sup>108</sup> penal, administrativa o disciplinaria y política.<sup>109</sup> Ninguna de ellas tiene un funcionamiento eficaz.<sup>110</sup> La responsabilidad civil, según veremos, no es impulsada por los damnificados por sus actos demandándolos junto al Estado por la reparación del perjuicio; ni tampoco el Estado ejerce la acción de *in rem verso* contra los agentes que le hicieron incurrir en responsabilidad. La consecuencia práctica es que el funcionario es civilmente irresponsable de los daños que comete; como ha dicho JUAN FRANCISCO LINARES, por las razones que fuere ello no forma parte de nuestra cultura ni de nuestra tradición.<sup>111</sup>

La responsabilidad penal, de la cual el Código Penal presenta múltiples figuras delictuales, no es objeto de aplicación ni siquiera en materia de las dádivas o regalos cuantiosos que algunos funcionarios públicos de alto nivel reciben públicamente en razón de sus funciones. Diversos presidentes de la Nación han recibido dádivas mientras se encontraban en ejercicio del poder y no pareciera

<sup>107</sup> Ampliar y comparar en DROMI, *op. cit.*, p. 385.

<sup>108</sup> Que tratamos *infra*, en el cap. XIX del t. 2 de esta obra.

<sup>109</sup> El juicio político. Cabe agregar como causal inhabilitante para la función pública el haber incurrido, con posterioridad a 1994, en alguno de los supuestos del art. 36 de la Constitución.

<sup>110</sup> Critica esta afirmación BALLESTEROS, *op. cit.*, pp. 457-8, aunque a nuestro juicio confundiendo el plano empírico, al que nosotros nos referimos, con el de dogmática jurídica, en que como el autor referido bien lo dice, normas no es lo que faltan.

<sup>111</sup> *Infra*, t. 2, cap. XIX.

haber respuesta eficaz del derecho. en la práctica. para impedirlo o al menos sancionarlo.

Se publicitan en las revistas y diarios, pero la acción penal no se inicia o no progresa; mucho menos en la multiplicidad de otros delitos que el Código contempla. Tampoco es eficaz el sistema penal viviente para reprimir el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, por más que se lo haya incluido en la Constitución de 1994 y tenga en el Código Penal la inversión de la carga de la prueba. Los más astutos han demostrado que no hay buen abogado que pueda ser incapaz de sortear el inconveniente. Otros cometen sus actos de corrupción *por escritura pública*, para que no quede ninguna duda de que se consideran titulares de la más absoluta impunidad. Y como siempre pueden acceder a nuevos cargos públicos, bicicletearán el proceso judicial hasta el final de sus días.

La responsabilidad administrativa a veces se guía por el mismo criterio que se dice induce la justicia para la responsabilidad ética de los abogados públicos: todo se perdona, menos romper el código de silencio, la *omertà*.<sup>112</sup> Por eso adquiere mayor relevancia agregar a esos cuatro grupos disfuncionales de responsabilidad, o funcionales de irresponsabilidad, la responsabilidad penal internacional por actos o hechos de corrupción, que regula la Convención Interamericana contra la Corrupción, ley 24.759 y la convención internacional contra el soborno transnacional y su lavado de dinero, ley 25.319, además de la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.

Como decimos en otra parte de esta 10ª ed. del presente vol.,<sup>113</sup> ya los bienes del Estado no pueden trasladarse al exterior ante el temor fundado de que sean embargados y vendidos para satisfacer parte de nuestro *default*;<sup>114</sup> lo propio puede ocurrir en el futuro con los ex funcionarios públicos, que deban enfrentar aunque sea tardíamente las causas penales que se les abran en el exterior, cuando internamente no sean juzgados.<sup>115</sup>

<sup>112</sup>PARDO, JUAN ÁNGEL, "Ética profesional. Errónea interpretación judicial," *LL*, 1998-C, 337, nota al fallo *Grittini*, CNFED. CA, Sala III, *LL*, 1998-C, 338.

<sup>113</sup>*Supra*, cap. II, § 5.3, "El sistema y los intersticios," esp. pp. 31-3 y nota 155. Ver también cap. IV, p. 25, § 3.7.8 y notas, pp. 26-7.

<sup>114</sup>Ver GARCÍA, FERNANDO, "El arte argentino no puede viajar: temen embargos de bonistas europeos," *Clarín*, 26 de febrero de 2009, p. 30. A ello cabe que ahora se pueden ejecutar en tribunales extranjeros las sentencias de condena en los tribunales arbitrales del CIADI, como explicamos en los caps. II y IV, referidos en la nota precedente.

<sup>115</sup>Ver *supra*, cap. IV, p. 25, § 3.7.8 y notas, pp. 26-7.

## Capítulo XIV

### CLASIFICACIÓN DE LOS ENTES PÚBLICOS<sup>1</sup>

#### 1. Centralización, desconcentración y descentralización

La *centralización* implica que las facultades de decisión están reunidas en los órganos superiores de la administración. Es el estadio más primitivo de la administración pública central, la consagración del cacicazgo.<sup>2</sup> Conviene destacar que el Presidente de los EE.UU., a pesar de su gran poderío, puede tomar muchas menos decisiones que nuestro Presidente y tiene además muchos más controles internos y externos del resto del aparato estatal.<sup>3</sup>

En la *desconcentración* se han atribuido partes de competencia a órganos inferiores, pero siempre dentro de la misma organización o del mismo ente estatal (Jefe de Gabinete, Ministros, Secretarios de Estado, Procurador del Tesoro de la Nación, direcciones generales o nacionales.)

La *descentralización* aparece cuando la competencia se ha atribuido a un nuevo ente, separado de la administración central, dotado de personalidad jurídica propia y constituida por órganos propios que expresan la voluntad del ente. Para que sea una contribución a la estabilidad y continuidad democrática, es importante que los nombramientos de sus autoridades vengán en forma escalonada y nunca con la renovación presidencial de la Nación. Así se ha comenzado con el Banco Central de la República Argentina y es de esperar que se afirme como

<sup>1</sup> SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, "Distinción entre personas públicas y privadas," en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, t. XXI, p. 17 y ss.; ORTIZ, EDUARDO, *La autonomía administrativa costarricense*, San José, 1967; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Naturaleza e regime jurídico das autarquias*, San Pablo, 1967; BREWER CARÍAS, ALLAN RANDOLPH, *Las empresas públicas en el derecho comparado*, Caracas, 1967; SPILIOPOULOS, EPAMINONDAS P., *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*, París, L.G.D.J., 1959; DEMICHEL, ANDRÉ, *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés*, París, 1960; OTTAVIANO, VITTORIO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padua, 1959; MESCHINI, PIETRO, *Sulla natura giuridica degli enti pubblici economici*, Milán, 1958; CONNOIS, RENÉ, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, París, 1959.

<sup>2</sup> BIELSA, RAFAEL, *El Cacique en la Función Pública Patología Política Criolla*, Buenos Aires, Lajouane, 1928.

<sup>3</sup> Y de la sociedad, por supuesto.

tendencia.<sup>4</sup> Casos análogos, aunque sin personalidad jurídica propia, son las nuevas autoridades administrativas independientes cuya dirección se confía al principal partido opositor, como es el caso de la Auditoría General de la Nación; también es el caso de la Comisión Bicameral creada por el art. 20 de la ley 25.561; la realidad contemporánea, a la fecha de entrega a la imprenta de este libro, deja con todo algo que desear. A partir de la Constitución de 1994 se enfatizan diversos tipos de autoridades administrativas independientes,<sup>5</sup> algunas descentralizadas y otras desconcentradas<sup>6</sup> y las asociaciones y demás personas jurídicas, a veces públicas no estatales pero también privadas, con legitimación para actuar en defensa de derechos de incidencia colectiva. Estas últimas no integran desde luego el cuadro de la descentralización, como tampoco las personas jurídicas privadas en general. Las incluimos en la comparación solamente para tener un cuadro que enfatice lo que interesa más al derecho público.

## 2. Caracteres de los entes estatales descentralizados<sup>7</sup>

Todos los entes estatales descentralizados (entes autárquicos, empresas del Estado, etc.) tienen algunas características básicas comunes. Ellas son:

*Tienen personalidad jurídica propia*, esto es, pueden actuar por sí mismos, en nombre propio, estando en juicio como actores o demandados, celebrando contratos en su nombre, etc.

*Cuentan o han contado con una asignación legal de recursos*, o sea, que tienen por ley la percepción de algún impuesto o tasa, o reciben sus fondos regularmente del presupuesto general, o por fin, los han recibido en el momento de su creación aunque después se manejen exclusivamente con los ingresos obtenidos de su actividad.<sup>8</sup>

*Su patrimonio es estatal*, o dicho de otra manera, estas entidades son de “propiedad” del Estado, en el sentido de que el Estado central puede eventualmente suprimir el ente y establecer el destino de sus fondos como desee, disponiendo de ellos como propios. Si bien, pues, el ente aparece formalmente como el “propieta-

<sup>4</sup> El próximo paso posiblemente sea la AFIP, Administración Federal de Ingresos Públicos. Muy lentamente, estamos quizás avanzando en esa tendencia.

<sup>5</sup> REIRIZ, MARÍA GRACIELA, en BOTASSI, CARLOS (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En Honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, “Autoridades Administrativas Independientes para la regulación y control de los servicios públicos, La Plata, LEP, 2003.

<sup>6</sup> En el sentido de carecer de personalidad jurídica propia, aunque gozando de total independencia frente al Poder Ejecutivo, como el Defensor del Pueblo de la Nación.

<sup>7</sup> Para la discusión entre autonomía y autarquía nos remitimos al § 9, “Distintos tipos de personas jurídicas estatales, públicas y privadas.”

<sup>8</sup> No creemos que además de tener personalidad jurídica deban tener “patrimonio” (VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, TEA, 1956, p. 183; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 375), pues el tener personalidad jurídica (o sea, el ser sujeto de derecho) supone necesariamente contar con un patrimonio, ya que patrimonio no es sino un conjunto de derechos y deberes, que sigue siendo tal incluso aunque su titular tenga un pasivo. Por ello, al afirmar que el ente debe tener personalidad jurídica, ya está incluido el que también tendrá un patrimonio, en sentido jurídico.

rio” de sus propios bienes, en rigor de verdad, por la razón preindicada, resulta serlo el Estado general.<sup>9</sup> Esta es, al mismo tiempo, la nota distintiva entre las entidades estatales y no estatales; en las últimas, como es obvio, el Estado no puede disponer de los fondos como le plazca en caso de disolución, sino que ellos deben reintegrarse a sus respectivos propietarios.<sup>10</sup>

De todas maneras, si bien el Estado dispone del patrimonio de estos entes, ha declinado su responsabilidad patrimonial indirecta por el comportamiento de ellos, que la doctrina había fundado en el art. 1113 del Código Civil.<sup>11</sup> El art. 21 de la ley de presupuesto 24.624 dispuso que “en todo [...] ente u organización empresaria o societaria donde el Estado Nacional o sus entes de cualquier naturaleza tengan participación total o parcial [...] la responsabilidad del Estado se limita a su aporte o participación en el capital de dichas organizaciones empresariales.”<sup>12</sup> Se cuestiona la constitucionalidad de esta ley<sup>13</sup> al eliminar la responsabilidad al menos subsidiaria que antes se admitía del Estado Nacional, pero parece difícil que la jurisprudencia acoja ese planteo, por razones empíricas.<sup>14</sup> De todas maneras, si es el propio Estado nacional quien extingue un ente descentralizado, es obvio que si crea otro en su lugar debe, sea transferirle todos los derechos y obligaciones del primero, sea asumir él mismo su pasivo.<sup>15</sup>

*Tienen facultad de administrarse a sí mismos.* Es la competencia para resolver sus problemas, sin recurrir a la administración central más que en los casos expresamente previstos.<sup>16</sup> Con todo, hay una permanente oscilación entre

<sup>9</sup> En sentido similar CSJN, *Provincia de La Pampa c/ Consejo Nacional de Educación*, año 1962, Fallos, 252: 375/80; MARIENHOFF, *op. cit.*, pp. 443-4.

<sup>10</sup> Sobre si éste es o no el criterio que debe utilizarse para distinguir las entidades estatales de las no estatales, no hay acuerdo en doctrina. Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, “Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran,” *LL*, 143: 1172, quien ha mantenido inmodificada su postura en *Derecho administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis/Abeledo-Perrot, 2002, 7ª ed., título segundo, cap. I, “Órganos y sujetos estatales,” § 9, punto B, p. 266.

<sup>11</sup> Lo sostuvimos, como responsabilidad indirecta del Estado, en nuestra tesis *La responsabilidad extracontractual del Estado por hechos y actos de la administración pública*, 1958 (inédita). Ver COMADIRA, JULIO R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, cap. XII, p. 379 y ss., 392; TAWIL, GUIDO, *Recurso ordinario de la apelación ante la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, 1990, p. 92 y ss.; BIANCHI, ALBERTO A., *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, p. 31.

<sup>12</sup> Incorporado como art. 133 de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 2005).

<sup>13</sup> CNFed. CA, Sala I, *Osses*, *LL*, 1997-B, 363, año 1996, con nota de GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “La coherencia del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad en la construcción de la seguridad jurídica. En un caso de determinación del «sueldo» a los efectos de la liquidación del haber jubilatorio,” *LL*, 1997-C, 1280; MERTEHIKIAN, EDUARDO, “Las leyes del presupuesto del Estado y la modificación del orden jurídico en un auspicioso fallo,” *LL*, 1997-B, 361. La inembargabilidad de los medios de financiamiento afectados a la ejecución presupuestaria del sector público ha sido incorporada al art. 131 de la Ley Complementaria Permanente de Presupuesto, (t.o. 2005).

<sup>14</sup> *Infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, cap. XX, § 2.3.

<sup>15</sup> Así se ha hecho siempre. Uno de los ejemplos más recientes es SNMP (*infra*, § 10.2.2, p. XIV-15.)

<sup>16</sup> Esta característica está comprendida en la primera, pues no se concebiría el otorgamiento de personalidad jurídica a una entidad sin capacidad de autoadministración.

la tendencia legislativa a liberarlas de los controles de la administración central y la inclinación del P.E. a someterlas a sus “controles de legalidad.”

*Son creados por el Estado.* Se ha discutido si podían ser creadas por decreto,<sup>17</sup> pero la ley de contabilidad ya establecía que debían serlo por ley<sup>18</sup> excepto las empresas del Estado que por autorización legal expresa podían ser creadas por decreto.<sup>19</sup> La ley 25.152 también prohíbe al P.E. la creación de entes descentralizados. Incluso la delegación legislativa al P.E. excluye los entes descentralizados. Están sometidas al control estatal. No ha de confundirse con control administrativo por el Poder Ejecutivo, que tiende a reducirse. El ámbito y la extensión del control es variable pero pueden señalarse algunos trazos comunes: control del presupuesto (autorización legislativa, salvo los momentos en que inconstitucionalmente se la delega en el Jefe de Gabinete) y de la inversión, a través de los organismos específicos (Auditoría General de la Nación, SIGEN); designación del presidente y parte del directorio (en los entes del art. 42 hay representantes privados y provinciales, en tanto se respete su independencia.)<sup>20</sup> Excepcionalmente, en casos muy graves, se admite la facultad de intervención, excepto en el caso de los entes reguladores y otros semejantes en cuanto a su independencia (p. ej., BCRA). En sus relaciones con la administración central y otros entes estatales se rigen invariablemente por el derecho público; en sus relaciones con los particulares pueden regirse parcialmente por el derecho privado en el caso de realizar ciertas actividades comerciales o industriales.

*Fin.* Hay aquí duda respecto a si puede agregarse como característica de las entidades estatales descentralizadas el que éstas persigan *un fin público*, por oposición a *comercial o industrial*. En efecto, históricamente el Estado no se ha limitado a realizar sus clásicas actividades públicas administrativas, sino que también invadió en su momento este otro tipo de tareas, algunas de las cuales no han sido nuevamente privatizadas o, a la inversa, han sido reestatizadas. En consecuencia, no podemos caracterizar en forma genérica a los entes estatales descentralizados como portadores única y exclusivamente de fines administrativos, sino que debemos admitir la posibilidad de que de hecho efectúen actividades comerciales o industriales.

<sup>17</sup> Peor aun, se ha dicho que el Congreso *no podría* crear entes autárquicos salvo mención constitucional expresa, olvidando así la categórica facultad residual del art. 75, inc. 32 de la Constitución nacional: MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 383 y ss.; seguido por BIDART CAMPOS, GERMÁN JOSÉ, *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, 1964, p. 760; CASSAGNE, *op. loc. cit.*, todo un logro grupal del pensamiento autoritario que denunciamos en el cap. I. En la primera opinión BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 247; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 185, aunque en su prólogo a la obra de MARIENHOFF adhiere a su opinión; LUQUI, JUAN CARLOS, “División de poderes y delegación de facultades en el sistema de la Constitución argentina,” *LL*, 107: 1035, nota 8.

<sup>18</sup> El art. 136, segunda parte, de la ley de contabilidad (decreto-ley 23.354/56), expresaba: “El Poder Ejecutivo no podrá disponer la descentralización de servicios de la administración nacional.”

<sup>19</sup> Ver *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. XI, “Recurso de alzada.”

<sup>20</sup> Ver p. ej. BIELSA, *op. cit.*, t. I, p. 271; nuestro Proyecto de 1964, art. 75 a 83; ley 3.909 de la provincia de Mendoza, art. 23 a 27; SARMIENTO GARCÍA y PETRA RECARRENN, *op. cit.*, p. 50.

A nuestro juicio no debemos agregar ninguna característica específica en cuanto al fin que persiguen las entidades estatales descentralizadas, pues estos pueden ser variados de acuerdo a la época y a las circunstancias. Ni siquiera si llegase a desaparecer del todo la actividad comercial o industrial del Estado,<sup>21</sup> podría retomarse el antiguo criterio de explicar que estas entidades persiguen un fin público, aunque es dudoso que requiera expresa categorización: en tal caso toda la actividad del Estado, por definición, tendrá un fin público. No sería una característica propia de ninguna institución o actividad del Estado que la diferencie de otras de él mismo.<sup>22</sup>

### 3. *Entes públicos no estatales*

Si bien es frecuente en el lenguaje común (incluso en muchos autores contemporáneos) hablar indistintamente de “entes públicos” y “entes estatales” como sinónimos, tales conceptos no son intercambiables entre sí. Expresa SAYAGUÉS LASO: “La doctrina clásica sostenía que las personas públicas eran del Estado, creadas por el Estado y para el Estado. Ello llevaba a una perfecta coincidencia de los conceptos de persona pública y entidad estatal. En otras palabras, toda entidad estatal era pública y toda persona pública era necesariamente estatal. Como corolario, si una entidad no era estatal, forzosamente se regulaba por el derecho privado, no podía ser pública. En definitiva: público y estatal venían a ser la misma cosa.”

“El concepto tradicional pudo ser exacto durante el siglo pasado, cuando existían solamente las entidades estatales territoriales. No lo es ahora porque, como ya hemos dicho, existen entidades no estatales reguladas indudablemente por el derecho público,”<sup>23</sup> “personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con este carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante dichas instituciones en todo o en parte se regulan por normas de derecho público. El ejemplo más típico de esa clase de instituciones lo constituyen los Colegios de Abogados y otras órdenes profesionales, cuando han sido creados y organizados por ley.”<sup>24</sup> Si bien en el caso de las entidades asociativas profesionales ello es claro, aún si

<sup>21</sup> Algo, al parecer, relativamente improbable.

<sup>22</sup> Comp. BIELSA, *op. cit.*, p. 246; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, p. 183; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 376, quienes incluyen el elemento “fin público” como característico de la autarquía. En general, estimamos que el elemento “fin público” o similares, en una noción jurídica, no hace sino otorgarle imprecisión e introducir dudas acerca de su exacto alcance, por lo que también lo hemos suprimido en otros conceptos. Sobre esto ver, respectivamente, nuestro *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1963, p. 39 y ss.; “Obra pública y contrato de obra pública,” en la revista *Rassegna dei Lavori Pubblici*, 5: 2 (Roma, 1960), reproducido en AA.VV., *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1982, cap III.

<sup>23</sup> SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, p. 175.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 174.

sin creadas compulsivamente por la ley, la cuetión permanece en la oscuridad en cuanto se refiere a las asociaciones que manejan los fondos de jubilacione y pensiones: Si bien en teoría correctamente se afirma que los fondos pertenecen a los asociados y son personas jurídicas públicas no estatales, en la práctica es frecuente encontrar que el Estado dispone de sus fondos como si fueran propios y no ajenos. Es lo que ha ocurrido inconstitucionalmente en el año 2008, con la estatización de los fondos de jubilaciones y pensiones en manos de las AFJP, aunque fuera por ley del Congreso.<sup>25</sup> El despojo confiscatorio es manifiesto y la responsabilidad del Estado también, aunque en la práctica ella no funciona eficazmente.<sup>26</sup>

#### 4. *No hay entes estatales privados*

Tenemos así entonces que las personas o entes públicos —esto es, regidos total o parcialmente por el derecho público— pueden o no ser estatales. En esto nos apartamos, pues, de la doctrina más tradicional, siguiendo entonces a SAYAGUÉS LASO. Sin embargo, creemos que no puede darse la hipótesis inversa. En otras palabras, por vía de principio, al menos, no parece que pueda admitirse que las personas estatales puedan ser indistintamente personas de derecho público o de derecho privado. Ello es así en el derecho argentino, aunque existen opiniones contrapuestas en el derecho comparado.<sup>27</sup> Con todo, no es infrecuente que el Estado intente revertir la tendencia y crear entidades estatales pretendidamente regidas por el derecho privado, o estatizar empresas privadas con la intención de manejarlas por el derecho privado y no público, o crear fondos especiales bajo esta impronta: Son intentos destinados al fracaso en el mediano plazo, como veremos.

<sup>25</sup> Es la misma línea confiscatoria reiniciada en los últimos año con la confiscación parcial de los depósitos bancarios, el canje forzoso de la deuda pública, su nuevo default por falseamiento de los índices de actualización, pasando por las retenciones inconstitucionales a los productos del agro, la prohibición de sus exportaciones, etc. Es inevitable que después de la confiscación de los depósitos y ahorros jubilatorios y de pensiones, la sociedad se pregunte inquieta ¿qué seguirá después?

<sup>26</sup> Nos remitimos a lo explicado en “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729-38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires DRA. MARÍA GRACIELA REIRIZ*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones —ni autorización— en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12, publicación en que se omitió —sin autorización de este coautor, al menos— los datos de la publicación original y se señaló impropriamente como autores a algunos de los expositores, entre ellos el autor de esta obra, desmereciendo así el homenaje original a GRACIELA REIRIZ. La ilegalidad del comportamiento público se emparenta, con la que se practica en el derecho privado. Sí, nuestra obra *La administración paralela de 1982* se quedó corta, tenía más razón NINO cuando escribió, muchos años después, *Un país al margen de la ley*. Claro que él a su vez omitió citar las fuentes, y otros duplican la apuesta. Y la nave va...

<sup>27</sup> Opiniones extranjeras que recuerda p. ej. CASSAGNE, *Derecho administrativo*, 7ª ed., *op. cit.*, pp. 267-70.

Es que se opone a ello la doctrina moderna en materia de personalidad y doble personalidad del Estado, la cual señala que “el Estado es siempre persona pública y ente de derecho público, aun cuando penetre en la esfera de las relaciones en que se mueven los entes o las personas privadas. La administración es siempre persona de derecho público, que realiza operaciones públicas, con fines públicos y dentro de los principios y de las formas del derecho público, aunque revista sus actos con formas que son comunes al derecho privado y use de los medios que éste autoriza y para objetos análogos.”<sup>28</sup>

Esta doctrina de la personalidad única del Estado, admitida hoy sin discusión en el derecho público moderno con referencia al Estado central, es a nuestro juicio enteramente aplicable a todas sus entidades descentralizadas. Éstas, por el solo hecho de formar parte del Estado, adquieren un indudable carácter público, a pesar de que puedan estar en alguna medida regidas por el derecho privado en cuanto al objeto de sus actos. Ello es así porque todo lo que hace a la creación y supresión, competencia, formación de la voluntad, etc., estará siempre regido por el derecho público y sólo podrá quedar para el derecho privado lo referente al contenido de sus actos o contratos.<sup>29</sup> De todas maneras, se comete un grave error de percepción al asumir, implícitamente, que regir actividades estatales, aún meramente en cuanto al objeto, por el derecho privado, pueda suponer una suerte de coto de caza libre de derecho. Esto es una falsa percepción del derecho privado, al cual son propios, tanto como a cualquier otra rama del derecho, principios y valores inmemoriales como la confianza debida, la buena fe, la razonabilidad, el deber de prudencia, la interdicción de la arbitrariedad bajo cualquiera de sus formas. El derecho privado no autoriza este tipo de comportamientos, como tampoco lo hace el derecho público.

Concluimos entonces en que todas las entidades estatales son siempre públicas, aunque puedan en ciertos casos según veremos, estar parcialmente regidas por el derecho privado. En este sentido se ha pronunciado la Procuración del Tesoro de la Nación, refiriéndose a entidades autárquicas y empresas del Estado: “no debe interpretarse [...] que al actuar en la esfera del derecho privado las entidades autárquicas pierdan, por ello, su personalidad jurídica de derecho público, que es la única sin desdoblamiento que poseen y que no les impide en absoluto adquirir derechos y contraer obligaciones que estarán regidos, según

<sup>28</sup> PENA, VARELA Y OTROS, en el informe de la Comisión que proyectó un Código Contencioso administrativo para el Uruguay, citado en SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 161, nota. La doctrina tradicional hablaba de una “doble personalidad del Estado” (BIELSA, *op. cit.*, p. 215 y ss.), pero la mayoría de la doctrina posterior niega esta doble personalidad del Estado y se pronuncia por la personalidad única; VILLEGAS BASAVILBASO, *op. cit.*, pp. 161-3; DIEZ, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 69; BULLRICH, RODOLFO, *Principios generales del derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1942, p. 127; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 362; ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, p. 131; CANASI, JOSÉ, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1972, t. I, p. 20; DROMI, *Instituciones...*, *op. cit.*, p. 57 y ss.

<sup>29</sup> En lo referente a cómo se plantea esta cuestión en materia de actos de entes estatales, ver *infra*, t. 3, *El acto administrativo*, cap. II, § 10 y ss.

corresponda, por el derecho público o por el derecho privado.”<sup>30</sup> Creemos por ello discutible la categoría de entes estatales privados,<sup>31</sup> más allá de que tampoco le atribuimos la supuesta libertad de acción que algunos imaginan es propia del derecho privado.

Las afirmaciones que estamos realizando no son de carácter dogmático, ni tienen pretensiones de permanencia. Por el contrario, intentan recoger la experiencia del derecho administrativo argentino, que en el conjunto se muestra reacio a admitir el funcionamiento de personas estatales bajo un régimen jurídico privado. Así se advierte con las empresas del Estado, que en su creación bajo la ley 13.653 se regían en buena medida por el derecho privado, pero a las que luego por la ley 15.023 se les declaró de aplicación supletoria las leyes de obras públicas y de contabilidad.

De igual modo, las sociedades anónimas del Estado con participación estatal mayoritaria, regladas por el decreto-ley 19.550/72, se ubicaron *prima facie* en el Código de Comercio, pero luego les fueron aplicadas diversas normas especiales de derecho público. Así, obligación de abrir sus cuentas corrientes en instituciones bancarias oficiales. Un caso más duradero en la legislación fue el de las sociedades del Estado regidas por la ley 20.705, que les declaró inaplicable la legislación administrativa. Algunas de estas sociedades, con todo, no pudieron resistir la tentación de autoregularse y auto someterse al derecho administrativo, con lo cual a veces terminaron actuando en el campo del derecho administrativo por voluntad propia.<sup>32</sup> De tal modo, si bien en un determinado momento histórico podemos encontrar personas estatales bajo un régimen privado, ello es contingente y transitorio: la tendencia ha sido siempre la de volver a incluirlas o incluirse ellas mismas dentro del derecho público, con el correr del tiempo y la modificación legislativa o reglamentaria posterior. Finalmente se optó por la lisa y llana privatización, en los finales del siglo XX, para reintentar otra vez

<sup>30</sup> PTN, *Dictámenes...*; 84: 133: “La expresión «como persona de derecho privado» [...] no es aceptable, pues ello implica que la entidad en cuestión también podría actuar «como persona de derecho público», lo que, en definitiva, equivaldría a aceptar la doble personalidad del Estado: como persona de derecho público y como persona de derecho privado. Esta posición, si bien antaño —por razones más bien utilitarias— fue auspiciada por un sector de tratadistas, hoy está abandonada por la doctrina predominante, la cual sólo le reconoce al Estado —y entidades autárquicas— una personalidad *única* que bien puede desenvolverse en el campo del derecho público o en el campo del derecho privado, según las circunstancias.”

<sup>31</sup> Nos apartamos así de SAYAGUÉS LASO, “Distinción entre personas públicas y privadas,” *op. cit.*, p. 17 y ss.; comp. MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 433, quien refiriéndose a las empresas del Estado les reconoce carácter de públicas, pero no de estatales, a la par que SAYAGUÉS LASO les reconocería aparentemente el carácter de estatales, pero no el de públicas. El caso más cercano a la hipótesis de un ente estatal regido por el derecho privado lo encontramos en materia de sociedades del Estado: ver *infra*, § 10.2.2, o algunas fundaciones universitarias; § 11.2.2.

<sup>32</sup> El mecanismo jurídico de esta transformación lo explicamos, en el caso de sus contratos, en el cap. XI de este vol. Las razones profundas se exponen en parte en el cap. VII al tratar del crecimiento e hipertrofia reglamentaria de la administración. Otros desarrollos pueden verse en nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1982.

la estatización a inicios del siglo XXI. (Aerolíneas Argentinas, Correo, Aguas Argentinas S.A., las AFJP.)

### 5. Criterio para determinar si un ente es público o privado

Según vimos, toda vez que establezcamos que un determinado ente es estatal, la solución es fácil: necesariamente es también un ente público; sin embargo, el problema se plantea en el caso inverso: ¿cómo se determina si un ente no estatal es público o privado?

Al respecto son aplicables los mismos criterios usados por la doctrina, con la aclaración de que ninguno de ellos es decisivo de por sí, sino que constituyen rasgos que, tomados en conjunto, darán una pauta acerca del carácter público o privado de la entidad.<sup>33</sup>

Cuando el ente es creado por una ley, es casi seguro que se trata de un ente público; sólo excepcionalmente pueden encontrarse en el derecho comparado casos en que un ente creado por una ley constituye, a pesar de ello, una entidad privada. Podemos así formular la regla de que todo ente creado por ley es de naturaleza pública; lo mismo si la ley asigna a una entidad carácter público en forma expresa: es lo que ocurre con el art. 33 del Código Civil, que establece que tienen carácter público el Estado, las provincias, los municipios y las entidades autárquicas.

La falta de inclusión de personas públicas en esa enumeración no tiene trascendencia jurídica, por tratarse de una mera enunciación no taxativa efectuada en un código de derecho privado, ajeno por razón de la materia al objeto propio del derecho público: será el derecho público, en consecuencia, el que determinará en definitiva cuáles son las entidades que integran o se incorporan a su régimen normativo.

Un elemento de juicio importante, aunque no decisivo, es asimismo el fin que persigue la entidad, según se trate de un fin de utilidad general o no. También es muy importante y frecuentemente decisivo, el que la entidad tenga potestades públicas no usuales dentro de las personas privadas; si bien la ausencia de potestades públicas no puede ser suficiente para decir que una entidad determinada es privada, la presencia de tales potestades (p. ej., de imponer tributos, tasas, etc., a los administrados; de expropiar, de asociar compulsivamente a los miembros de la profesión de que se trate y ejercer poder disciplinario sobre ellos; la existencia de recursos “contencioso-administrativos,” lo que presupone que

<sup>33</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*; SILVA CIMMA, ENRIQUE, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago, 1961, t. II, p. 150 y ss.; RIVERO, JEAN, *Droit Administratif*, París, 1970, pp. 424-5. Como señala este último autor: “Ningún criterio ha parecido, por sí solo, absolutamente determinante [...] Pero la convergencia, en el estatuto de un establecimiento, de varios de estos elementos —de los cuales ninguno, aislado, es un criterio certero— permite determinar su pertenencia a la categoría de establecimientos públicos o a la de establecimientos de utilidad pública. Es este método fundado sobre el examen global del estatuto, el que utiliza la jurisprudencia” (*op. loc. cit.*)

la entidad dicta actos en cierta manera públicos, etc.) es un índice casi seguro de que la entidad es pública.

Otro dato a tenerse en cuenta, aunque de por sí no sea determinante totalmente del carácter de la entidad, es el grado de control del Estado sobre ella. Cuando el control es muy intenso (particularmente, si es el Estado central quien designa a los funcionarios directivos de la entidad; en menor grado, si tiene facultades de autorización o aprobación para determinados actos fundamentales a la entidad; en menor grado aun, si tiene facultades de intervención, veto, revisión en recurso de alzada de sus actos, control contable, etc.) puede afirmarse por lo general que se trata de una entidad pública. En realidad, esto último es poco menos que tautológico, porque tal control es de naturaleza indiscutiblemente pública y por lo tanto, si hay mucho control, entonces hay iguales partes de la actividad del ente que están sometidas al derecho público, con lo que se llega necesariamente a la conclusión de que la entidad ha de ser indudablemente pública por dicha intromisión del derecho público.<sup>34</sup> Claro está, partimos de la hipótesis de contar con un Estado de Derecho donde por ende rija el *rule of law*, pues si las intervenciones son ilegales, como ocurre con frecuencia, entonces no pueden ser computadas al efecto que aquí analizamos.

#### 6. Criterio para determinar si un ente es estatal o no

Con esta caracterización no estamos pretendiendo encontrar la naturaleza o esencia de la actividad estatal, pues ya explicamos que la concepción metodológica de intentar determinar lo que algo “realmente es,” o su naturaleza o esencia, se encuentra superada.<sup>35</sup> Simplemente estipulamos<sup>36</sup> el significado con el cual utilizaremos la palabra “estatal;” el fundamento de la estipulación que proponemos reside en que a nuestro juicio la participación de titulares privados de capital, dentro de una entidad en la cual también es titular el Estado, no permite normalmente a éste otorgarle a ella un régimen demasiado especial de privilegios y prerrogativas; en cambio, cuando el Estado es el único titular del capital de una entidad, el tratamiento de ésta por el orden jurídico y administrativo es netamente diferenciado a los efectos de su régimen económico, presupuestario, impositivo, aduanero, cambiario, bancario, crediticio, etc. También podría, quizás, atenderse a dichas y otras normas del régimen jurídico-económico de la entidad para estipular si ella debe considerarse estatal o no: pero pensamos que en tal caso desaparecería la distinción entre público y estatal, como conceptos diferenciados y además estaría destacando las consecuencias de distinguir y no los fundamentos por los cuales la distinción se origina en el orden positivo.

<sup>34</sup> Para estos y otros criterios, ver SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 24; SILVA CIMMA, *op. loc. cit.*; RIVERO, *op. loc. cit.*; CONNOIS, RENÉ, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, París, 1959, p. 34 y ss.; DRAGO, ROLAND, *Les crises de la notion d'établissement public*, París, 1950.

<sup>35</sup> Ver *supra*, cap. I, primera parte.

<sup>36</sup> En el sentido indicado *supra*, cap. I, primera parte.

Hay otra consecuencia adicional que se produce en el régimen de las entidades estatales, que no es común a todas las entidades públicas y ella es el destino que puede darse a sus fondos: Siendo el Estado el único titular de capital, él puede por ley del Congreso disponer libremente —en tanto no incurra en arbitrariedad, desviación de poder, etc.— la utilización de su capital en caso de extinción, o incluso quitarle todo o parte del capital sin extinguirla.

Si el Estado no es el único titular del capital de la entidad, no tiene lógicamente tal facultad, en cuanto puede disponer a título de propietario solamente en aquella parte del capital que le corresponde como tal entidad. Estimamos que este conjunto de razones justifica suficientemente el estipular que denominaremos entidad estatal solamente a aquélla cuyo patrimonio pertenece exclusivamente al Estado.<sup>37</sup>

Algunos autores aplican esos mismos criterios para determinar si un ente es estatal o no; otros, si bien no los aplican estrictamente, los toman en cuenta como dato general. Por nuestra parte creemos que tales criterios son totalmente inaplicables y que la distinción sólo puede basarse racionalmente en un único y exclusivo carácter, si el capital de la entidad pertenece sólo parcialmente al Estado y en otras partes a personas privadas, entonces no puede darse al ente el carácter de estatal; será pues una sociedad de economía mixta, o una sociedad anónima de capitales mixtos, etc.

### 7. *La prevalencia del derecho público sobre el privado*

De lo antedicho se desprende, en conjunto, una neta prevalencia del derecho público sobre el derecho privado: mientras que un ente *estatal* sigue siendo *público* a pesar de estar parcialmente regido por el derecho privado, un ente *no estatal*, que en principio pudiera ser considerado *privado*, debe ser considerado un ente *público* cuando está regido por el derecho público en una medida importante. Hay en esto, tal vez, una cierta inconsecuencia ya que también pudiera haberse dicho, en un plano estrictamente lógico, que el ente no estatal debiera seguir siendo privado a pesar de que se le aplicara parcialmente el derecho público; pero esa aparente inconsecuencia, que no es tal, es producto de la creciente invasión del derecho público sobre el privado, que ha determinado su prevalencia en casos de conflicto. Es cierto que se ha producido una reacción contra esta tradición, p. ej. en Italia sometiendo los empleados públicos al régimen laboral común.<sup>38</sup> Pero esa reacción toma principalmente el camino de la transferencia al sector privado de actividades antes desarrolladas por el Estado, o de una desregulación de actividades antes más regimentadas por el Estado. En lo que sigue siendo actividad administrativa, en cambio, es aun predominante la aplicación del derecho público.

<sup>37</sup> O en que, por excepción, hay sólo una participación nominal o aparente de capital privado.

<sup>38</sup> Ver *supra*, cap. XIII, § 4.

### 8. *Autonomía y autarquía*

Tradicionalmente se distinguen dos conceptos escalonados: “autarquía” y “autonomía.” a) “Autarquía” significa exclusivamente que un ente determinado tiene capacidad para *administrarse a sí mismo*; b) la “autonomía” agregaría a la característica anterior la capacidad para *dictarse sus propias normas*, dentro del marco normativo general dado por un ente superior.<sup>39</sup>

En realidad no existe sino una diferencia de grados, pero en nuestro país siempre se le ha querido agregar una dosis cualitativa. Es así como la antigua proposición de la autonomía académica de las universidades y una cierta autonomía municipal tienen recepción constitucional en 1994.<sup>40</sup> Salvo estas diferencias cualitativas que hacen a la extensión del control estatal, no hay diferencias intrínsecas.

Adviértase que cuando se dice que la *autonomía* implica la posibilidad de *darse sus propias normas dentro de un marco normativo superior*, tal definición abarca no sólo a las provincias sino también a los entes autárquicos, pues éstos, dentro del marco de sus estatutos, *también se dictan sus propias normas*.<sup>41</sup> Dicho de otra manera, la autarquía no puede concebirse como mera capacidad de administrarse a sí mismo, sin poder dictarse norma alguna, sino que comprende siempre, necesariamente, el dictado de normas para reglar el propio funcionamiento (dentro, por supuesto, de lo establecido por las leyes y reglamentos que le hayan sido dados por el Estado a través de sus órganos.)

Se sigue de ello que no hay una diferencia esencial entre las llamadas “autarquía” y “autonomía,” sino que existiría a lo sumo una diferencia de grado, de matices,<sup>42</sup> que torna en consecuencia ociosa toda discusión acerca de la naturaleza “autárquica” o “autónoma” de un ente determinado. Muchos autores suprimen por ello la denominación de “ente autárquico” y hablan directamente de “ente

<sup>39</sup> Así BIELSA, *op. cit.*, p. 249 y ss.; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 371, etc. En realidad, hay muy variados criterios para intentar una distinción entre “autonomía” y “autarquía,” pero todos ellos son sumamente imprecisos, como se advierte en la crítica que les hace VIRGA, PIETRO, *La regione*, Milán, 1949, p. 3 y ss. Ver también CREO BAY, HORACIO, “Los conceptos de autonomía y autarquía,” en el libro colectivo *El derecho administrativo, hoy*, Buenos Aires, 1996, p. 159 y ss. y las referencias de las notas siguientes.

<sup>40</sup> Ha “triunfado” la tesis de la “autonomía” municipal: CSJN, *Rivademar*, 312: 326, 1989; BIANCHI, “La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades,” *LL*, 1989-C, 47; “El enigma jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” *RAP*, 222: 5, Buenos Aires, 1997; en contra, MARIENHOFF, “La supuesta autonomía municipal [...],” *LL*, 1990-B, 1012.

<sup>41</sup> Una forma curiosa, no técnica pero efectiva, de zanjar estas dificultades, fue la que encontró el constituyente de 1994 al decir que las Universidades nacionales son al mismo tiempo autárquicas y autónomas.

<sup>42</sup> Ya que si bien las provincias, p. ej., dictan más normas propias que los demás entes descentralizados, están, no obstante, igualmente constreñidas por un marco normativo superior, que es el conjunto de los tratados internacionales, la Constitución Nacional y las demás leyes nacionales. De tal modo, tanto la “autonomía” provincial, municipal y universitaria como la “autarquía” de otras entidades *participarían de la característica común de dictarse sus propias normas, pero bajo un orden jurídico superior*. La distinción sólo podría basarse en la mayor o menor cantidad de normas que el ente puede dictarse, lo que le quita justificación práctica, salvo como orientación muy general.

autónomo<sup>43</sup> o viceversa. La propia Constitución califica simultáneamente de ambos modos a las universidades,<sup>44</sup> lo que puede entenderse, en cuanto autonomía, como ausencia de regulación o control de su actividad *académica* por el Poder Ejecutivo nacional (Ministerio de Educación),<sup>45</sup> salvo el que en iguales circunstancias ejerce sobre las universidades privadas. También es una limitación al Congreso en cuanto a su ingerencia en el manejo universitario; es un pequeño margen de libertad que la sociedad ha ganado frente al poder central, tan frecuentemente hegemónico entre nosotros. En lo no académico, es análoga a otras entidades llamadas autárquicas.<sup>46</sup>

### 9. *Distintos tipos de personas jurídicas estatales, públicas y privadas*

Hechas las aclaraciones precedentes —a modo de advertencia general que no agota el tema— podemos entrar ahora a efectuar una enumeración general de los distintos tipos de personas estatales, públicas no estatales y privadas existentes o posibles. Es de advertir, con todo, que no todas las formas de descentralización aquí mencionadas se presentan en todos los países, ni se presentan siempre con los mismos caracteres o denominaciones. Hay, pues, un margen de variación que hace necesaria una adecuación concreta a las legislaciones pertinentes. No obstante, en líneas generales el panorama es el siguiente:

### 10. *Entidades públicas estatales*

Ubicamos aquí a las entidades que son íntegramente estatales y por lo tanto, según lo hemos expuesto, necesariamente públicas. Dentro de éstas es necesario distinguir dos grandes grupos: *a)* aquellas que realizan una actividad administrativa típica, que persiguen un “fin público,” en la terminología usual, y *b)* aquellas que realizan una actividad comercial o industrial.

#### 10.1. *Administrativas*

Las primeras pueden a su vez dividirse en tres subgrupos:

10.1.1. *Entidades estatales administrativas con competencia general*: son los llamados entes autárquicos “territoriales,” o sea, las comunas o municipios, las regiones, distritos urbanos, condados, etc., según el sistema imperante. También se incluyen acá la Nación misma y las provincias. Un dilema interesante a resolver es si los asentamientos urbanos irregulares, que tienen en los hechos

<sup>43</sup> Así SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 252, quien, al igual que gran parte de la doctrina extranjera, prefiere usar solamente el término “ente autónomo.”

<sup>44</sup> Art. 75, inc. 19: “Sancionar leyes [...] que garanticen [...] la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.” Si bien es un error técnico, ha querido reenfatar la autonomía.

<sup>45</sup> Ampliar *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, cap. XI, § 3.5, “La evolución en materia de Universidades nacionales.”

<sup>46</sup> CSJN, *Minist. de Cultura y Educación c/ Universidad Nacional de Luján, LL, 1999-E, 389*; CN-Fed. CA, Sala IV, *Universidad de Buenos Aires c. Jefe de Gabinete de Ministros, LL, 2001-A, 270*.

una absoluta autonomía de toda autoridad pública salvo masivas intervenciones de fuerzas de seguridad al único efecto de asegurar el orden, y además cuentan en la actualidad con el apoyo del poder público para mejorar la urbanización existente, tienen o no la posibilidad de transformarse en pequeñas unidades administrativas con personalidad jurídica propia, dentro del ámbito de la jurisdicción local pertinente.

10.1.2. *Entidades estatales administrativas con competencia especial.* Se trata de los llamados entes autárquicos “institucionales,”<sup>47</sup> que prestan un servicio o un conjunto de servicios determinados, careciendo de la competencia genérica que caracteriza a las municipalidades. Ejemplos: Universidades nacionales, INTA, INTI, CONAE,<sup>48</sup> ARN,<sup>49</sup> etc.

Las dos especies mencionadas constituyen los llamados “entes autárquicos,” que realizan una actividad de tipo administrativo clásico; además de tener personalidad jurídica propia, pues, persiguen un “fin público” y se rigen íntegramente por el derecho público; todos sus agentes son públicos, etc.

10.1.3. *Autoridades administrativas independientes.* Cabe incluir aquí en primer lugar las previstas en el art. 42 de la Constitución como organismos independientes de contralor de los servicios públicos privatizados bajo condiciones monopólicas, que en buenos principios no están sujetas a la tutela administrativa del Poder Ejecutivo.

Hay otras importantes autoridades administrativas independientes como el Defensor del Pueblo, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento, el Ministerio Público, como órganos de la Constitución<sup>50</sup> carentes de personalidad jurídica propia aunque tienen, como en el caso del Defensor del Pueblo, legitimación procesal para actuar en sede judicial. Son la manifestación más moderna de la fractura del poder como preservación de la libertad, aunque algunas de ellas han sido modificadas legislativamente en forma contraria a este espíritu constitucional.

10.1.4. *Corporaciones regionales:* En un país federal debiera ser más frecuente el ente interjurisdiccional para atender problemas específicos de una región.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Excepcionalmente puede tratarse de una fundación, tal como la “Fundación Argentina en la Ciudad Internacional Universitaria de París, República Francesa,” decretos 1155/82 y 562/00. Las fundaciones que crean las Universidades nacionales, parecieran responder a la tipología de personas estatales regidas por el derecho privado. Todavía no está claro si esto terminará siendo adoptado por la justicia, pues de hecho permite un manejo más discrecional de fondos que después de todo siguen siendo públicos.

<sup>48</sup> CONAE, Comisión Nacional de Actividades Espaciales, D. 995/91, ratificado por ley 24.061.

<sup>49</sup> ARN, Autoridad Regulatoria Nuclear, ley 24.804 ex Ente Nacional Regulador Nuclear.

<sup>50</sup> Algunos utilizan la denominación órgano extra poder para referirse a este tipo de autoridades independientes. No vemos en la práctica la ventajas que pueda brindar tal denominación, aunque desde luego no cabe observar otra observación a la terminología.

<sup>51</sup> Ver nuestro art. “La región argentina a partir de la Constitución de 1994,” cap. X del libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed.

Sin embargo, hay pocas autoridades asociativas entre diversas jurisdicciones: ETOSS,<sup>52</sup> CEAMSE,<sup>53</sup> Mercado Central de la Ciudad de Buenos Aires, YMAD, etc.<sup>54</sup> El primero es el más conocido, encuadrado en el derecho público, pero hay otros.<sup>55</sup> Se proponen también autoridades interjurisdiccionales en el área metropolitana, para transporte interurbano, puerto, etc.

## 10.2. Comerciales o industriales<sup>56</sup>

El segundo grupo de entes estatales comprende muchas actividades que el Estado del siglo XX había considerado necesario encarar por sí mismo, bajo un régimen similar al del derecho privado. Con la privatización masiva del sector público de la economía, las categorías legales subsisten pero virtualmente sin referencia empírica de interés. Estos entes raramente se rigen íntegramente por el derecho privado sino por un régimen mixto de derecho público privado. Sus agentes superiores son a veces considerados “funcionarios públicos” (p. ej. en el caso de las empresas del Estado) pero sus obreros y empleados siempre se rigen por el derecho privado. Encontramos dos subgrupos:

10.2.1. *Empresas del Estado*:<sup>57</sup> en nuestro país el nombre de “empresa del Estado” se aplica tan sólo a las regidas por las leyes 13.653, 14.380 y 15.023, que se caracterizan por tener ese doble régimen con un mayor acento en el derecho público que en el derecho privado, tanto es ello así, que se ha podido decir que prácticamente han sido regulados como si fueran entes autárquicos. Con todo, existen varias diferencias entre ambos: el ente autárquico se rige íntegramente por el derecho público, la empresa del Estado no; todos los agentes del ente autárquico son funcionarios o empleados públicos, en la empresa del Estado sólo lo son los funcionarios superiores; lo que queda vigente de la vieja ley de contabi-

<sup>52</sup> Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios.

<sup>53</sup> Cinturón Ecológico del Área Metropolitana Sociedad del Estado.

<sup>54</sup> Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio.

<sup>55</sup> P. ej. la Autoridad interjurisdiccional de las cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro, creada por tratado de la Nación y las provincias de Buenos Aires, Neuquén y Río Negro en 1985; cada parte lo ratificó por ley. A nivel nacional es la ley 23.896. Un caso que pertenece a esta especie, pero aún no ha sido formalmente encuadrado como tal, es la Autoridad de la Cuenca de Matanza-Riachuelo, ley 26.168 y adhesiones de las contrapartes, sobre la cual se puede consultar en [www.acumar.gov.ar](http://www.acumar.gov.ar). Debiera ser un caso igual que los anteriores.

<sup>56</sup> Sobre esto ampliar en nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, caps. II y III.

<sup>57</sup> Ampliar en nuestro libro *Empresas del Estado*, op. cit.; MAIRAL, HÉCTOR A., “Las sociedades del Estado o los límites del derecho Administrativo,” *LL*, 1981-A, 790; BREWER CARIAS, ALLAN R., *Régimen jurídico de las empresas públicas en Venezuela*, Caracas, CLAD, 1980; VALENTINI, STELIO, *L'Impresa Pubblica. Lineamenti Giuridici*, Milán, Giuffrè, 1980; BONEO, HORACIO, *Saber ver las empresas públicas*, San José, EDUCA, 1980; WITKER, JORGE, *La empresa pública en México y España. Un estudio comparativo de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1982; CLAD, *Las empresas estatales en América Latina*, Caracas, 1979; VERNON, RAYMOND y AHARONI, YAIR (comp.), *State-Owned Enterprise in the Western Economies*, Londres, Croom Helm, 1991; DE ALMEIDA DUTRA, PEDRO PABLO, *Controle de empresas estatais. Uma proposta de mudança*, San Pablo, Saraiva, 1991; GHAI, YASH (comp.), *Law in the Political Economy of Public Enterprise*, Uppsala, 1977.

lidad se aplica íntegramente a los entes autárquicos, pero sólo supletoriamente de sus propios estatutos a las empresas del Estado.

10.2.2. *Sociedades del Estado*:<sup>58</sup> Llamamos así a las sociedades constituidas bajo las formas del derecho privado (usualmente como sociedades anónimas), pero cuyas acciones están totalmente en poder del Estado. Están en su mayor parte sometidas al derecho privado, pero siempre resta algún margen de aplicación del derecho público.<sup>59</sup> A veces la sociedad del Estado ha sido concesionaria de un servicio público, como Subterráneos de Buenos Aires, caso en el cual el derecho público reaparece a través de su objeto social; otro caso de actividad monopolizada por el Estado bajo esta figura jurídica es Sociedad del Estado Casa de Moneda. Se encuentran regidas por la ley 20.705. Si bien en su mayor parte han sido privatizadas, ocasionalmente se crea alguna nueva, como EDUC. AR Sociedad del Estado, creada en el año 2000 y SNMP, Sistema Nacional de Medios Públicos Sociedad del Estado, creada en el 2001.

La principal diferencia entre las empresas del Estado y las sociedades del Estado es que las segundas adoptan una forma similar a la de las empresas privadas, mientras que las primeras tienen una forma típicamente estatal. A consecuencia de ello, el control del Estado sobre una sociedad del Estado se realiza *internamente* en la sociedad desde *adentro* de ella, a través de la asamblea de accionistas que estará integrada por los funcionarios de la administración central que concurrirán al efecto muñidos de la documentación que acredita la titularidad del paquete accionario. El nombramiento de los directores de la sociedad lo hará así la propia “asamblea de accionistas” de la sociedad, desde adentro, en un acto de derecho privado. En cambio, en la empresa del Estado el control del Estado sobre ella se realiza *externamente*, desde *afuera* de la empresa, a través de actos estatales típicos y habrá así, p. ej., un decreto del Poder Ejecutivo designando quiénes serán los directores de la empresa, etc. Además, en la empresa del Estado los particulares afectados por sus actos podrán recurrir a la administración central contra aquéllos, suscitando otra vez el control externo de la administración central; en cambio, en la sociedad del Estado no cabría tal posibilidad de recurso.

En otro aspecto, la sociedad del Estado *a)* se asemeja a las entidades autárquicas y empresas del Estado en que no participa en ellas capital privado: son

<sup>58</sup> Ampliar en MAIRAL, “Las sociedades del Estado o los límites del derecho administrativo,” *op. cit.*; BARRA, RODOLFO C., “Acerca de la naturaleza jurídica de las sociedades del Estado,” *ED*, 67: 601; GONZÁLEZ, FLORENCIA, “Las sociedades del Estado como figura jurídica de la organización de empresas estatales,” *RADA*, 8: 51, Buenos Aires, Plus Ultra, y sus respectivas referencias. En cualquier caso, después de las privatizaciones de la década del noventa ya no son significativos los casos de sociedades del Estado. Lo único que puede apuntarse es que, como se ve en el texto, en el nuevo milenio se siguen creando nuevas sociedades del Estado.

<sup>59</sup> Ampliar en *Empresas del Estado*, *op. loc. cit.*; ver también GROISMAN, ENRIQUE I., “Acerca del régimen jurídico aplicable a las sociedades anónimas con capital estatal mayoritario,” *LL*, 143: 1204 y ss.

íntegramente estatales; *b*) se diferencia de ellas en que adopta la forma externa de la “sociedad anónima.” Hay por lo demás una gradación en la aplicación del derecho público, que es mayor en el ente autárquico, menor en la empresa del Estado y mínimo en la sociedad del Estado.

Comparando la sociedad del Estado con la sociedad de economía mixta del decreto-ley 15.349/46, encontramos: *a*) que en la primera hay solamente capital estatal, *b*) en la segunda capitales estatales y privados.

Por fin, en la confrontación de la sociedad del Estado con la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (decreto-ley 19.550/72, art. 308 y ss.), hallamos: *a*) que ambas tienen forma de sociedad anónima y su capital puede estar representado por acciones, *b*) que la primera puede ser “unipersonal,” es decir, estar constituida por un solo socio (el Estado), mientras que la segunda requiere siempre la concurrencia de al menos dos socios, aunque ambos sean entidades estatales, *c*) que la primera no admite ninguna participación de capital privado, mientras que la segunda puede legalmente admitir la participación minoritaria de capital privado.

La idea rectora del sistema de la sociedad del Estado fue utilizar la forma jurídica del derecho privado para realizar determinadas actividades económicas del Estado. Con ella se buscó eliminar las suspicacias sobre la posible participación de capital privado en las empresas públicas (crítica que, p. ej., se hizo a las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria.) Pero la tendencia global que se impuso a partir de la década del 80 y en nuestro país desde el 90, arrasó con las formas jurídicas. Las privatizaciones se llevaron a cabo con total independencia de cuál fuera el encuadre jurídico previo de la actividad realizada total o parcialmente por el Estado.

A su vez, comparando ambos tipos de entes con los de tipo administrativo, encontramos que mientras éstos se rigen exclusivamente por el derecho público, los comerciales o industriales lo hacen en alguna medida por el derecho privado.

Son asimilables a las sociedades del Estado las llamadas “sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria” (decreto-ley 19.550/72, arts. 308 a 314), cuando el capital es enteramente estatal.

### 11. *Entidades públicas no estatales*

Entramos ahora a considerar las entidades no estatales (por lo tanto, entidades en las que participan en mayor o menor medida los particulares pero que por estar sometidas a un régimen especial, de derecho público, son calificadas como “públicas.”) En todas ellas existe el problema común de que si bien tienen un cierto régimen de derecho público, él no viene dado por normas generales sino por las propias de cada ente, lo cual crea frecuente incertidumbre sobre la concreta regla de derecho a aplicar en una situación determinada. Dentro de las personas jurídicas públicas no estatales deben distinguirse las que tienen

participación estatal y las que carecen de ella. A su vez, dentro de cada grupo pueden señalarse muchas especies diversas, que veremos a continuación.

### 11.1. *Con participación estatal*

#### 11.1.1. *Sociedad de economía mixta, con potestades o privilegios públicos*<sup>60</sup>

En nuestro país el nombre de “sociedad de economía mixta” puede aplicarse principalmente a aquellas empresas regidas por la ley 12.962, que establece un régimen especial; ello no significa, sin embargo, que no puedan existir otras formas de sociedad mixta no alcanzadas por dicha ley, pero a las que no se aplicará tal denominación sino otra que se verá.

La distinción más importante entre las sociedades mixtas regidas por la ley 12.962 y otras sociedades en que puede encontrarse simple coparticipación accionaria de capitales del Estado y privados, es que en las primeras la participación estatal es estatutaria y permanente, mientras que en las últimas es accidental e informal; en las primeras el acta de constitución o la ley o el decreto de creación determinan imperativamente el modo y/o el porcentaje de la participación del Estado en la sociedad y éste no puede cambiarse sin modificar dicho acto en forma expresa; en las segundas, en cambio, el Estado participa a través de la adquisición de acciones, sin ningún compromiso de seguir integrando en el futuro la sociedad y puede entonces venderlas en cualquier momento sin afectar la sociedad. Además, en la ley 12.962 el Estado tiene ciertas atribuciones especiales como socio, al par que en una simple adquisición de acciones de cualquier sociedad anónima, el Estado sería un socio más.

La sociedad de economía mixta regida por la ley 12.962 puede tanto perseguir fines públicos típicos, como realizar actividades de índole económica, comercial o industrial (art. 2º). En el primer caso la sociedad será una entidad pública no estatal; en el segundo una entidad privada y como tal la incluimos nuevamente en esta enumeración, más adelante.

#### 11.1.2. *Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria*

Estas sociedades requieren, de acuerdo con el decreto-ley 19.550/72, que por lo menos el 51% de las acciones sean de propiedad del Estado, quien además designa el directorio. Si bien el art. 311 admite que el Estatuto disponga la designación de uno o más directores por la minoría y establece que en caso de que el capital privado alcance el 20 % del capital total los accionistas privados tendrán representación proporcional en el directorio, lo cierto es que la hipótesis no se

<sup>60</sup> Sobre esto ampliar en nuestro libro *Empresas del Estado, op. cit.*, cap. IV; VALLE FIGUEIREDO, LÚCIA, *Empresas públicas e sociedades de economía mixta*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1978; RODRÍGUEZ ARIAS, JULIO C., *La sociedad de economía mixta. Su definición jurídico económica*, Rosario, Librería Ciencia, 1940; MARIONÉ, ÉMILE, *Les sociétés d'économie mixte en Belgique*, Bruselas, Bruylant, 1947; TAGAND, ROGER, *Le régime juridique de la société d'économie mixte*, París, LGDJ, 1969.

ha presentado habitualmente cuando era importante la presencia del Estado como sujeto económico. Al producirse la privatización la situación se invierte y aparecen nuevas sociedades anónimas en las que el Estado tiene a veces una porción minoritaria del paquete accionario. En su momento, pues, la práctica argentina fue constituir bajo este régimen sociedades de capital enteramente estatal, con lo cual no estábamos ante una sociedad anónima con participación estatal “mayoritaria,” esto es, un tipo de sociedad mixta, sino ante una sociedad exclusivamente del Estado.

De cualquier manera, de acuerdo con la ley las características salientes serían que la participación es estatutaria (igual que en la ley 12.962), mayoritaria (no necesariamente, en la ley 12.962) y que una sociedad anónima común puede transformarse en una de este régimen si se da la condición de mayoría estatal y una asamblea especialmente convocada al efecto así lo determina, sin oposición expresa de accionista alguno (art. 309), a diferencia de la ley 12.962, en que es necesario modificar el estatuto de la sociedad y de hecho crear una nueva, para transformar una sociedad anónima privada en una sociedad mixta regida por dicha ley.

Por último, cabe recordar, al igual que respecto de las sociedades regidas por la ley 12.962, que las reguladas por el decreto-ley 19.550/72 serán públicas cuando tengan otorgadas por la ley o por el orden jurídico *lato sensu*, potestades o privilegios de derecho público que permitan distinguir su régimen global como perteneciente a dicho ordenamiento. A su vez, si carecieran de tales especiales potestades públicas, lo que en su contexto de origen era improbable, podrían ser consideradas privadas si fueran además realmente de capital mixto. Si eran totalmente de capital estatal, era inevitable, a corto o mediano plazo, que tales potestades le fueran acordadas, según la experiencia lo demostrara, salvo que el proceso se revierta por la privatización. En aquel caso cabía ubicarlas como públicas estatales (*supra*, § 10.2.2).

### 11.1.3. Asociaciones dirigidas

A veces el orden jurídico crea o autoriza una entidad destinada p. ej. a prestar determinados servicios sociales o asistenciales dentro de un gremio o corporación profesional. En el pasado no ha sido infrecuente, en el primer caso, que existiera participación estatal en el control y dirección del ente, como asimismo determinadas ventajas o privilegios. Son, en la Argentina, las llamadas “obras sociales.” Esta clase de entidades, que no son estatales —pues el capital es en parte de los afiliados o asociados—, pero sí públicas (pues tienen un régimen de derecho público), no pueden ser asimiladas a las sociedades de economía mixta. En efecto, aunque existe a veces una coparticipación del Estado con particulares, dicha participación estatal no lo es a los fines de actuar conjuntamente en la prestación de determinada actividad o servicio, sino más bien de control.

En otro aspecto, este tipo de entes, a pesar de estar destinados a “afiliados” —lo que sería muy similar a “asociado” o “miembro”— no están siempre constituidos con criterio asociacional, en cuanto los “afiliados” pueden ser de hecho meramente receptores o beneficiarios de la actividad del ente, sin poder participar plenamente en su dirección y administración. Pero tienen sin embargo derecho a accionar judicialmente en defensa de sus derechos de incidencia colectiva.<sup>61</sup> Ello ocurre cuando las autoridades de la obra social no son nombradas por los “afiliados,” sino por el Poder Ejecutivo, lo que quita al ente su carácter corporativo. Por ello se las llama también “asociaciones dirigidas,”<sup>62</sup> lo que las diferencia de las “corporaciones públicas” que también son creadas compulsivamente por la ley, agremiando imperativamente un determinado sector profesional, pero en las que la dirección del ente está a cargo exclusivamente de los asociados. En la “asociación dirigida,” por el contrario, los miembros son mero objeto de las funciones que realiza el ente y no sujetos que las realicen por su cuenta. Hay entidades que pasan según las épocas de ser asociaciones dirigidas a ser personas privadas sin ingerencia estatal, por lo tanto corporaciones públicas no estatales, o incluso simples personas privadas de interés público, sin fines de lucro.

Además de las obras sociales de la administración, pueden citarse como caso paradigmático de ambivalencia deliberada las cajas de jubilaciones o cajas nacionales de previsión, de las que la jurisprudencia ha dicho que administran fondos “que constituyen un patrimonio común y exclusivo de los beneficiarios,”<sup>63</sup> lo que las caracteriza como entes no estatales, del tipo de asociación dirigida. No obstante, una imperfecta caracterización legislativa hizo que se los haya llamado “entes autárquicos,” lo que a juicio nuestro es inexacto por las razones señaladas.

#### 11.1.4. *Entes reguladores no estatales*

Otra figura de persona jurídica pública no estatal, con participación estatal, son ciertos entes reguladores de una determinada actividad cuya dirección se encomienda en forma mayoritaria a los representantes de los sectores no estatales y en general privados a los que la regulación afecta. La presidencia del directorio y una minoría de él son reservados por las normas de creación a representantes del

<sup>61</sup> CNFed. CA, Sala II (la publicación indica Sala I), *Torello, LL*, 2000-B, 275, con nota de BELTRÁN GAMBIER, “Civismo y amparo. Derecho de los ciudadanos a la vigencia del principio de legalidad.”

<sup>62</sup> Esta denominación fue usada sobre todo en Alemania, aunque sin hacer por ello una distinción formal frente a las corporaciones públicas no dirigidas; en tal sentido dice FORSTHOFF, *op. cit.*, pp. 622-3, que “al concepto de corporación pública no se opone el que los miembros, como ocurre en las llamadas asociaciones dirigidas, queden excluidos de la administración y del nombramiento de los órganos.” Sin embargo, por la supresión de la libertad de asociación que este tipo de entidad implica, creemos necesario destacarlos como fenómenos aparte. Considérese que ya se discute arduamente si es o no constitucional que el Estado obligue a los particulares a asociarse en determinada institución, aunque dejándoles la libre dirección de su asociación y se concluirá en que mucho más grave aun es que también se elimine esta última, por lo que mal pueden considerarse situaciones asimilables.

<sup>63</sup> CSJN, *Fallos*, 244: 548, *López de Reyes*, 1959.

Estado nacional. Puede mencionarse entre estos entes reguladores no estatales el INYM, Instituto Nacional de la Yerba Mate;<sup>64</sup> EN.A.P.RO., Ente Administrador Puerto Rosario;<sup>65</sup> Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata,<sup>66</sup> Instituto de Promoción de la Carne Vacuna Argentina,<sup>67</sup> etc.

## 11.2. Sin participación estatal

### 11.2.1. Corporaciones públicas

Son corporaciones públicas, en general, asociaciones (organizadas en base a la cualidad de miembro o socio de sus integrantes) que han sido compulsivamente creadas por el Estado para cumplir determinados objetivos públicos y sometidas a un régimen de derecho público, particularmente en lo que se refiere al control del Estado y a las atribuciones de la corporación sobre sus asociados.

Hay distintos tipos de corporaciones públicas: a) Colegios profesionales: colegios de abogados, colegios médicos, de veterinarios, ingenieros agrónomos, etc., cuando tienen asociación compulsiva determinada por la ley, control de la matrícula, poder disciplinario sobre sus miembros, etc. Su régimen jurídico tiene muchas influencias del derecho público, en particular en lo que hace a su potestad de dictar actos administrativos.<sup>68</sup> b) Sindicatos, cooperativas,<sup>69</sup> cámaras comerciales o industriales, etc., cuando tienen un régimen de derecho público. Es necesario destacar que, al igual que en lo que se refiere a las órdenes o colegios profesionales, estas entidades pueden existir tanto como asociaciones puramente privadas (caso en el cual no corresponderá incluirlas dentro de las corporaciones públicas), con agremiación libre y en general atribuciones comunes de derecho privado, o estar creadas compulsivamente por el Estado, con afiliación obligatoria y ciertas facultades de poder público. Es solamente en este último caso y de acuerdo, pues, con los criterios diferenciales enunciados al referirnos a la

<sup>64</sup> Ley 25.564, B.O., 15-III-2002.

<sup>65</sup> Ley provincial 11.011, B.O. de la provincia de Santa Fe, 30-VIII-93. Ver *Enaproc. c. Puerto de Rosario S.A.*, año 2000, Juzg. Civil y Com. N° 1, Rosario, firme, LL, 2000-C, 766, con nota de GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D., “La extinción concesional con fundamento en la realidad social.” En otras palabras, la extinción de la concesión se fundó correctamente en los incumplimientos de la concesionaria, como también ocurrió a nuestro juicio con Aguas Argentinas S.A.

<sup>66</sup> Ley 11.414 de la Provincia de Buenos Aires. Ver GUIRIDLIAN LAROSA, “Deslinde de competencias nacionales, provinciales y municipales en jurisdicción portuaria. (Con especial referencia al Puerto de Mar del Plata y su consorcio portuario regional),” RAP, 282: 19-25 (Buenos Aires, 2002.)

<sup>67</sup> Ley 25.507.

<sup>68</sup> Ampliar *infra*, t. 3, *El acto administrativo, op. cit.*, cap. I, § 11 y 12.1, “Las corporaciones profesionales.” No se admite en cambio, en general, que los contratos que celebren puedan ser calificados como “contratos administrativos.”

<sup>69</sup> Las cooperativas, en el país, prestan muchos servicios públicos locales. En tal caso se aproximan al supuesto de los concesionarios y licenciatarios, pero con la fundamental diferencia de que los usuarios son socios o accionistas de la cooperativa y tienen por lo tanto poder de decisión sobre la prestación del servicio. (Ver también nuestro art. “Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos,” LL, 2002-A, 954.) Pero también hay cooperativas asimilables a las demás asociaciones civiles, p. ej. cuando operan como mutuales.

distinción entre personas públicas y privadas, que corresponderá eventualmente considerarlas “corporaciones públicas.” Cabe incluir aquí también a SADAIC y otras entidades similares,<sup>70</sup> C.A.M.M.E.S.A.,<sup>71</sup> etc.

### 11.2.2. *Fundaciones e instituciones públicas no estatales*

Son entes similares a los anteriores en cuanto a su carácter público pero no estatal, mas difieren de ellos en que carecen de ese carácter corporativo (gremial, asociacional). Se incluirán aquí la Iglesia, ciertas fundaciones de derecho público, etc.

Un caso intermedio es el de los partidos políticos, que si bien tienen carácter libremente asociativo, pertenecen sin embargo claramente al ámbito del derecho público constitucional y administrativo. Con todo, dado que sus integrantes son los que integran el Congreso de la Nación, no existe nunca entusiasmo para realizar la indispensable reforma del régimen de partidos políticos, p. ej. eliminación de las listas sábanas, elecciones internas de los candidatos, etc.

En el caso de las fundaciones, ellas han tenido un importante desarrollo reciente como personas jurídicas estrictamente privadas, tanto en nuestro país<sup>72</sup> como en el exterior.<sup>73</sup> A ese crecimiento cabe sumar el fenómeno de la fundación de derecho público,<sup>74</sup> o de fundaciones creadas por el Estado como personas estatales privadas.<sup>75</sup> Existe también, desde luego, el caso opuesto de la fundación creada por un particular que mantiene su autonomía aunque con fuertes nexos al sector público.<sup>76</sup> También complejo es el caso de las fundaciones universitarias dedicadas a la enseñanza o al apoyo de enseñanza, algunas de las cuales

<sup>70</sup> *Infra*, t. 3, *El acto administrativo*, op. cit., cap. I, § 11 y 12.

<sup>71</sup> Ver al respecto el desarrollo que hace DONCEL JONES, JUAN CARLOS, “Los organismos descentralizados del Estado que actúan como empresas del derecho privado (con especial referencia a C.A.M.M.E.S.A.),” *LL*, 1997-F, 1070, quien la considera equiparable a una entidad autárquica.

<sup>72</sup> CONTE, JOAQUÍN, *Manual de asociaciones civiles y fundaciones*, Buenos Aires, La Ley, 1978; COCCA, ALDO ARMANDO, “Las fundaciones en el derecho argentino,” *LL*, 1981-D, 885; GIUNTOLI, MARÍA CRISTINA, *Fundaciones*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994; CARRANZA, JORGE A., *Las fundaciones en el Derecho Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1977.

<sup>73</sup> Ver TAFUR GALVIS, ÁLVARO, *Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el Estado*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1984; HARIOU, MAURICE, *La teoría de la institución y de la fundación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968; ROSSI, NAPOLEONE, *Le gestione erogatrici private*, Turín, UTET, 1973; FÉNELON, J. L., *Les fondations*, París, Boyer, 1902; CAETANO, MARCELLO, *Das fundações*, Lisboa, Atica, 1962; AA.VV., *Las fundaciones y la sociedad civil*, Madrid, Civitas, 1992; AA.VV., *Presente y futuro de las fundaciones*, Madrid, Civitas, 1990; AA.VV., *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las fundaciones españolas*, Bilbao, Fundación BBV, 1994.

<sup>74</sup> SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA, *As fundações de direito privado instituídas pelo poder público no Brasil*, Río de Janeiro, 1970; MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Fundações e empresas públicas*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1972; CRETTELLA JÚNIOR, JOSÉ, *Fundações de direito público*, Río de Janeiro, Forense, 1976; CUSTODIO, HELITA BARREIRA, *Associações e fundações de utilidade pública*, San Pablo, Revista dos Tribunais, 1979; COELHO, LUIZ FERNANDO, *Fundações públicas*, Río de Janeiro, Forense, 1978.

<sup>75</sup> SENNA, HOMERO Y ZOBARAN MONTEIRO, CLÓVIS, *Fundações no direito na administração*, Río de Janeiro, Fundación Getulio Vargas, 1970.

<sup>76</sup> Ampliar en OMIL, ALBA, *Fundación Miguel Lillo*, Tucumán, Fundación Miguel Lillo, 1993.

han tenido un crecimiento vertiginoso merced a las falencias percibidas de las instituciones estatales, más el apoyo oficial de la exención impositiva y aportes de distinto género del Estado.

Existe una amplia zona gris con las fundaciones vinculadas a la política. Las hay genuinas, pero algunas parecen estar constituidas como un mecanismo paralelo o marginal de “financiamiento” de la política. Es otra de las reformas políticas que están faltando.

## 12. Entidades privadas

### 12.1. Con participación estatal

#### 12.1.1. Participación estatutaria: sociedades privadas de economía mixta

De acuerdo con lo ya explicado, estas sociedades, cuando no tienen potestades o privilegios públicos sino una actividad comercial o industrial, son personas privadas; las diferenciamos a su vez de otras formas de coparticipación estatal y privada, en que aquí la participación estatal es permanente, continua y está prevista en los estatutos de la empresa o en la ley de su creación, a diferencia de otras formas accidentales de coparticipación.

#### 12.1.2. Participación no estatutaria: tenencia de acciones de sociedades privadas

Entre las que hemos denominado formas accidentales de coparticipación estatal y privada, está la simple compra de acciones en la Bolsa,<sup>77</sup> de determinada sociedad anónima, por parte del Estado. Esta participación: *a)* es accidental y por ello se sigue distinguiendo de las sociedades mixtas; *b)* es parcial y la empresa se mantiene como entidad no estatal; *c)* su actividad continúa siendo comercial o industrial. Estas participaciones no modifican el régimen jurídico de la empresa. En la Unión Europea son reguladas por la Comunidad, que trata de poner límites a los apoyos o intervenciones en la actividad económica realizadas autónomamente por los Estados parte. El criterio dominante ha sido que los subsidios a la actividad económica es una decisión comunitaria, no nacional.<sup>78</sup> Quedan todavía conflictos extrazonales, p. ej. cuando EE.UU. reclama contra subsidios comunitarios a actividades que en dicho país no son subsidiadas por el Estado (Boeing v. Airbus, clásicamente.)

<sup>77</sup>O su adquisición por otro título traslativo de dominio, p. ej. expropiación; o como contraprestación de créditos otorgados a la empresa, o en pago de deudas previsionales, impositivas, etc.

<sup>78</sup>Esta tendencia europea de transferencia parcial de soberanía al ente supranacional, indica el probable desarrollo futuro de nuestra actual limitada inserción regional en el MERCOSUR. Sobre el estado actual de la cuestión en Europa ver, entre otros, ALONSO GARCÍA, RICARDO, “Aspectos esenciales de la reforma institucional de Niza,” en GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, ENRIQUE (director), *Jornadas sobre derecho administrativo comunitario*, Madrid, Montecorvo, 2001, p. 63 y ss. Ver también nuestros arts. “Primero: crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 2002-D, 1453; “G-8, UE, FMI, Argentina,” *LL*, 2002-E, 927.

## 12.2. *Sin participación estatal*

### 12.2.1. *De interés público*

Pueden carecer o no de fin de lucro.

12.2.1.1. Entre las primeras están las cooperativas, fundaciones, mutuales, sindicatos, etc., cuando no tienen ese régimen jurídico de derecho público que permita considerarlos corporaciones públicas, pero reciben mayor control y reglamentación como así también el otorgamiento de beneficios y privilegios que no se reconocen a otras entidades privadas.<sup>79</sup>

También entran aquí las asociaciones de bien común (ALPI, CERENIL, LALCEC, Cruz Roja, Cáritas, etc.), sociedades de fomento, cooperadoras escolares, asociaciones de bomberos voluntarios,<sup>80</sup> etc.

El caso de mayor interés actual, por su expresa inserción constitucional, lo constituyen en especial las asociaciones o personas jurídicas de usuarios y consumidores (Consumidores Libres, ADELCO, ADECUA, etc.). Estas entidades se encuentran legitimadas para actuar judicialmente en defensa de los derechos de incidencia colectiva a tenor del art. 42 de la Constitución y del art. 52 de la ley de defensa del usuario y consumidor. Igualmente lo están otras figuras jurídicas como las cooperativas,<sup>81</sup> fundaciones, otras asociaciones,<sup>82</sup> etc.

12.2.1.2. Entre las segundas encontramos a los bancos privados, entidades financieras y de seguros, las “empresas reglamentadas” que prestan, generalmente por concesión, licencia o permiso del Estado, alguna actividad de interés público (electricidad, transporte), etc.

El régimen jurídico público de las primeras (§ 12.2.1.1) es más proclive a darles privilegios y ventajas o beneficios diversos, precisamente por esa carencia de finalidad lucrativa y su característica de satisfacer un interés público; el régimen jurídico de las segundas (§ 12.2.1.2) tiende a fijarles imposiciones o limitaciones de variada naturaleza, procurando evitar, dada la índole de la actividad que realizan (régimen financiero y bancario, servicios públicos monopólicos), que puedan llegar a ejercerse en forma ilegalmente perjudicial a los usuarios.

Sin duda el caso actual más significativo de este grupo (§ 12.2.1.2), como entidades con fin de lucro, fueron en los últimos años las empresas concesionarias o licenciatarias de servicios públicos otorgados por el Estado con carácter monopólico o de exclusividad. Su regla principal es la interpretación restrictiva de su monopolio o privilegio, el principio de estar en la duda a favor del usua-

<sup>79</sup> AA.VV., *Consideraciones sobre el tratamiento jurídico y fiscal de las fundaciones españolas*, op. cit.; OZANAM, CHARLES, *Associations syndics et fondations*, París, Sirey, 1947.

<sup>80</sup> Las asociaciones de bomberos voluntarios se hallan regidas por la ley 25.054, que las califica como personas jurídicas de bien público y sin fines de lucro, cuya actividad se tipifica como servicio público (art. 4°).

<sup>81</sup> Así lo resolvió la CNFed. CA, Sala I, *in re Consumidores Libres*, 17-VII-97, firme.

<sup>82</sup> Ver CARRIÓ, ALEJANDRO y otros, *En defensa de los derechos civiles*, Abeledo-Perrot, 2000.

rio, más la necesaria existencia de una autoridad independiente de control y regulación de ellas.<sup>83</sup>

### 12.2.2. *De interés privado*

Son la generalidad de las sociedades anónimas, en comandita por acciones, etc., del derecho civil y comercial. Ellas no interesan, por lo menos en principio, al derecho público, salvo épocas excepcionales como las que ahora atravesamos, en que el Estado con su intervencionismo clientelista y subvencionista intenta subvertir las reglas del mercado y someter las empresas privadas a los designios públicos. Cabe esperar que en el futuro cercano estos mecanismos anómalos de intervención en la economía contemporánea hayan de desaparecer, en beneficio de la economía y la sociedad toda. Claro que, como la Venezuela contemporánea, también podría agravarse antes de mejorar. Todo depende de la fortaleza que tenga la sociedad civil para resistir esos embates. La Justicia ha demostrado ser independiente, sólo resta acudir a ella mediante amparos colectivos como el que fuera resuelto por la CSJN *in re Halabi* en febrero de 2009.<sup>84</sup>

Todos estos tipos de entidades pueden ubicarse en un cuadro sinóptico<sup>85</sup> que resuma las clasificaciones hechas, en el que las distintas entidades están ubicadas en un cierto orden descendente: las que están en los primeros lugares se rigen total o casi totalmente por el derecho público; las que siguen presentan ya una aparición más o menos importante del derecho privado y en los casos restantes va aumentando la aplicación del derecho privado a la entidad y disminuyendo correlativamente la del derecho público. En los últimos casos, por fin, es neto el predominio del derecho privado pero se encuentran todavía restos de aplicación del derecho público.

<sup>83</sup> Nos remitimos al cap. XI de este vol. para el contrato concedido con monopolio o exclusividad y al cap. XV en lo que hace a los entes independientes de control que prevé el art. 42 de la Constitución.

<sup>84</sup> *LL*, 4-III-09, p. 3 y nota de GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., "Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?" Para los antecedentes ver nuestro art. "Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia," *LL*, 1997-F, 1318. Reproducido, con modificaciones, bajo el título "Los grandes fallos de la actualidad," en la 2ª ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998.

<sup>85</sup> Lo hemos hecho en ediciones anteriores.

## Capítulo XV

### LOS ENTES REGULADORES

#### 1. Introducción<sup>1</sup>

Nos encontramos en este tema ante una realidad a mitad de camino entre el sistema preconstitucional y el que debe ponerse en marcha con la Constitución de 1994, materia en que el Congreso se halla remiso. En otras palabras debemos abandonar también, como ya se lo ha hecho en Europa, el antiguo modelo continental.<sup>2</sup> Corresponde en consecuencia adoptar, también en nuestra Constitución, el éxito demostrado por el modelo estadounidense: la Unión Europea exige que los países que la integran tengan autoridades independientes para regular los

<sup>1</sup> Comp. BIANCHI, ALBERTO B., *La regulación económica*, t. 1, *Desarrollo histórico. Régimen jurídico de los entes reguladores en la Argentina*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; AGUILAR VALDEZ, OSCAR R. “Competencia y regulación económica,” en *Servicio Público, Policía y Fomento*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, 2003; PÉREZ HUALDE, ALEJANDRO (dir), *Servicios Públicos y Organismos de Control*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006; CICERO, NIDIA KARINA, *Servicios públicos. Control y protección*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires y Ediciones Ciudad Argentina, 1996; COMADIRA, JULIO RODOLFO, “Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS),” *ED*, 162: 1134, reproducido en su *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 217 y ss.; MATA, ISMAEL, “Los entes reguladores de los servicios públicos,” en el libro colectivo de la UNIVERSIDAD AUSTRAL *El derecho administrativo argentino, hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 115 y ss.; “Panorama del control sobre los entes reguladores,” *ED*, 30-III-01; MONTI, LAURA M., “Facultades reglamentarias de los entes de control,” en *LL, Supl. ADAIG*, Setiembre de 2000, pp. 11-7; SORIA, DANIEL FERNANDO, “Sobre los entes reguladores, los conflictos entre prestadores y usuarios de servicios y las vías administrativas previas,” *RAP*, 234: 61 (Buenos Aires); FANELLI EVANS, GUILLERMO E., “La reforma de la Constitución Nacional y los Entes Reguladores (La posición jurídica del usuario. Las audiencias públicas),” *LL*, 1995-A, 1044; GORZELANY, LILIANA B., MAC MAHON, JUAN JOSÉ y SARCIAT, ALBERTO DIEGO, “Entes Reguladores,” *RAP*, 213: 104 (Buenos Aires, 1996); CINCUNEGUI, JUAN BAUTISTA, “Entes reguladores de servicios públicos,” *RAP*, 188: 11 (Buenos Aires); THURY CORNEJO, VALENTÍN, “Fundamentos y límites de la potestad sancionadora de los Entes Reguladores de Servicios Públicos,” *RAP*, 207: 26, (Buenos Aires, 1995); FRANCHINI, CLAUDIO, “Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove,” en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. II, Módena, Mucchi, 1996, p. 775 y ss.; GENTOT, MICHEL, *Les autorités administratives indépendantes*, París, 1994.

<sup>2</sup> GENTOT, *op. cit.*, p. 1. Ampliar y comparar en COLLIARD, CLAUDE-ALBERT y TIMSIT, GÉRARD (directores), *Les autorités administratives indépendantes*, París, PUF, 1988.

servicios públicos.<sup>3</sup> Es decir, debemos empezar a olvidar los entes administrativos descentralizados, sometidos al control de tutela de la administración central y comenzar a enfatizar que el Estado contemporáneo requiere de autoridades administrativas *independientes* del poder central.<sup>4</sup> Se ha comenzado con el Banco Central, conforme los lineamientos de las economías desarrolladas, pero se ha retrocedido nuevamente en los últimos años, se avanzará con la AFIP, debe continuarse la independencia de los entes de control de los servicios privatizados, incluyendo la participación de los usuarios, cumpliendo las funciones que delinea el art. 42 de la C.N.

Falta aún dictar el resto de los marcos reguladores *legales* exigidos por el art. 42 (por ahora existen el del gas y la electricidad, leyes 24.076 y 24.065 y, recientemente, el del agua, aprobado por las leyes 26.100 y 26.221), readecuar los preexistentes y tal vez, como igualmente se propone, dictar una ley marco que establezca los trazos generales de su funcionamiento, sin dependencia del Poder Ejecutivo ni facultades reglamentarias de éste sobre tales entes o sus relaciones con los concesionarios y licenciarios sujetos al control.<sup>5</sup>

Entre los principales se encuentran el ENRE, Ente Nacional Regulador de la Electricidad,<sup>6</sup> ENARGAS, Ente Nacional Regulador del Gas,<sup>7</sup> CNC, Comisión Nacional de Comunicaciones,<sup>8</sup> ERAS, Ente Regulador de Agua y Saneamiento.<sup>9</sup> Cabe agregar la CNRT, Comisión Nacional de Regulación del Transporte,<sup>10</sup>

<sup>3</sup>También países que aún no la integran, como Islandia, Suiza, y otros.

<sup>4</sup>Ver el brillante trabajo de REIRIZ, MARÍA GRACIELA, "Autoridades administrativas independientes para la regulación y control de servicios públicos," en BOTASSI, CARLOS A. (dir.), *Temas de Derecho Administrativo, en honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, p. 265 y ss.

<sup>5</sup>En este sentido el Poder Ejecutivo propuso en el año 2004 al Poder Legislativo un proyecto unificado "Proyecto de Régimen Nacional de Servicios Públicos" (Mensaje N° 1075/2004), que fue objeto de no pocas críticas. Ver, entre otros, GARCÍA SANZ, AGUSTÍN A. M., "Servicios Públicos: construyendo las bases de una nueva emergencia," *LL*, 2005-C, 925.

<sup>6</sup>Ley N° 24.065, decreto reglamentario 1398/92; decreto 714/92, modificado por decreto 1323/92; el Anexo V del Decreto N° 714/92 y normas modificatorias constituye el reglamento de Suministro de Energía Eléctrica para los Servicios prestados por EDENOR S.A. y EDESUR S.A. Reglamento de Audiencias Públicas: Resolución ENRE N° 39/94. En el sistema existe otro ente regulador independiente, constituido formalmente como "sociedad anónima," en el cual participan la Subsecretaría de Energía Eléctrica y las asociaciones de generadores, distribuidores, transportistas y grandes usuarios: ver DONCEL JONES, JUAN CARLOS, "Los organismos descentralizados del Estado que actúan como empresas del derecho privado (con especial referencia a C.A.M.M.E.S.A.)," *LL*, 1997-F, 1070.

<sup>7</sup>Ley 24.076 y decreto 1189/92; decretos 1738/92, 692/95, 2255/92; el subanexo II de los anexos A y B de este último constituye el reglamento del servicio.

<sup>8</sup>Carece de ley y suplanta la primero intervenida y luego disuelta CNT, Comisión Nacional de Telecomunicaciones. En ella se fusionaron esta última y la Comisión Nacional de Correos y Telégrafos (CNCT): ver dec. 660/96, art. 31. Actualmente, la CNC continúa rigiéndose por el dec. 1185/90, parcialmente modificado por el dec. 764/00 y por las normas de organización de la administración central, como ser el dec. 1142/03.

<sup>9</sup>Ley 26.221, que disuelve el anterior ETOSS, crea el ERAS y la Agencia de Planificación, ambos en el ámbito de Ministerio de Planificación, Inversión Pública y Servicios, y aprueba el marco regulatorio del servicio que había sido creado por el decreto 304/06 y ratificado por la ley 26.100.

<sup>10</sup>Decreto 660/96, modificado por su similar n° 1260/96.

OCCOVI, Órgano de Control de Concesiones Viales,<sup>11</sup> ORSEP COMAHUE, Organismo Regional de Seguridad de Presas COMAHUE,<sup>12</sup> Autoridad Regulatoria Nuclear,<sup>13</sup> ACUMAR, Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo,<sup>14</sup> AGP SE, Administración General de Puertos Sociedad del Estado.<sup>15</sup>

En situación similar se encuentran otros entes que por ejercer controles legales especializados deben recibir análogo tratamiento: Inspección General de Justicia, Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones,<sup>16</sup> CNV, Comisión Nacional de Valores,<sup>17</sup> Superintendencia de Seguros de la Nación,<sup>18</sup> CNCE, Comisión Nacional de Comercio Exterior,<sup>19</sup> COMFER, Comité Federal de Radiodifusión,<sup>20</sup> etc.

La disparidad de origen normativo y del contenido de los respectivos textos, la diferente composición y nombramiento de sus autoridades, etc., hace imposible generalizar conclusiones. Las reflexiones del presente cap. deben pues ser consideradas de carácter introductorio y más bien de reflexión constitucional acerca del debate y evolución legislativa que se dará en los próximos años, antes que una exacta descripción de un ordenamiento enteramente vigente en la realidad.

## 2. *El que concede no debe controlar*

Así como el sistema previo a la Constitución de 1994 era que el que legisla no ejecuta ni juzga de la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella y el que la juzga no la dicta ni ejecuta; ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que *el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que*

<sup>11</sup> Decreto n° 1994/93; decreto 87/01.

<sup>12</sup> Decreto n° 2736/93.

<sup>13</sup> Ley 24.804.

<sup>14</sup> Ente interjurisdiccional de derecho público creado por la ley nacional 26.168 y adherido por las jurisdicciones locales, [www.acumar.gov.ar](http://www.acumar.gov.ar). Ver CSJN, *Fallos*: 329:2316, *Mendoza*, 2006, *supra*, cap. VIII, § 6, notas 27 y 28, p. VIII-9. El caso tiene muchos ribetes de interés, entre ellos que la CSJN llamó a audiencias públicas, impuso sanciones conminatorias o *astreintes* a los funcionarios públicos para el caso de atraso en el cumplimiento del cronograma fijado, delegó en el juzgado federal de Quilmes el control de la ejecución de las medidas por la administración, etc. Es la misma tendencia en el fallo que comenta DANIELE, NÉLIDA MABEL, “El caso *Ramallo* o el derecho a una vivienda digna. El rol de los órganos del Estado y la sociedad en la operatividad de los derechos económicos y sociales,” en FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Direito Administrativo Brasil – Argentina. Estudos em Homenagem a Agustín Gordillo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, pp. 543-87; publicado también en *Res Publica Argentina, RPA*, 2007-1, 31-70. Es la misma tendencia que iniciara en la primera mitad del siglo pasado el Consejo de Estado francés al incorporar a su jurisdicción el seguimiento del efectivo cumplimiento de la sentencia por la administración pública, que comentara RIVERO en su art. “De l’affaire Canal à l’arrêt Canal,” en el libro del bicentenario del consejo de Estado francés.

<sup>15</sup> Ver nuestro art. “Desregulación y privatización portuaria,” *RDA*, 9: 31-46, Buenos Aires, 1992, reproducido como cap. VIII del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed.; ley 24.093, decretos 817/92 y 19/2003.

<sup>16</sup> Ley n° 24.241.

<sup>17</sup> Decreto-ley n° 17.811/68, art. 12.

<sup>18</sup> Decreto-ley n° 20.091/73.

<sup>19</sup> Decreto n° 766/94.

<sup>20</sup> Decreto-ley n° 22.285/80.

*lo controle.* Es pues el mismo principio, actualizado, de la división de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, que nuestra Constitución perfecciona.<sup>21</sup>

Cuando se estudiaba en Francia en la primera mitad del siglo XX las diferencias entre la planificación por comisiones de planificación o por el Ministerio del ramo, siempre se entendió que la segunda alternativa era la más peligrosa para los intereses colectivos, porque quitaba transparencia al proceso y dejaba al poder político más lábil y maleable frente a las presiones del poder económico, lo cual es más que manifiesto entre nosotros. Ese punto lo vieron ellos hace más de medio siglo, pero acá se insiste con las fórmulas de menor transparencia posible, en nuevo retorno al pasado más distante.

Aquí se pretende que es a la inversa, que son los entes de control los que están maleables, lo cual no es así pues están más en contacto con la sociedad y son más accesibles. Pero a veces están tan dependientes del poder central y sus órdenes y hasta sus vías de hecho en los últimos años, que aunque no puedan darle órdenes o invadir de cualquier modo su esfera, de todos modos lo hacen, con la consiguiente falta de independencia real y de control social. El poder político no se desprende nunca del control, y por lo tanto es como si la actividad estuviera en manos de la administración central y no de un ente regulador independiente.

Agréguese aquí que el poder político es quien ha dado la concesión al poder económico y las cuentas se sacarán fácilmente. Los acuerdos no se celebran entre los reguladores y las empresas, sino entre el poder político y las empresas, y sus consecuencias son simplemente impuestas a los entes reguladores. Las normas sobre la privatización preceden al efectivo traspaso y constituyen por ende el marco de ella, en tutela del interés público y de los usuarios: Se debe mejorar el sistema en favor del control y tutela de los usuarios, no desmejorarlo; más aun, cuando es reconocido que una causa eficiente de la privatización con entes reguladores de control fue la inoperancia de los controles de la administración central, en especial, los ministerios y secretarías.<sup>22</sup>

### 2.1. *El que concede, ¿debe prestar?*

En los últimos dos años se ha verificado un movimiento en el papel del Estado en materia de servicios públicos, habiendo asumido éste un nuevo rol.<sup>23</sup> La experiencia de gestión indicará el acierto o desacierto de lo que parece ser un vuelco al viejo rumbo de los '90.<sup>24</sup> Restará ver cómo se compadecen estos nuevos

<sup>21</sup> *Supra*, cap. III y nuestro art. "Organismos de control," *RAP*, 194:107, Buenos Aires, 1993; AHE, DAFNE, "Alcance del recurso de alzada contra las decisiones adoptadas por entes reguladores de servicios públicos creados por ley," *LL*, 2002-E, 384.

<sup>22</sup> La opinión es en esto uniforme.

<sup>23</sup> Ley 25.943 (ENARSA); decr. 1075/2003 (CORREO ARGENTINO); decr. 238/03 (LAFSA); ley 26.092 y decr. 634/06 (ARSAT); ley 26.221; decr. 340/2004, servicio de comprobación técnica de emisiones del espectro radioeléctrico.

<sup>24</sup> No pocas críticas han recibido estas normas. Ver MATA, ISMAEL; "La reforma del Estado y el regreso al Estado empresario," *SJA* 23-V-07, *JA* 2007-II-1146.

regímenes con los viejos marcos regulatorios subsistentes, cómo se asegura el control público sobre la gestión<sup>25</sup> y sobre el gasto y, sobre todo, cómo se mantiene el nivel *adquirido* de derechos de los usuarios frente al nuevo prestador, el Estado. Recién a partir de allí podremos estar en condiciones de extraer conclusiones sobre el nuevo estado empresario.

### 3. *Derecho a su existencia*

Así como ha llegado a consagrarse el derecho al debido proceso no solamente para los actos individuales de la administración, sino también para los actos generales, con el alcance de que los de tal tipo requieren previa audiencia pública,<sup>26</sup> así también puede hoy en día sostenerse que el debido proceso incluye la existencia de organismos imparciales e independientes del poder concedente, que se ocupen en sede administrativa de la tutela de los derechos e intereses de los usuarios, sujetos al necesario contralor jurisdiccional.

En la Constitución resultan pues una garantía del usuario que, sin reunir los mismos elementos propios de la garantía de acceso a la justicia, requiere su existencia como organismos imparciales e independientes, dotados de estabilidad y medios adecuados para el cumplimiento de sus fines.

Queda con ello dicho que la administración central carece de facultades para exigirles aportes al presupuesto nacional de sus respectivos presupuestos de control, como de hecho lo hace constantemente, desfinanciándolos e impidiéndoles cumplir eficazmente con sus funciones constitucionales.

Ello atenta contra la efectividad y existencia misma del control que deben constitucionalmente ejercer, máxime cuando sus recursos provienen de los aportes obligatorios de los concesionarios con destino legal afectado al fin específico del ente. Hay, en definitiva, una malversación de caudales públicos cuando la administración utiliza fondos de los entes para sus propios programas y los detrae de la actividad del ente de contralor.

Privar a los usuarios de un órgano de control imparcial e independiente del poder central concedente destruye la imparcialidad objetiva prevista por la Constitución y afecta también la imparcialidad del órgano decisor, siendo la imparcialidad un principio cardinal del procedimiento.<sup>27</sup> En este sentido también

<sup>25</sup> Sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría de las nuevas normas excluyen la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado. Por su parte, la Res. 37/06 SIGEN aprueba lo que denomina “normas mínimas de control interno para el buen gobierno corporativo en empresas y sociedades del Estado,” con un sobreabuso de mayúsculas que por supuesto no repetimos. La manía de ponerle mayúsculas a todo se emparenta con el uso ideológico del lenguaje que explicamos en el cap. I

<sup>26</sup> *Infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>27</sup> ALLEGRETTI, UMBERTO, *L'imparzialità amministrativa*, Padua, 1965. Con relación a la declaración de “imparcialidad” efectuada por la norma de creación del ente, ver STUPENENGO, JUAN A. y ZAYAT VALERIA E., “Mirada crítica a la función jurisdiccional del Ente Único Regulador de Servicios Públicos,” en Revista ADA Ciudad, N° 1, septiembre de 2007.

se ha dicho que “Desde luego, es ilegítima la decisión tomada en condiciones de parcialidad.”<sup>28</sup> También la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene sostenido que es requisito integrante de la garantía de la defensa que el caso sea considerado “por funcionarios imparciales.”<sup>29</sup>

#### 4. *Independencia y estabilidad*

Ya explicamos la tendencia de la Constitución actual de crear autoridades administrativas independientes, algunas en el marco del Congreso como la Auditoría General de la Nación o el Defensor del Pueblo,<sup>30</sup> otras en el ámbito del Poder Judicial como el Consejo de la Magistratura (seriamente lesionado en su imparcialidad e independencia, por la reforma legislativa que dió preeminencia al poder político), el Jurado de Enjuiciamiento o el Ministerio Público.<sup>31</sup>

Tales autoridades administrativas independientes incluyen, también en el derecho comparado europeo, a los entes reguladores, según el modelo genérico norteamericano que cada país adopta en sus trazos generales. Ese es el modelo adoptado en nuestro país.<sup>32</sup> En igual sentido ha podido decirse que: “La independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo, decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a la tendencia de sacrificar los objetivos a largo plazo, en aras de las metas diarias de la política,”<sup>33</sup> por lo cual son indispensables garantías tales como la inamovilidad en los cargos del ente de contralor.<sup>34</sup> Es que “el poder político es incapaz de escapar a la tentación de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las exigencias inmediatas de la política diaria.”<sup>35</sup> “Pero una cosa es esta influencia lógica y razonable del poder político sobre la administración y otra la manipulación constante de sus decisiones según las conveniencias del momento, o la medida burda del cese fulminante por una diferencia de opinión con la autoridad política de turno.”<sup>36</sup> En sentido similar se ha dicho que “se exige una autoridad reguladora dotada al mismo tiempo de preparación técnica, independencia política y legitimación democrática.”<sup>37</sup> La legitimación democrática, en

<sup>28</sup> Ver REAL, ALBERTO RAMÓN, “Los principios del procedimiento administrativo en el Uruguay,” en *Anuario de Derecho Administrativo*, t. I, Santiago, Univ. de Chile, 1975/6, p. 269 y ss., pp. 287-8.

<sup>29</sup> Fallos, 198: 78. La CSJN en *Estrada, LL*, 2005-D-439, ha cuestionado la vigencia de las garantías de independencia e imparcialidad en nuestros entes reguladores, características que entiende indispensables para el ejercicio de la función jurisdiccional. Ampliar en nuestro art. “Ángel Estrada,” *JA*, número especial, 2005-III, fascículo n° 9, *El caso Ángel Estrada*, pp. 46-48; reproducido en *Res Publica, Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, año I, n° 2, México, 2005, pp. 307-311 y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>.

<sup>30</sup> Arts. 85 y 86.

<sup>31</sup> Art. 99 inc. 4°, segundo párr.; arts. 114, 115 y 120.

<sup>32</sup> En igual sentido COMADIRA, “Reflexiones...,” *op. cit.*

<sup>33</sup> COMADIRA, *op. cit.*, § 2.

<sup>34</sup> COMADIRA, *op. loc. cit.*

<sup>35</sup> ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *Economía y Estado*, Madrid, Marcial Pons, 1993, cap. XI, pp. 376-7.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 387.

<sup>37</sup> ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*, cap. XI, p. 365.

el caso, viene del sistema de designación, que debe serlo por concurso, pues es sabido que hoy en día la democracia no es sólo una forma de acceder al poder sino también una forma de ejercerlo.<sup>38</sup>

Como en tantos temas de nuestra historia, resta por ver si al momento de dictar los nuevos marcos reguladores, el legislador atiende a las necesidades a largo plazo de la República o si en cambio cede a la tentación de la política diaria y de la concentración permanente de poder.<sup>39</sup>

### 5. *Intervención, avocación, revocación; recurso de alzada*

Ya explicamos que la avocación del art. 3° del decreto-ley 19.549/72 será procedente a menos que una norma expresa o razonablemente implícita disponga lo contrario.

Uno de los supuestos básicos en que no es aplicable la avocación es así cuando la atribución de funciones al inferior ha estado fundada en razones de especialización técnica, mayor imparcialidad, u otros motivos que hagan razonable entender que la intención del legislador fue que esa atribución fuera ejercida primordialmente por el inferior y no, en realidad, por un superior que en cualquier momento decidiera avocarse al conocimiento y decisión de un asunto de la competencia del inferior. La avocación no procede respecto de competencias descentralizadas, esto es, de actos de entes autárquicos *lato sensu*.<sup>40</sup>

Fácilmente se comprenderá con cuánta mayor razón tanto la avocación como la intervención administrativa son totalmente improcedentes en los entes regulatorios previstos en el art. 42 de la Constitución, incluso en los ilegal e inconstitucionalmente creados por decreto como entes autárquicos. Han comenzado a aparecer fallos, que esperamos se reafirmen, anulando este tipo de intervenciones,<sup>41</sup> pero siguen no obstante existiendo como norma casi perpetua del funcionamiento real de nuestra administración pública, que distorsionan el sistema constitucional.<sup>42</sup> Se sigue de todo lo expuesto que la procedencia del recurso de alzada ante el Poder Ejecutivo Nacional contra los actos de los entes

<sup>38</sup> RIVERO, "Le système français de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits," *Mélanges Jean Dabin*, Bruselas, Bruylant, 1963, pp. 813-36, reproducido en el libro *Pages de doctrine*, t. I, París, L.G.D.J., 1980, pp. 563-80; *supra*, cap. II. Pero, como dice un viejo refrán, el pescado se puede primero por la cabeza: el mal ejemplo viene de la cúspide.

<sup>39</sup> Remisión § 2.1.

<sup>40</sup> GONZÁLEZ ARZAC, RAFAEL, "La competencia de los órganos administrativos," *ED*, 49: 885, § 7.

<sup>41</sup> OTEIZA, MARIANO, "La intervención administrativa en entes reguladores ¿Control efectivo u oportunismo gubernamental?," *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 337: 141, 2007.

<sup>42</sup> En los últimos años se han dado algunas muestras de cierta desprolijidad en esta materia. No sólo a raíz de las sucesivas intervenciones, sino también en razón de la indiferencia al sistema de concursos previsto para la ocupación de cargos en los entes y por la particular técnica utilizada. Entre las normas que avalaron estas prácticas pueden mencionarse: los decrs. 812/04, 539, 571 y 1646/07 (ENARGAS), el decr. 458/06 (Sistema Nacional de Medios Públicos Sociedad del Estado), el decreto 1983/2006 (Comisión Nacional de Comunicaciones), el decr. 253/2008 (ANMAT) y el decreto 454/2004 (Comisión Nacional de Regulación del Transporte), entre otros.

reguladores ha de interpretarse como mínimo de manera muy restrictiva; a nuestro criterio debe considerarse improcedente.<sup>43</sup>

### 6. *Facultades regulatorias*

Después de la reforma de 1994, que en el art. 76 priva al Poder Ejecutivo de la delegación en materia administrativa, puede admitirse delegación o subdelegación, o más precisamente atribución de competencias propias, solamente en los entes reguladores, a los que la Procuración del Tesoro de la Nación ha reconocido el carácter de entidad descentralizada.<sup>44</sup> Dicho en otras palabras, la prohibición del art. 76 no resulta de aplicación en el caso de estos entes.<sup>45</sup> La facultad regulatoria, dentro del marco de la ley respectiva, es propia y específica de estos entes y debe considerarse separada del poder concedente. La doctrina y jurisprudencia es amplia en cuanto a las facultades que tiene la autoridad competente para reglamentar el servicio, incluso modificando las condiciones de su prestación para adecuarlo a las cambiantes circunstancias fácticas y tecnológicas.<sup>46</sup> Dice así el Consejo de Estado de Francia que “La Administración tiene derecho a disponer las modificaciones y agregados necesarios para asegurar, en interés del público, el normal funcionamiento del servicio.”<sup>47</sup> “Al imponer al concesionario un servicio diferente del previsto por las partes contratantes, la Administración no excede sus poderes.” Agrega LÉON BLUM en sus conclusiones sobre el caso *Compagnie française des tramways* que: “La convención no establece, de manera inmutable, *ne varietur*, las cargas asumidas por el concesionario;”<sup>48</sup>

<sup>43</sup> Ver el mayor desarrollo que hacemos *infra*, t. 4, *op. cit.*, cap. XI, “Recurso de alzada,” § 2.4, “Tendencia normativa a la supresión de la alzada;” § 3.4, “Entes reguladores;” § 3.6, “Entes tributarios;” § 3.8, “Entes interjurisdiccionales.” Ver también BORGONA, VANESA y FAIRSTEIN, CAROLINA, “La independencia de los entes reguladores y el recurso de alzada,” *LL*, 2001-F, 103.

<sup>44</sup> *Dictámenes*, 104 y 105/95, citados por COMADIRA, *op. cit.*, nota 26.

<sup>45</sup> En igual sentido CITARA, *op. ult. cit.*, p. 148; nuestro art. “Las facultades normativas de los entes reguladores,” *RAP*, 212: 120, Buenos Aires, 1996; comp. COMADIRA, “Los reglamentos delegados,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires, Rap. 2002, pp. 679-92, esp. p. 689; BIANCHI, “La potestad reglamentaria de los entes reguladores,” *Acto...*, *op. ult. cit.*, pp. 589-612; AGUILAR VALDEZ, OSCAR R., “Apuntes sobre la facultad reglamentaria de los entes reguladores y sus límites,” *JA*, 2007-II-672.

<sup>46</sup> Ver nuestro art. “Las facultades normativas de los entes reguladores,” *op. cit.* Ver también CN-Fed. CA, sala I, *Edenor S.A. c. Estado nacional (Secretaría de Energía)*, *LL*, 1996-C, 445, año 1995, con nuestra nota “Facultades reglamentarias de los entes reguladores,” reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 36, pp. 100-2. Un caso especial es el de C.A.M.M.E.S.A., en el cual el Estado tiene dos directores con inequívoco derecho de veto y hay control de la Secretaría de Energía: ver DONCEL JONES, JUAN CARLOS, “Los organismos descentralizados del Estado que actúan como empresas del derecho privado (con especial referencia a C.A.M.M.E.S.A.),” *op. cit.*, quien lo asimila a un ente autárquico, aunque por su composición nos parece más próximo a una corporación pública: *supra*, cap. XIV, § 11.2.1.

<sup>47</sup> Consejo de Estado, *arrêt* del 11 de marzo de 1910, *Compagnie française des tramways*, *Recueils*, p. 216 y ss., *RDP*, 1910, p. 274 y ss., que transcribe GASTON JÉZE, *Principios generales del derecho administrativo*, t. IV, *Teoría general de los contratos de la administración. Primera Parte. Formación. Ejecución de los contratos*, Buenos Aires, Depalma, 1950, p. 139, nota 87.

<sup>48</sup> JÉZE, *op. cit.*, p. 240, nota 88 *in fine*.

en el caso *Société d'éclairage de Poissy*<sup>49</sup> CORNEILLE señala que “la organización del servicio no es de competencia del concesionario [...], que, por consiguiente, esta organización podrá modificarse en cualquier momento, según las necesidades sociales y económicas del momento.”<sup>50</sup> Concluye JÈZE, luego seguido por la doctrina nacional en este punto, que “Este principio es hoy indiscutido en la jurisprudencia.”<sup>51</sup>

En la doctrina nacional es vieja la conclusión de que “la concesión crea dos situaciones jurídicas: a) una legal o reglamentaria, que es la más importante y domina toda la operación; b) otra contractual, pero que no es necesariamente de derecho civil, sino de derecho administrativo y que, como acto administrativo que es, atribuye derechos e impone obligaciones al concesionario.”<sup>52</sup> “Importante es la cuestión relativa a la facultad que la Administración pública tiene de modificar las condiciones y especialmente el funcionamiento del servicio público objeto de la concesión. Desde luego, el servicio público, por definición, tiene en vista el interés público y ante esta consideración primordial el argumento contractual pierde toda importancia.”<sup>53</sup> “Si se pudiese admitir por un instante que, por efecto de los contratos de concesión, la voluntad de los concesionarios pudiera poner en jaque las decisiones tomadas por la Administración en un fin de utilidad pública, necesario sería condenar irremisiblemente el sistema de concesión como contrario al interés general.”

También recuerda BIELSA la opinión de HAURIUO cuando aquél dice que “la situación reglamentaria obedece a dos principios [...] el servicio público deberá ser mejorado por nuevas reglamentaciones [...] En suma, los usuarios [...] no deben sufrir las consecuencias que pudieran derivar del hecho de que el servicio haya sido concedido; el servicio debe conservar su flexibilidad institucional.”<sup>54</sup>

Toda esa construcción de la doctrina argentina previa a las nacionalizaciones y estatizaciones fue elaborada con un importante sustento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Fallos*, 146: 297, 149: 219, 114:124, 111: 339. En el *leading case Ercolano v. Lanteri de Renshaw*, *Fallos*, 136: 161, nuestra Corte Suprema de Justicia hizo también mérito de la jurisprudencia

<sup>49</sup> *Société d'éclairage de Poissy, Recueils*, p. 124; *R.D.P.*, París, 1918, p. 242 y ss.

<sup>50</sup> JÈZE, *op. cit.*, p. 240, nota 89.

<sup>51</sup> JÈZE, *op. loc. cit.*

<sup>52</sup> BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo y ciencia de la administración. Legislación administrativa argentina*, t. I, Buenos Aires, Lajouane & Cía. Editores, 1929, p. 123 y ss. Las posteriores ediciones han mantenido el mismo principio.

<sup>53</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 130. En igual sentido su *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., p. 259 y ss.; del mismo autor, *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos (A propósito de la 4ª Conferencia Nacional de Abogados)*, Buenos Aires, Abeledo, 1937; IVª CONFERENCIA NACIONAL DE ABOGADOS, *Régimen jurídico de la concesión de servicio público*, Buenos Aires, Talleres de “Artes Gráficas,” 1936; PICCIRILLI, RODOLFO, *El privilegio en las concesiones de servicios públicos*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1936, prólogo de RAFAEL BIELSA; CARRILLO, PEDRO, “Concesión de servicios públicos,” *LL*, 62: 948; FIORINI, BARTOLOME A., *Manual de Derecho Administrativo*, Segunda Parte, Buenos Aires, La Ley, 1968, p. 819 y ss.

<sup>54</sup> BIELSA, *op. cit.*, p. 124, quien cita a HAURIUO, p. 866.

americana del caso *Munn v. Illinois* (94 US 113) en el cual se expresara que: “todo aquel que dedica su propiedad a un uso de interés público, confiere por ese hecho al público un interés en ese uso y debe someterse a su contralor, para el bien común, en la extensión del interés que le ha creado.” La Corte recuerda por lo demás la jurisprudencia norteamericana en igual sentido, en litigios tales como los *Granger Cases* 94 U. S. 155 y siguientes, *Spring Valley Water Works v. Shottler* 110 U. S. 347, etc.

En la doctrina cabe también recordar a SAYAGUÉS LASO: “La circunstancia de que explote el servicio en base a la concesión otorgada por una entidad pública, no excluye el juego normal de la competencia legislativa. [...] La regla legislativa puede emanar del mismo ente público que intervino en el otorgamiento de la concesión o de un ente público distinto. Esto último es frecuente a causa de la descentralización cada vez mayor que impera en la generalidad de los países.”<sup>55</sup> Agrega este autor que “Además, como al concesionario se le otorgan potestades públicas, colocándolo en una situación de excepción, la ambigüedad de las cláusulas beneficia a la administración concedente, debiendo interpretarse estrictamente los privilegios y exenciones, siendo la oscuridad o la duda en contra del concesionario.”<sup>56</sup> En igual sentido expresa MARIENHOFF que “Todo lo atinente a la «organización» o al «funcionamiento» del servicio público puede ser modificado en cualquier momento por el Estado. Es éste un «principio» establecido «ab - initio» por los constructores de la teoría del servicio público y aceptado sin discrepancias por la doctrina actual.”<sup>57</sup> Y concluye, citando a HAURIUO al igual que antes lo hiciera BIELSA, que “Ningún obstáculo jurídico puede impedir esa modificación.”<sup>58</sup>

La modificación puede ser en perjuicio de los intereses económicos del concesionario o licenciataria cuando el Estado contrató en condiciones de estado de necesidad, por el principio de la lesión, o cuando han existido ganancias que exceden la equivalencia honesta que debe haber en el contrato, tal como lo explicamos en el cap. XI sobre los contratos administrativos, al tratar los celebrados en condiciones de monopolio o exclusividad. En los demás supuestos corresponde reajustar la tarifa para preservar el derecho de propiedad del contratista, pues “los derechos que emanan de una concesión de servicios públicos, tal como la aplicación de las tarifas [...] revisten los caracteres de una verdadera propie-

<sup>55</sup>SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 3ª ed. puesta al día por DANIEL H. MARTINS, Montevideo, 1974, p. 50.

<sup>56</sup>SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 26. En esto recuerda en apoyo de la misma tesis a la jurisprudencia uruguaya (notas 1 a 3) con más la doctrina comparada (nota 4), incluso la del derecho privado argentino: DÍAZ DE GULJARRO, ENRIQUE, “La tutela de los establecimientos de beneficencia. Condiciones que deben concurrir para que sea definitiva,” *JA*, año 1928, 27: 1201.

<sup>57</sup>*Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, pp. 104-5. Este autor, a cuyas citas nos remitimos, recuerda en el mismo sentido a GARCÍA OVIEDO, BENJAMÍN VILLEGAS BASAVILBASO, ENRIQUE SILVA CIMMA, JEAN RIVERO, MAURICE HAURIUO.

<sup>58</sup>Es ésta la conclusión de HAURIUO sobre la jurisprudencia, a la que MARIENHOFF adhiere sin reservas y con énfasis para nuestro derecho: p. 104, nota 140, ed. de 1966.

dad, de la cual no puede ser privada por la sola voluntad del concedente.”<sup>59</sup> Por supuesto, las actualizaciones tarifarias deben ser oportunas, proporcionadas y graduales, no abruptas y extraordinarias por el impacto sobre los usuarios.<sup>60</sup>

### 7. *La audiencia pública*<sup>61</sup>

Es conocido que la audiencia pública previa a modificaciones tarifarias o aprobación de grandes proyectos, exigida por las leyes regulatorias existentes, ya se considera hoy en día un principio constitucional cuyo incumplimiento, o deficiente cumplimiento, afecta la validez del acto que se dicte con su omisión o en su consecuencia. En el ámbito de la administración pública el decreto 1172/03 ha aprobado el Reglamento General de Audiencias Públicas, de aplicación en las audiencias públicas convocadas en el ámbito de los organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo la jurisdicción del Poder Ejecutivo Nacional. El mismo decreto ha aprobado también el Reglamento General de Acceso a la Información Pública, mecanismo que también propicia una informada, inteligente y oportuna participación ciudadana.<sup>62</sup>

### 8. *El ente regulatorio no tiene jurisdicción administrativa*

Si bien el antecedente de los entes reguladores es el norteamericano, ello no significa que pueda invocarse aquella fuente en supuesto favor de la existencia de tribunales administrativos con facultades jurisdiccionales, olvidando que esa *no es* nuestra jurisprudencia constitucional, ni la ha recibido operativamente tribunal alguno en las últimas décadas, salvo olvidables *obiter dicta*.<sup>63</sup>

Aun en ese derecho no es necesario agotar la instancia del tribunal administrativo<sup>64</sup> que este ente no es, cuando se dan hipótesis análogas a las de nuestra jurisprudencia para tornar inexigible el agotamiento de la vía administrativa.

<sup>59</sup> CSJN, *Bunge y Born Ltda. S.A.*, 1934, *Fallos*, 171:153 (6° cons.); BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 398.

<sup>60</sup> Así lo han sido en 2008 los aumentos de tarifas eléctricas, luego de años de parálisis no obstante la inflación, lo que llevó a que el Estado armara un no transparente esquema de subsidios.

<sup>61</sup> Ampliar *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública.”

<sup>62</sup> Ampliar en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO y FERNÁNDEZ LAMELA, PABLO, “Acceso a la información y participación pública. Los derechos de incidencia colectiva y el decreto 1172/2003,” *Lexis Nexis*, 6-IX-06; y en SCHEIBLER, GUILLERMO, “Acceso a la información en manos del estado: el pueblo [debe poder] saber de qué se trata,” Buenos Aires, RAP 325, octubre de 2005.

<sup>63</sup> *Supra*, cap. VII, § 18.4., “La seudo doctrina de algunos fallos;” nuestra *Introducción al Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2007, y edición electrónica en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com), cap. V, “Cómo leer una sentencia,” § 7, “Lo que el fallo dice de más y de menos;” AGUSTÍN, “Enargas: interpretación restrictiva de su «jurisdicción»,” *LL*, 1996-C, p. 36, nota al fallo *Y.P.F. c. Enargas*, 1996, CNFed. CA, sala I, reproducido en *Cien notas de Agustín, op. cit.*, § 31, p. 95. Conf. REJTMAN FARAH, MARIO, *Impugnación judicial de la actividad administrativa*, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 54. Es interesante el desarrollo que realiza nuestro máximo tribunal en *Estrada*. Ampliar en STUPENENGO y ZAYAT, *op. loc. cit.*

<sup>64</sup> JAFFE, LOUIS L., *Judicial Control of Administrative Action*, Boston y Toronto, Little, Brown and Company, 1965, cap. 11, p. 424 y ss., “The Exhaustion of Administrative Remedies;” ampliar en CERDEIRAS, ROSAURA, “La actividad jurisdiccional de los entes reguladores y la reforma constitucional,” *RAP*, 218: 98 (Buenos Aires.)

Por lo demás, en el derecho norteamericano hay una multiplicidad de normas, de estado a estado, materia a materia, ley a ley: no existe regla general alguna que pueda razonablemente invocarse en materia de competencia judicial federal.<sup>65</sup> Pareciera casi superfluo destacar que en las leyes de la materia los entes en cuestión no son órganos del poder judicial de la Nación, sino una autoridad administrativa independiente, no jurisdiccional.<sup>66</sup> Resulta en verdad imposible confundirlo, o pretender confundirlo, con un órgano del poder judicial, cualquiera que fuere la terminología que emplearen las leyes. Pero cabe reconocer que tanto la jurisprudencia como la doctrina son liberales en el uso de la terminología, lo cual no es bueno para el Estado de Derecho.

Por de pronto, las normas aplicables establecen que se regirán por la ley *stricto sensu*, de *procedimientos administrativos* de la Nación y su reglamentación; admiten el recurso administrativo de alzada, contra los actos del ente, para ante el Poder Ejecutivo nacional. Sus normas aclaran que los miembros del directorio de los entes son funcionarios públicos administrativos (aunque como ya vimos cabe hacer excepción de los que representan a los usuarios), no magistrados o Jueces de la Nación. En materia financiera los entes están sujetos al control externo que establece el régimen de contralor público *de la administración*.

Tampoco las leyes confieren a los entes aquellas notas características de la potestad judicial, como son la *executio*, nota distintiva, si las hay, del imperio jurisdiccional. Ello surge de las normas que en caso de infracciones facultan al ente para requerir al juez competente el auxilio de la fuerza pública con jurisdicción en el lugar del hecho; si el hecho objeto de prevención o comprobación constituyera un delito de acción pública deberá dar inmediata intervención a la justicia federal con jurisdicción en el lugar.

### 9. Acciones y recursos contra los actos de los entes reguladores

Las leyes que regulan estos entes prevén un recurso de apelación en la Capital Federal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, pero hasta ahora se han intentado también acciones de amparo en primera instancia contencioso administrativa federal y no debe excluirse *in totum* la posibilidad de acciones ordinarias en lugar de recursos de apelación.<sup>67</sup> Desde luego, cuando no existe una ley que determine la obligatoriedad de acudir

<sup>65</sup> STASON, E. BLYTHE, *The Law of Administrative Tribunals*, Chicago, Callaghan and Company, 1947, p. 505 y ss., cap. VIII, "Methods of Judicial Relief;" ampliar en CERDEIRAS, *op. loc. cit.*

<sup>66</sup> Algunos pronunciamientos judiciales que no habilitan la vía ante la Cámara por no haberse agotado la vía administrativa previa exigida por el art. 66 de la ley 24.076 del ENARGAS, si bien ajustados a derecho, no deben inducir a confusión por repetir la terminología legal de "jurisdicción del ente": SALA II, *Terrabusi*, 8-VII-93; Sala IV, *Vila*, 11-IV-95.

<sup>67</sup> Siempre, claro está, que la acción ordinaria verse sobre un supuesto distinto del que la ley prevea como obligatorio para utilizar la apelación directa.

a la Cámara en recurso de apelación,<sup>68</sup> lo procedente es la acción ordinaria, sumaria, sumarísima, o en su caso el amparo, sin perjuicio en todos los casos de los demás medios: la acción de amparo por mora de la administración y los recursos del procedimiento administrativo. Pero no el recurso directo, que requiere texto legal expreso. En esto al menos hay unanimidad.<sup>69</sup>

### 10. Amparo

El art. 43 de la Constitución nacional prevé la acción de amparo para la defensa de estos derechos de los usuarios y consumidores y de los derechos de incidencia colectiva en general.<sup>70</sup> “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.”

“Podrán interponer esta acción 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, el afectado*, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.” Surge de la norma constitucional que “*el afectado*” podrá interponerla en lo relativo a “los derechos que protegen [...] a *la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.*”

La norma constitucional tiene primacía sobre las normas legales que dan solamente recurso de apelación ante los tribunales de apelación de la Capital Federal y de acuerdo a lo dispuesto por la CSJN *in re Halabi*, 2009, hasta podría ser un amparo colectivo.<sup>71</sup> Hemos señalado el problema anteriormente, en distintas oportunidades.<sup>72</sup> Existen antecedentes a tener en cuenta, porque están

<sup>68</sup> Vila, Sala IV, 11-IV-95; Terrabusi, Sala II, 8-VIII-93 y otros; ampliar en TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “A propósito de la tutela cautelar frente a las decisiones de los nuevos entes reguladores,” en AA.VV. *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, cap. IX.

<sup>69</sup> Lo hemos explicado desde las primeras ediciones; *supra*, cap. IX, § 13.

<sup>70</sup> Ver nuestro art. “Un día en la justicia: los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional,” LL, 1995-E, 988; *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 2006, 6ª ed., cap XII; ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.; “Derechos de incidencia colectiva,” en *El Derecho Administrativo Argentino*, Hoy, op. cit., p. 274 y ss.

<sup>71</sup> LL, 4-III-09, p. 3 y nota de GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?”

<sup>72</sup> Básicamente es la preocupación por encontrar al solución al problema que expresamos en “Los fallos repetitivos como merma de justicia: cómo evitarlos en el derecho actual,” en la RAP, 1997, 227: 5.

en la misma dirección.<sup>73</sup> Lo que decimos es, claro está, una extrapolación que deberá someterse al *test* jurisprudencial.

## 11. *Problemas de la apelación en la Capital Federal*

### 11.1. *¿Es “apelación” de “jurisdicción”?*

En el caso de los recursos a ser interpuestos ante las salas de la Cámara de la Capital existen diversos problemas a considerar. Uno de ellos es que las leyes que tratan el tema le niegan al ente regulador carácter de parte, lo cual es inconstitucional;<sup>74</sup> también le reconocen en algún caso una igualmente inconstitucional jurisdicción administrativa en casos que el órgano no tiene la necesaria independencia e imparcialidad para resolver.

La producción de prueba en sede judicial, de verse limitada por el tribunal, puede llevar a una nueva privación de justicia del individuo que acuda a sus estrados. Era más lógico crear más tribunales de primera instancia,<sup>75</sup> antes que reintentar atajos que a la larga no llevan a ninguna parte, además de privar al individuo en forma discriminatoria de la segunda instancia que existe en todas las demás materias, privación que es contraria al principio del art. primero de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>76</sup>

### 11.2. *¿No existe otra jurisdicción federal que la de Buenos Aires?*

Otro de sus problemas es determinar si la ley teóricamente obliga a todos los usuarios del país a litigar en la Capital Federal,<sup>77</sup> algo que solamente se justifica en el caso del recurso extraordinario para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su calidad de última instancia nacional existente, pero no parece

<sup>73</sup> Ver nuestro art. “Jurisprudencia de 1997: Elogio a la Justicia,” *LL*, 1997-F, 1318. Reproducido, con modificaciones, bajo el título “Los grandes fallos de la actualidad,” en la 2ª ed. del libro *Después de la Reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998.

<sup>74</sup> Cuando alguna Sala le da traslado como parte, el ENARGAS elige dejar desierto el traslado, asumiendo equivocadamente que ejerce potestad jurisdiccional: nota ENARGAS 3.327, oficio 500/95, *Gas Natural Ban S.A.*; CERDEIRAS, *op. loc. cit.*; REJTMAN FARAH, *op. cit.*, p. 57. Ver CNF CA, SALA II, *Metrogas*, *LL* 2003-E, 338; SALA I, *Distribuidora de Gas Cuyana*, expte. 5619/00, 31-X-02.

<sup>75</sup> Se ha propuesto la creación de verdaderos tribunales administrativos no solamente por la doctrina sino hasta por iniciativas ministeriales; pero no han prosperado hasta el presente. Puede verse nuestros arts. “La Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, acciones de clase, tribunales judiciales y tribunales administrativos; un futuro proyecto de tribunales administrativos para los servicios públicos,” *LL*, 2005-A, pp. 818-823; “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962.

<sup>76</sup> Como dato comparativo de interés, el código procesal administrativo de la Provincia de Buenos estableció un recurso directo de apelación ante las cámaras del fuero, sin pasar por los juzgados de primera instancia. Esa norma fue declarada inconstitucional.

<sup>77</sup> Lo mismo ocurre con las controversias contra la AFIP que se llevan al Tribunal Fiscal de la Nación. Hay reconocimientos ínfimos de esta irracionalidad, p. ej. que los abogados del interior no deban en estos casos pagar el bono fijo para el CPACF.

igualmente razonable cuando los actos dictados producen sus efectos en el interior del país. Al excluir la ley la intervención de la justicia federal del interior del país produce un exceso de causas en la Capital que afecta su tratamiento en el *plazo razonable* que exige el Pacto de San José en su art. 8°. Si por esa tardanza condenaron a Suiza en *Zimmermann y Steiner*, ni qué decir qué nos puede ocurrir a nosotros ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>78</sup>

### 11.3. *La norma legal invocada*

El art. 66 de la ley 24.076 establece en forma similar a la 24.065 que: “Toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación, tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas, deberán ser sometidos en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente.”

La CSJN en el ya citado caso *Ángel Estrada* declaró la inconstitucionalidad de este tipo de normas en cuanto de ellas se desprende el otorgamiento de reparaciones económicas a los usuarios de los servicios públicos, por carecer el ente de control de suficiente independencia e imparcialidad.

La ley dice equivocadamente que “Las decisiones de naturaleza jurisdiccional del ente serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal.” “El recurso deberá interponerse fundado ante el mismo ente dentro de los quince (15) días de notificada la resolución. Las actuaciones se elevarán a la cámara dentro de los cinco (5) días contados desde la interposición del recurso y ésta dará traslado por quince (15) días a la otra parte.” Resulta de lo expuesto que en *Ángel Estrada* que el ente no tiene facultades jurisdiccionales al no ser imparcial e independiente, lo que abriría entonces la vía de la primera instancia federal.

Como los plazos de interposición son diferentes, lo que hemos hecho con éxito en algún caso es interponer el recurso de apelación ante la Cámara en término, pero planter el problema y señalar que se lo va a iniciar en primera instancia, o se lo ha iniciado, y que se pide entonces a la Cámara que por razones de mejor ordenamiento espere a que llegue la eventual apelación de la anterior instancia para entender entonces, simultáneamente, con el recurso de apelación directo.

### 11.4. *Su alcance en la propia ley*

Si bien el mentado art. 66 agrega que incluye en su disposición a todo tipo de tercero, lo cierto es que se refiere en primer lugar a los “sujetos” de la ley, que

<sup>78</sup> Nos remitimos al cap. III y sus anexos de nuestro libro *Derechos Humanos, op. loc. cit.*; “La justicia nacional y su articulación con la justicia supranacional.” Revista *Fundejus*, año 3, n° 3, 1995, p. 23 y ss.; reproducido en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, FCU, 1996, p. 265 y ss.; reproducido como “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales,” *RAP*, 215: 151, Buenos Aires.

de acuerdo al cap. V se dividen en “sujetos activos” y meros “sujetos,” ninguno de los cuales comprende el usuario domiciliario.

Dice el art. 9° de la ley que: “Son sujetos activos de la industria del gas natural los productores, captadores, procesadores, transportistas, almacenadores, distribuidores, comercializadores y consumidores que contraten directamente con el productor de gas natural.” “Son sujetos de esta ley los transportistas, distribuidores, comercializadores, almacenadores y consumidores que contraten directamente con el productor.”

El concepto de consumidor “*que contrate directamente con el productor*” reaparece en la ley en diversas disposiciones, p. ej.: art. 34 primer y tercero párrs.

### 11.5. *El usuario no es sujeto pasivo del ente*

Surge de ello que una figura tan clara como es el *usuario* del servicio no puede ser considerado, a la luz de esta normativa legal y a los fines de una supuesta jurisdicción obligatoria del ente, como un “sujeto,” ni siquiera pasivo, de la ley. Cuando la norma se refiere a terceros, no puede sino estar mentando a otros sujetos de igual entidad a los productores, transportistas y distribuidores que estén unidos entre sí por relaciones que hacen en forma directa e inmediata a la concesión o licencia otorgada por el Estado, única causa fáctica que puede sustentar la previa intervención obligatoria del ente antes de acudir a la *única* vía jurisdiccional *stricto sensu* prevista en nuestro sistema constitucional.<sup>79</sup>

### 11.6. *El absurdo de millones litigando en Capital*

No puede pretenderse endilgar al Congreso nacional haber cometido el absurdo de someter a la “jurisdicción” (?) obligatoria del ente y subsecuente revisión por la Cámara Contencioso Administrativa de la Capital Federal *todos* los conflictos de *todos* los usuarios con todos los productores, transportistas y distribuidores del país...

Ello significa tanto como que todos los usuarios de todo el país deberán acudir como única vía judicial posible a la Cámara Federal de la Capital, en otra faceta no despreciable de privación de justicia, en un país de ya más de cuarenta millones de habitantes y más de seis millones de consumidores.

Es tan absurda la tesis que se postula, que puede llevar a una absoluta privación de justicia a la *totalidad de usuarios de todo el país*, privados de su instancia judicial natural ante la justicia federal contencioso administrativa del lugar y sometidos en cambio a un disparatado cuello de botella de un único ente nacional y una única Cámara nacional. Tendrían que proveerla de decenas de

<sup>79</sup>GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, 2ª ed., p. 386; 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, p. 605: “las decisiones de los órganos administrativos al resolver los conflictos deben estar condicionadas, siempre, a una revisión judicial suficiente.”

nuevas Salas para atender *todas* las apelaciones contra los recursos de todos los usuarios de *todo* el país contra *todas* las transportistas y distribuidoras, etc.

Es cierto que la admisión de las *class actions* pone remedio a esta parte de la cuestión y ellas se hallan previstas por la ley de defensa del consumidor y los derechos de incidencia colectiva.<sup>80</sup> También es una solución la actuación judicial del Defensor del Pueblo de la Nación, al que algunos pronunciamientos antiguos negaron legitimación en tal sentido. Pero la Cámara Nacional Contencioso Administrativa, Sala de FERIA, resolvió en enero de 2009 la procedencia del amparo para cuestionar *in totum* los aumentos de las tarifas eléctricas dictados en forma desproporcionada y arbitraria. Esperemos que la tendencia se extienda.

## 12. Jurisdicción federal y/o local: *in brevis*<sup>81</sup>

### 12.1. *En general*

Acabamos de exponer una crítica al excesivo centralismo de una solución que traiga todos los conflictos judiciales a los tribunales federales de la Capital. Pero esto no es una cuestión que pueda interpretarse a favor de las autoridades locales de cada provincia, en materia de jurisdicción. Si se presta atención al argumento, se advertirá que en todos los casos él se resuelve en favor de la jurisdicción federal, no local.

Ello no es sino una derivación del problema más general que se presenta en este tiempo: cuál es el ámbito de jurisdicción provincial para regular los grandes servicios públicos en su área de influencia y la extensión de la jurisdicción federal en la materia. La Constitución de 1994, que algo de mayor poder transfiere a las Provincias y les reconoce además el *dominio* de sus recursos naturales, nada dice que modifique el anterior esquema constitucional en materia de *jurisdicción*. Ya la interpretación constitucional tradicional les reconocía a las provincias el dominio de sus recursos naturales, pero en materia de jurisdicción no se advierten sustanciales diferencias. Lo mismo puede decirse en materia de jurisdicción nacional y local sobre establecimientos de utilidad nacional, que la jurisprudencia anterior había ya establecido en la forma que ahora regula el art. 75 inc. 30 de la nueva Constitución.

Sin embargo es moneda corriente a fines del siglo XX y comienzos del XXI argüir las mismas cuestiones que se debatieron a fines del siglo XIX. Es posible que el medio siglo que duraron las nacionalizaciones hayan temporalmente acallado las discusiones, en el sentido de que no tenía importancia práctica discutir

<sup>80</sup> *Supra*, cap. X, § 18; *infra*, t. 2, cap. II. Ver BIANCHI, ALBERTO B., *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Buenos Aires, Ábaco, 2001.

<sup>81</sup> En este tema utilizamos información de base elaborada, junto a los Dres. GERMÁN BIDART CAMPOS, MARIO REJTMAN FARAH y ROBERTO SOLÁ, para el ENRE, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, en los años 1994 y 1995. También se ha utilizado material del libro del ENRE, *Jornadas jurídicas sobre servicio público de electricidad*, Buenos Aires, 1996. Obviamente las tesis aquí sostenidas no representan la opinión del Ente ni de los coautores, aunque hemos aprovechado de su trabajo.

a la propia Nación su derecho a actuar en el ámbito local prestando un servicio bajo jurisdicción nacional y no local.

Al retirarse el Estado nacional como prestador de servicios locales y reaparecer los particulares como sus concesionarios, resurge el interés provincial por cuestionar la extensión de la jurisdicción nacional. Pero el sistema del siglo XIX está aun en la reforma de 1994. La cuestión de las competencias federales *versus* locales inclina el fiel de la balanza a favor del ente regulador nacional y no de la autoridad local. Cuando el país mismo está fuertemente condicionado internacionalmente,<sup>82</sup> no tiene mucho sustento fáctico querer reverdecer el provincialismo. Se puede en cambio crear el regionalismo interprovincial en el nuevo sistema constitucional y mundial.

Las razones normativas que determinan la jurisdicción nacional son tres: la jurisdicción del Congreso de la Nación en lo referente a los establecimientos de utilidad nacional (art. 75, inc. 30 de la Constitución de 1994), el comercio interprovincial (art. 75, inc. 13) y los poderes implícitos del Congreso (art. 75, inc. 32.) Pero ello debe verse dentro de un contexto aun mayor, de más poderes federales subyacentes al sistema constitucional.

El art. 67, inc. 12 establecía como facultad del Congreso “Reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí.” El actual suprime “marítimo y terrestre,” con lo cual ninguna clase de comercio interprovincial queda excluida de la jurisdicción nacional: “Reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí” (art. 75, inc. 13.) *Prima facie*, la nueva norma es más terminante en cuanto a la extensión de la jurisdicción federal en el comercio interprovincial.

La jurisdicción debe entonces ser federal toda vez que exista comercio interprovincial, lo cual incluye no solamente los supuestos en que haya una comunicación, transporte o actividad que físicamente traspase los límites de una provincia, sino también los casos en que, aunque el medio de transporte utilizado termine en los límites de una provincia, la mercadería continúe su tránsito más allá de ese límite. Esa es la interpretación tradicional.

Así como el Congreso puede “Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina” (art. 75, inc. 32), así también las Provincias no pueden “ejercer facultades cuya asunción por los poderes locales obstaría o haría ineficaz el ejercicio de las atribuciones que corresponden al gobierno federal.”<sup>83</sup> “Dado un poder por la Constitución, los medios necesarios para llevarlo a cabo se juzgan siempre implícitos y el alcance de los mismos es que el Congreso tenga todas las atri-

<sup>82</sup> Como explicamos en el cap. VI y su remisión al cap. IV.

<sup>83</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1964, p. 499; CSJN, *Fallos*, 10: 380, *El Procurador Fiscal de la Prov. de San Juan c/ el Prior del Convento de Santo Domingo*, año 1871; BIELSA, *op. cit.*, p. 794.

buciones que sean necesarias y convenientes para hacer efectivos los poderes que le han sido conferidos de una manera expresa.”<sup>84</sup> La Constitución actual no cambia el esquema básico del poder federal preexistente: la base de los poderes implícitos (antes en el art. 67, inc. 28) no se modifica en el art. 75, inc. 32. Lo mismo ocurre con el anterior inc. 16 del art. 67, hoy inc. 18 del art. 75: “la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.” Estos poderes expresos de conceder nuevas industrias y actividades en todo el territorio del país implican los poderes “implícitos” del actual inc. 32 del mismo art. 75, antes inc. 28 del art. 67.

Existen varios temas alrededor de los cuales se fue construyendo el sistema legal y jurisprudencial que conforma la Constitución de 1853/60: cabe mencionar en primer lugar la cláusula que, al igual que la Constitución de los Estados Unidos, somete a jurisdicción federal el comercio interprovincial.

A su vez, existen algunas consecuencias prácticas, que no son excluyentes de otras, de esta jurisdicción federal sobre el comercio interprovincial. Es aplicación del mismo principio de libre comercio y libre navegación de los ríos interiores, que incluye la de los lagos, en ambos casos aunque sean meramente flotables por balsas, juncos o jangadas. Se establece a título expreso la prohibición de aduanas interiores, de cobrar derechos de tonelaje u otros a los barcos y de cobrar derechos de naturaleza alguna, actuales o futuros, por el tránsito de mercaderías de cualquier naturaleza por el territorio provincial. El art. 4° de la Constitución puede considerarse fundado en la necesidad de que toda comunicación escrita, que por esencia puede ser o es potencialmente interjurisdiccional, quede asegurada por el poder federal: por ello la telefonía y demás formas contemporáneas de comunicación son también de jurisdicción federal, incluso aunque la comunicación se complete dentro de una misma Provincia.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Ver ZAVALÍA, CLODOMIRO, *Lecciones de derecho público provincial y municipal*, t. I, 1928, Ariel, p. 53.

<sup>85</sup> Debe tenerse en cuenta sobre todo el carácter nacional del sistema de telecomunicaciones, que torna de interés federal a cualquier punto de la red, toda vez que las características del sistema interconectado no permiten aislar determinadas telecomunicaciones en un área del tránsito que se dirige a otros puntos del país, o incluso, al exterior. La competencia del gobierno nacional sobre las comunicaciones telefónicas comprende a las empresas telefónicas que prestan servicios interprovinciales también en los aspectos locales de su tráfico, pues éste es inescindible del cometido nacional de la empresa, *Fallos*, 257:159 y 268:306. Respetando este principio se ha expedido la Sala II en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad en la causa *Gallo*, en la que el tribunal se consideró que “Corresponde delimitar la competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad a fin de entender en el juzgamiento de la supuesta omisión del GCBA en el ejercicio del control local y declarar la incompetencia con relación a la pretensión de desconexión en tanto puede afectar la prestación del servicio de telefonía móvil.” (CACyT, Sala II, Causa N° 25208/0, *Gallo Susana Beatriz c/ GCBA s/ amparo (ART. 14 CCABA)*, 22-XI-07.)

## 12.2. *Poderes implícitos federales vs. poderes reservados provinciales*

Si bien puede afirmarse que las provincias retienen todo el poder que no han delegado en el gobierno nacional, lo cierto es que en la vida política argentina ha primado, desde el nacimiento mismo del sistema constitucional, la aceptación de poderes residuales implícitos en la Constitución para el Congreso de la Nación. En otras palabras, el Congreso puede hacer todo lo demás que crea conveniente para cumplir con los objetivos nacionales.<sup>86</sup> Es una cláusula exactamente contraria, en espíritu y en lenguaje, a la cláusula de los poderes residuales provinciales. Esos poderes implícitos del gobierno nacional han primado y han sido concretados en la aplicación secular de la Constitución, con una consecuente negación o limitación del principio de las facultades no delegadas por las Provincias. La conclusión interpretativa de la Constitución *real* es que las provincias sí han delegado expresamente tales poderes implícitos al estado nacional y poco se han reservado, en la práctica; nada de ello ha sido modificado en la actual Constitución de 1994.

Así como el Congreso nacional puede, a tenor del art. 75, inc. 32, “Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina,” así también y en equiparable acompañamiento, las Provincias no pueden “ejercer facultades cuya asunción por los poderes locales obstaría o haría ineficaz el ejercicio de las atribuciones que corresponden al gobierno federal.”<sup>87</sup> Es lo que puede leerse del pronunciamiento de la Corte Suprema conforme al cual: “Dado un poder por la Constitución, los medios necesarios para llevarlo a cabo se juzgan siempre implícitos y el alcance de los mismos es que el Congreso tenga todas las atribuciones que sean necesarias y convenientes para hacer efectivos los poderes que le han sido conferidos de una manera expresa.”<sup>88</sup>

El principio de los poderes implícitos ha jugado históricamente a favor del poder central. La nueva Constitución, si bien traslada algo más de poder a las autoridades provinciales y municipales, no cambia en esta materia el esquema básico del poder federal existente al momento de su sanción. Tanto es ello así que la base tradicional de los poderes federales implícitos, que se encuentra según la reforma de 1860 en el art. 67 inc. 28, queda inmodificada en la Constitución de 1994 como art. 75 inc. 32. A su vez, cabe recordar que el viejo inc. 16 del art. 67, hoy inc. 18 del art. 75, está intacto en cuanto da poderes expresos a la Nación para promover: “la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y

<sup>86</sup> Algunos autores que no objetan la existencia de facultades implícitas del Congreso (art. 75, inc. 32 de la Constitución nacional) frente a las Provincias, en cambio las minimizan o desconocen, frente al Poder Ejecutivo.

<sup>87</sup> CSJN, *El Procurador Fiscal de la prov. de San Juan c/ el Prior del Convento de Santo Domingo*, año 1871, *Fallos*, 10: 380; BIELSA, *op. cit.*, p. 794.

<sup>88</sup> Citado por ZAVALÍA, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 53.

canales navegables, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.”

Estos poderes expresos de conceder y establecer nuevas industrias y actividades en todo el territorio del país arrastran los poderes “implícitos” mentados en el actual inc. 32 del mismo art. 75. La Constitución actual no cambia el esquema básico del poder federal preexistente: la base de los poderes implícitos (antes en el art. 67, inc. 28) no se modifica en el art. 75, inc. 32.

### 12.3. *El concepto de “legislación” o “jurisdicción” federal*

Cuando se habla, en cualquiera de estos temas, de “jurisdicción,” “reglamentación” o “legislación” federal, en rigor de verdad se hace referencia inevitable tanto a la actividad legislativa como administrativa y jurisdiccional del Estado nacional y a la de los entes reguladores en especial.

Parece obvio que no sería muy coherente sostener que se aplica la *administración* federal pero la *jurisdicción* local y tampoco se ha entendido nunca que cuando se aplica la *legislación federal* no sea aplicable también la *jurisdicción federal*. El caso de la legislación de derecho común que es aplicada por los tribunales locales se refiere precisamente a la legislación común, no a la federal.<sup>89</sup> En temas que resultan por su naturaleza de derecho federal la aplicación de la legislación federal apareja inevitablemente tanto la administración como la justicia federal. Por lo demás, la existencia de normas emanadas del poder federal abre la vía del recurso extraordinario por ante la CSJN, con lo cual de hecho se refuerza otra especie de la jurisdicción federal.

### 12.4. *La cláusula del comercio interprovincial*

En lo que hace al comercio interprovincial, el art. 67 inc. 12 establecía como facultad del Congreso de la Nación “Reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí.” El actual texto suprime “marítimo y terrestre,” con lo cual ninguna clase de comercio interprovincial queda excluida de la jurisdicción nacional: “Reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí” (art. 75, inc. 13.) La nueva norma parece incluso más terminante en cuanto a la extensión de la jurisdicción federal en materia de comercio interprovincial.

La jurisdicción es federal toda vez que exista comercio interprovincial, lo cual incluye no solamente los supuestos en que haya una comunicación, transporte o

<sup>89</sup> No pocas discusiones ha abierto sobre este punto la ley de defensa del consumidor 24.240. Ver SCHEIBLER, “¿Un caso de intervención federal *judicial* a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de Defensa del Consumidor?” *JA* 2006-II-348; MORTIER, NATALIA y PASQUALINI, ANA E., “Algunas reflexiones sobre el Ente Único Regulador de la Ciudad,” en *JáDA Ciudad*, n° 1, 2007, p. 162 y ss.

actividad que físicamente traspase los límites de una provincia o de la Capital Federal, sino también los casos en que, aunque el medio de transporte utilizado termine en los límites de una provincia, la mercadería continúe su tránsito más allá de ese límite, por otro medio.

Por ello es que con acierto ha podido señalarse que “la tendencia de nuestra organización ha sido siempre hacia [...] una fortificación de la autoridad central.”<sup>90</sup> La Constitución de 1994 ensaya una disminución del poder central y un aumento de las facultades provinciales, pero no ha alterado el sistema constitucional como para poder afirmarse que es letra muerta lo construido durante un siglo y medio de jurisprudencia sobre establecimientos de utilidad nacional, comercio interprovincial, poderes implícitos de la Nación, etc. Es una conclusión exagerada. Los principios básicos en materia de jurisdicción federal siguen vigentes, con la única salvedad, ya hecha anteriormente por la CSJN, de que en los lugares donde se hallen instalados establecimientos de utilidad nacional las Provincias pueden ejercer sus poderes, en tanto y en cuanto, no se refieran al objeto mismo del establecimiento ni invadan lo que es comercio interprovincial. Los servicios públicos nacionales claramente importan comercio interprovincial; de ello no puede caber duda desde las leyes de ferrocarriles del siglo pasado y la interpretación que tuvieron. Cuando el Congreso se apreste a negar jurisdicción a la Ciudad de Buenos Aires en estas materias, no está sino aplicando los principios constitucionales que le son aplicables a las Provincias.

### 12.5. *El ente regulador como establecimiento de utilidad nacional*

Para el caso es más determinante el principio que establece la jurisdicción federal en los establecimientos de utilidad nacional ubicados en el territorio de las provincias (todas las entidades nacionales de cualquier naturaleza jurídica que tienen actividad en una provincia). En algunas épocas se le reconoció a la Nación jurisdicción exclusiva y excluyente en cualquier acto o hecho que se celebrara o acaeciera dentro del límite físico del establecimiento de utilidad nacional y hasta se llegó a hablar de una supuesta federalización del lugar.<sup>91</sup>

Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia se inclinaron finalmente por la tesis de la jurisdicción concurrente de la Nación y las autoridades locales, tanto provinciales como municipales y ésta es la solución existente al momento de la reforma de 1994. Pero esa concurrencia tiene particularidades muy definidas: Es sólo concurrente en cuanto a que lo que **no** hace de manera directa e inmediata al objeto del establecimiento de utilidad nacional, queda bajo jurisdicción local. Lo que entra dentro del fin u objeto del establecimiento nacional, sigue siendo jurisdicción federal exclusiva y excluyente. Dicho en otras

<sup>90</sup> ZAVALÍA, *Lecciones...*, op. cit., p. 55.

<sup>91</sup> CSJN, *Fallos*, 240: 311, *Cardillo*, 1958; 262: 186, *Frigorífico Armour de La Plata S.A.*, 1965, entre otros.

palabras, no hay concurrencia alguna en cuanto a lo que constituye el fin específico del establecimiento de utilidad nacional. En este sistema constitucional, la jurisdicción federal es exclusiva y excluyente en lo que hace en forma directa (y en algún caso indirecta) al objeto mismo de la actividad del establecimiento federal y es local en lo restante.

Así, en un puerto federal en territorio provincial será de jurisdicción federal todo lo atinente a la actividad portuaria, pero es aplicable la jurisdicción local, tanto provincial como municipal, en materia de impuestos locales, seguridad e higiene, habilitaciones, etc. de las actividades no estrictamente portuarias: restaurantes, etc. La seguridad portuaria en lo que hace a la operación específica del puerto es, desde luego, de jurisdicción federal. La privatización o provincialización de puertos, ahora admitida por la legislación, traspasa jurisdicción portuaria a la autoridad local pero no modifica la cláusula del comercio interprovincial.<sup>92</sup>

De este modo, la tendencia no es tanto a considerar la jurisdicción federal en razón del territorio ocupado por el establecimiento, sino en razón del objeto fin de éste. Como dijo en tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “No basta que un lugar situado dentro de una provincia sea de propiedad de la Nación para que ésta ejerza en él una jurisdicción exclusiva, en razón de que la ley constitucional determina los fines nacionales a que debe estar destinado. Tampoco es indispensable ese derecho de propiedad cuando el empleo de la cosa exige la jurisdicción nacional. Y la razón es obvia: es la destinación de los lugares, la construcción en ellos de fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional lo que determina y justifica el ejercicio de la legislación exclusiva del Congreso, o sea la jurisdicción de las autoridades federales.”<sup>93</sup>

Es frecuente la solución de que no hace falta el dominio o propiedad de la tierra.<sup>94</sup> Si el servicio se otorga en concesión a una Provincia deja de ser un establecimiento de utilidad nacional;<sup>95</sup> ello muestra que la titularidad del establecimiento es esencial, pero no necesariamente la titularidad del dominio de la tierra, dado que es frecuente que la escrituración de los terrenos de los establecimientos nacionales no se haya realizado nunca.

Si la concesión es otorgada a particulares pero el poder concedente es nacional y éste otorga expresamente el control a un establecimiento de utilidad nacio-

<sup>92</sup> “Desregulación y privatización portuaria,” *RDA*, 9: 31, Buenos Aires, 1992, reproducido en *Después de la Reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. VIII.

<sup>93</sup> Citado por ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 356. Análisis de un caso concreto en DANIELE, NÉLIDA MABEL “La autolimitación del tribunal como criterio válido para deslindar la competencia federal y local. Sus implicancias para la sentencia definitiva o para su cumplimiento,” *LL*, 2002-D, 294.

<sup>94</sup> CSJN, *Fallos*, 15: 137, *D. Cayetano Pines*, año 1874; 21: 491, *Lorenzo Peluffo*, año 1879; 103: 403, *Fuentes Aranguna y Estrella*, año 1906; 154: 312, *Marconetti, Boglione y cía.*, año 1929; 215: 260, *Cruzeiro Do Sul.*, año 1949; 220-II: 1354, *Amaro*, año 1951. GONDRA, JORGE M., *Jurisdicción federal*, Buenos Aires, ed. de la Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, p. 359, critica la solución, pero su opinión no se ha impuesto en nuestro derecho.

<sup>95</sup> CSJN, *Fallos*, 154: 312, *Marconetti, Boglione y Cía.*, 1929.

nal, para más creado a ese específico efecto por ley del Congreso de la Nación, entonces obviamente la jurisdicción es federal. La mera calidad de propietario no le confiere jurisdicción federal al Estado nacional, a menos que haya una afectación a un fin que encuadre en los supuestos de jurisdicción federal;<sup>96</sup> a la inversa, que no tenga la calidad de titular del dominio donde el servicio concedido se instala no le priva de su jurisdicción federal, cuando la tiene en razón del fin del establecimiento. El término “Nación” es comprensivo de los entes autárquicos nacionales.<sup>97</sup> También la jurisdicción federal se extiende sobre los lugares adyacentes a la obra de carácter nacional.<sup>98</sup>

### 12.6. *La norma constitucional actual: art. 75 inc. 30*

Hemos expuesto anteriormente cómo fue interpretada la Constitución cuando su texto decía en el entonces art. 67, inc. 27, que correspondía al Congreso de la Nación: “Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional.” Ahora la Constitución dispone en el art. 75 inc. 30 que corresponde al Congreso: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.” El actual texto omite la *propiedad* nacional como base de la *jurisdicción* federal, tal como ya había sido resuelto por la Corte Suprema y además establece que esa legislación es sólo aplicable a los fines específicos del establecimiento, como igualmente lo resolviera la jurisprudencia en las décadas previas a la reforma de 1994.

### 12.7. *La ley es la que fija la jurisdicción federal*

Es firme la solución según la cual “corresponde al Congreso elegir en cada caso el carácter y extensión con que ha de legislar sobre los territorios adquiridos;”<sup>99</sup>

<sup>96</sup> CSJN, *Fallos*, 53: 254, *Sollecito Allaqua*, 1893; 103: 403, 415, *Araguna y Estrella*, 1906; 154: 312, *Marconetti, Boglione y Cía.*, 1929; 155: 104, 113, *Frigorífico Armour de La Plata contra la Provincia de Buenos Aires*, 1929; DE VEDIA, AGUSTÍN, *Constitución argentina*, Buenos Aires, Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos, 1907, p. 365.

<sup>97</sup> Así p. ej. en *Fallos* 141: 60, 64, *Contardi*, 1924, se dijo que el ente “es de propiedad de la Nación costeadado con dinero de la misma y creado con fines de utilidad nacional.” Igual afirmación respecto al Consejo Nacional de Educación en *Fallos* 115: 408, 410, *Clavelles*, 1912: “Que el establecimiento de la referencia es de propiedad de la nación, costeadado con dineros de la misma y creado con fines de utilidad nacional, por todo lo que debe considerárselo comprendido en la disposición del art. 67, inc. 27 de la Constitución.”

<sup>98</sup> CSJN, *Fallos*, 197: 292, 317/8, *Provincia de Buenos Aires c/ Swift de La Plata*, año 1943.

<sup>99</sup> CSJN, *Fallos*, 160: 342, 354, *Tunkievicz*, 1931.

en forma paralela, la jurisprudencia de la CSJN ha establecido que la extensión de la jurisdicción local depende de la ley nacional<sup>100</sup> y ello se compadece con el texto constitucional en la medida en que la aplicación de la legislación local queda subordinada a la regla de la no interferencia a los fines federales. Como es obvio, esto no es una regla que sea de fácil aplicación pacífica. Quizás un caso paradigmático sea el de la villa 31, asentamiento irregular en bienes de un establecimiento de utilidad nacional, que por supuesto nada tiene que ver con el asentamiento mismo, pero que ha sido objeto de frecuentes controversias jurisdiccionales entre la Ciudad y la Nación. Existen muchos juicios entre las mismas partes por diferentes supuestos conflictivos.

Se ha dicho de antaño, en sostén de la solución expuesta, que “[s]ólo la legislación nacional mencionada podría establecer y delimitar la compatibilidad de dicho ejercicio con las atribuciones excluyentes de la Nación en todo cuanto concierne a las condiciones bajo las cuales han de desenvolverse las actividades con las que se preste el servicio público de carácter nacional;”<sup>101</sup> la legislación local es inaplicable “si no hay ley nacional que establezca esa compatibilidad.”<sup>102</sup>

Más aun, a veces se ha resuelto que es aplicable la jurisdicción federal aun sin ley que decida asumirla en forma expresa.<sup>103</sup> Lo cual indica una interpretación de hecho extensiva de la ley federal en la materia: la jurisdicción federal nace del objeto o fin mismo del establecimiento de utilidad nacional, de acuerdo a esta lectura de la Constitución.

### 12.8. *Permanencia del problema jurisdiccional*

Ese conflicto interjurisdiccional es permanente. Existen siempre fuerzas políticas reales que plantean una y otra vez la cuestión. Es de recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo en 1929 “Que en presencia de los antecedentes expuestos y la facultad atribuida al Congreso de «ejercer una legislación exclusiva [...]», no parece posible que el ejercicio de aquélla pudiera dar lugar a discusiones jurídicas y aun a conflictos judiciales.”<sup>104</sup> Lo mismo en 1968 cuando comenta “la cantidad de cuestiones litigiosas que se han suscitado”<sup>105</sup> no obstante el “sentido intergiversable de la palabra «exclusiva»— que quiere decir única y no compartida—.”<sup>106</sup>

Ya ocurrió, en 1934 y 1936,<sup>107</sup> que la administración central admitiera la jurisdicción local. La respuesta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

<sup>100</sup> *Fallos*, 182: 157, 162, *Frigorífico Swift de La Plata*, año 1938.

<sup>101</sup> CSJN, *Fallos*, 215: 260, 279, *Servicios Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda.*, año 1949.

<sup>102</sup> CSJN, *Fallos*, 215: 260, 280.

<sup>103</sup> *Fallos*, 271: 186, 191, *Marconetti Ltda. S.A.I.C.*, año 1968; anteriormente 155: 104, 111, *Frigorífico Armour de La Plata*, año 1929.

<sup>104</sup> *Fallos*, 155: 104, 111, *Frigorífico Armour de La Plata c/ la Prov. de Bs. As.*, año 1929.

<sup>105</sup> *Fallos*, 271: 186, *Marconetti Ltda. S.A.I.C.*, año 1968.

<sup>106</sup> *Fallos*, 271: 186, 192, citado.

<sup>107</sup> Citado en *Fallos*, 292: 307 y 308, *Palma*, año 1975.

fue la misma: “Que la presente contienda importa traer de nuevo a los estrados judiciales una cuestión ya resuelta por esta Corte Suprema.” “Igual cuestión fue reproducida entre las mismas partes cuatro años después, llegándose a idénticos resultados con el Tribunal integrado de otra manera.” “Que la conclusión establecida en aquellas sentencias [...] debe ser mantenida. Las razones de orden jurídico detenidamente expuestas en aquellos pronunciamientos son definitivas y se dan aquí por reproducidas, con el fin de evitar repeticiones innecesarias.”<sup>108</sup>

Esa jurisprudencia cambia antes de la reforma de 1994, pero con el único alcance de circunscribir la jurisdicción federal al objeto del establecimiento de utilidad nacional, no al territorio que él ocupa. Es la interpretación que recoge la reforma de 1994 en el inc. 30 del art. 75: “dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.”

Esta redacción no altera la solución precedente: el Congreso de la Nación sigue teniendo jurisdicción federal exclusiva y excluyente en todo lo que atañe al objeto o fin del establecimiento de utilidad nacional. Dado que esta solución y esta interpretación no es pacífica en la *praxis* constitucional, pues de hecho las provincias cuestionan la jurisdicción federal e intentan ejercer jurisdicción provincial en las materias propias de los entes reguladores previstos en el art. 42 de la Constitución, pensamos que tal vez se justifique reiniciar la exposición más detalladamente.<sup>109</sup> En todo caso reiteramos que la solución de obtener más poder para las provincias pasa por la vía de integrar voluntariamente órganos o entes regionales, con participación nacional pero predominio provincial.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> *Fallos*, 197: 292, 315, 316, *Provincia de Buenos Aires v. Swift de La Plata*, 1943.

<sup>109</sup> En los últimos años ha habido una impronta provincial en la creación de entes locales que extienden su competencia en materia de servicios públicos nacionales. Entre ellos cabe mencionar al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, creado mediante ley 210 (ver MORTIER y PASQUALINI, *op. cit.*), y al Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSEP) creado por ley 8835 y sus modificatorias en Córdoba. Con respecto a este último ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia, rechazando la impronta provincial (*Telefónica Comunicaciones Personales S.A. v. Ente Regulador de Servicios Públicos de Córdoba*, Cámara Contencioso-administrativa de Córdoba, sala 1ª, 18-VIII-05, Lexis Nexis Nº 70022862.) En igual sentido se ha expedido nuestro máximo tribunal ante una cuestión atinente al contralor de servicios públicos de naturaleza federal, al sostener que “...el decreto local impugnado, en cuanto admitió la competencia de la dirección de fiscalización y Control Provincial para entender en una denuncia por publicidad engañosa relativa a la prestación del servicio telefónico, constituye un indebido avance sobre las facultades que las provincias delegaron a la Nación (arts. 75, incs. 13 y 32, y 126, CN), dado que se introduce en la regulación y control de aspectos referidos a la organización y funcionamiento del servicio telefónico de atribución exclusiva del gobierno federal, así como en la competencia asignada a la CNC para controlar la prestación de esos servicios” (CSJN, *Fallos*, 326:4718.) La línea de este criterio se observa también en *Fallos*, 328:2671 (*BNA c/ Programa de Defensa de consumidor Comercio y Cooperativas de la Pcia. San Luis s/ apelación ley 24.240*, sentencia del 28 de julio de 2005) y en *Telefónica de Argentina s/ acción de inconstitucionalidad*, sentencia del 11 de julio de 2007.

<sup>110</sup> Nuestro art. “La región [...]” en el libro *Después de...*, *op. cit.*, 2ª ed., cap. X.

### 13. *In extenso: el comercio interprovincial*

El anterior art. 67 inc. 12 establecía como facultad del Congreso de la Nación “Reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí.” El actual texto suprime la calificación de “marítimo y terrestre,” con lo cual ninguna clase de comercio interprovincial queda excluida de la jurisdicción nacional: “Reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí” (art. 75, inc. 13). *Prima facie*, la nueva norma es más terminante en cuanto a la extensión de la jurisdicción federal en comercio interprovincial. Cuando en el siglo XIX se dictó la legislación ferroviaria, ella fue interpretada por la CSJN, fijando algunos supuestos básicos en el sistema constitucional argentino. La jurisdicción es federal toda vez que exista comercio interprovincial, lo cual incluye no solamente los supuestos en que haya una comunicación, transporte o actividad que físicamente traspase los límites de una provincia o de la Capital Federal (un tren que cruce un límite provincial), sino también los casos en que, aunque el medio de transporte utilizado termine en los límites de una misma provincia, la mercadería continúe su tránsito más allá de ese límite, por otro medio de transporte. Lo mismo es obviamente aplicable tanto si el objeto del comercio es una cosa mueble o un bien inmateral. Un ejemplo temprano de la extensión dada originariamente a la jurisdicción nacional es la ley Mitre 5315 que liberaba a las concesionarias nacionales de los impuestos provinciales y municipales. Por ello ha podido decirse que “la tendencia de nuestra organización ha sido siempre hacia [...] una fortificación de la autoridad central.”<sup>111</sup>

#### 13.1. *Prohibición de aduanas interiores*

La Constitución es categórica en prohibir las aduanas interiores, es decir provinciales, lo cual implica el principio de la libre circulación de bienes por todo el interior del país sin restricciones ni controles de ninguna especie: Art. 9°. “En todo el territorio de la Nación no habrá más aduanas que las nacionales, en las cuales registrarán las tarifas que sancione el Congreso.” Art. 10: “En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional, así como la de los géneros y mercancías de todas clases, despachadas en las aduanas exteriores.” Art. 11: “Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera, así como los ganados de toda especie, que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se

<sup>111</sup> ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 55, quien además expresa y enfáticamente apoya en la p. 53 la exención nacional de impuestos locales. Lamentablemente la tendencia continúa siendo hacia la centralización del poder ejecutivo federal, como lo explicamos con referencias empíricas en “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102; accesible gratuitamente en [www.respublicaargentina.com](http://www.respublicaargentina.com), *Serie de Estudios*.

transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio.”<sup>112</sup> Art. 12: “Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio.”

El mismo principio se establece en el art. 75 cuando se trata de las atribuciones del Congreso de la Nación, al cual corresponde: 1.— “Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.” 10. “Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes y crear o suprimir aduanas.”

Al referirse a los gobiernos de Provincia, la Constitución es igualmente explícita en la obligación contraria de no inmiscuirse en materia de comercio, navegación ni establecer aduanas provinciales o derechos de tonelaje, lo cual significa ningún derecho ni limitación sobre la circulación de bienes en el país, como ya surgía de los arts. 10 y 11. Art. 126.— “Las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales; ni acuñar moneda; ni establecer bancos con facultades de emitir billetes, sin autorización del Congreso Federal; ni dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado; ni dictar especialmente leyes sobre ciudadanía y naturalización, bancarrotas, falsificación de moneda o documentos del Estado; ni establecer derechos de tonelaje; ni armar buques de guerra o levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o de un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno federal; ni nombrar o recibir agentes extranjeros.”<sup>113</sup>

<sup>112</sup> Esta libertad de tránsito interior es parte del principio universal de la libertad de tránsito, sobre todo dentro de una misma región en sentido jurídico, como el MERCOSUR, derecho que no tutelamos en el caso del corte del puente internacional frente a Botnia. La medida cautelar que pedimos al Tribunal de la Haya fue rechazada por la totalidad del numeroso tribunal con la solitaria disidencia de nuestro representante en él.

<sup>113</sup> Especial situación ostenta la Ciudad de Buenos Aires, que encorsetada en la ley 24.588 (conocida como “Ley Cafiero”), de dudosa constitucionalidad, sigue batallando por su autonomía. Una vez más en sentido negativo a la misma se ha pronunciado la “nueva” Corte al sostener que “este Tribunal ha decidido desde el primer precedente en que tuvo ocasión de pronunciarse (*Fallos*, 322:2856) hasta en las decisiones más recientes dictadas en las causas *Mendoza* (*Fallos*, 329:2316) y A.827. XLIII. *Asociación Civil para la Defensa Ciudadana c/ Estado Nacional y otro (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) s/ acción de amparo* del 27 de noviembre de 2007, que aquella entidad no es una provincia argentina y que, por ende, no le corresponden las prerrogativas que la Ley Suprema reconoce únicamente a dichos estados locales de litigar -en los supuestos contemplados por las disposiciones citadas en la instancia originaria de esta sede, que por ser de exclusiva raigambre constitucional no es susceptible de ampliarse, restringirse o modificarse por persona o poder alguno (arts. 44, 45, 54, 75, incs. 2º, 30 y 31, 124, 125, 129 y cláusula transitoria séptima).” CSJN, *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Tierra del Fuego, Provincia del s/cumplimiento de contrato y cobro de pesos*, sentencia del 18 de diciembre de 2007.

### 13.2. *Tarifas, derechos, etc., de tránsito*

Es evidente la preocupación del constituyente por impedir el cobro de derechos o tarifas de cualquier naturaleza por el tránsito de mercaderías, de la índole que fuere, por territorio provincial. Así surge del art. 9, que al establecer el principio de que “no habrá más aduanas que las nacionales,” puntualiza que en ellas “regirán las tarifas que sancione el Congreso.” En otras palabras, que no habrá tarifas provinciales por tránsito de bienes en el interior del país. En igual sentido es categórico el art. 10 en cuanto puntualiza que en el interior de la República “es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional.” Otra vez, que las provincias no pueden establecer derechos de circulación para los bienes producidos en el país, ni tampoco para los importados como luego aclara. Es más que terminante el art. 11 al disponer que “Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera [...] que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten; y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio.” Es una frase que parece pensada *ex profeso* para los derechos de peaje que ahora las provincias pretenden cobrar por el tránsito del fluido eléctrico. El art. 12, como ya vimos, prohíbe que los buques sean obligados a “pagar derechos por causa de tránsito.” Por último, el art. 126 prohíbe a las provincias tanto “expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales,” como “establecer derechos de tonelaje,” con más la prohibición de ejercer los poderes delegados a la Nación, entre los que están categóricamente incluidos toda y cualquier clase de derechos por el tránsito. No se trata de una mera cuestión fiscalista, provincialista ni centralista: está en juego el principio del libre comercio interprovincial e internacional que nuestra primigenia Constitución estableciera y luego se abandonara por la creciente legislación intervencionista de este siglo. Pero ahora se ha retornado en la legislación nacional, desde 1989, al nuevo principio internacional que es el mismo de la Constitución de 1853/60, el de la libre circulación de bienes y personas, sin limitaciones, barreras ni derechos de naturaleza alguna. Si ese es el principio que ahora rige en el nuevo orden económico mundial, no se advierte la razón por la cual no sería él de aplicación en el orden interno de nuestro país.

### 13.3. *Su aplicación sobre el “peaje eléctrico”*

En la actualidad, luego de la reforma del Estado y de la Constitución, las provincias vuelven a formular los planteos de antaño y así es como en materia eléctrica, p. ej., a veces se pretende a nivel local cobrar derechos llamados de “peaje” por el tránsito de fluido eléctrico por redes locales. Algunos invocan la propiedad de

la red local como argumento, no advirtiendo que también los ríos interprovinciales y las riberas son de propiedad local y sin embargo les está vedado cobrar derechos de tonelaje; olvidando que aun cuando los caminos sean locales tampoco pueden cobrar tales derechos de tránsito. Específicamente, se transgreden las normas constitucionales según las cuales: “En el interior de la República es libre de derechos la circulación de los efectos de producción o fabricación nacional” (art. 10) y que “Los artículos de producción o fabricación nacional o extranjera [...] que pasen por territorio de una provincia a otra, serán libres de los derechos llamados de tránsito, siéndolo también los carruajes, buques o bestias en que se transporten” (art. 11, primera parte); “y ningún otro derecho podrá imponérseles en adelante, cualquiera que sea su denominación, por el hecho de transitar el territorio” (art. 11, segunda parte.)

#### 13.4. *La navegación*

El art. 12 de la Constitución, continuando lo establecido en igual sentido por los arts. 9 a 11, dispone que “Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio.” De igual modo, el art. 26 establece que “La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional. A su vez, la actual Constitución contiene en su art. 75, inc. 10 la primera parte del viejo art. 67, inc. 9º: “Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes y crear o suprimir aduanas.”

Surge de allí que todo lo atinente a la libre navegación de los ríos corresponde a la legislación nacional, sin ni siquiera la exigencia de que se trate de ríos interprovinciales. Del mismo modo el anterior art. 100 y actual 116, al fijar las atribuciones de la Corte Suprema y demás tribunales federales inferiores, incluye “el conocimiento y decisión [...] de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima.” La regla guarda concordancia con la anterior y la que luego explicamos.

La *ratio juris* es la misma, aun cuando se trata específicamente de bienes que se reconocen del dominio público de las provincias. El reconocimiento de la propiedad provincial de las aguas, el lecho y las playas es virtualmente unánime desde el dictamen de 1894 del procurador general de la Nación Dr. EDUARDO COSTA.<sup>114</sup>

Pero no obstante pertenecerles el dominio, la doctrina constitucional nunca les reconoció la jurisdicción en lo que hace a la navegación, atento al claro texto constitucional y a la idea de que con ello se sirve al comercio interprovincial e

<sup>114</sup> Citado por ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 352.

internacional. Aunque el dominio de los ríos (o lagos navegables) pertenece a las Provincias, la jurisdicción, tanto legislativa como judicial y por consecuencia administrativa, le corresponde a la Nación.<sup>115</sup>

En el debate en el Senado SARMIENTO y VÉLEZ SANSFIELD sostuvieron la tesis de la propiedad nacional del suelo o lecho; predominó la opinión contraria de MITRE, por la provincia de Buenos Aires, quien sin embargo sostuvo que la Nación: “Como poder público, representante de la propiedad común, hay un campo vasto en que ejerce una jurisdicción, o un imperio exclusivo y absoluto y es sobre la superficie de las aguas navegables. Esto no quiere decir que el poder nacional sea dueño de esas aguas; es simplemente regulador.”<sup>116</sup> En las riberas, la Nación tiene jurisdicción “al único y exclusivo objeto de asegurar la libre navegación y facilitar, por lo tanto, el comercio internacional e interprovincial.”<sup>117</sup> La libre navegación sigue la regla del libre comercio y circulación; no hace entonces sino adelantar a nivel del país lo que es la tendencia internacional. La jurisdicción va lentamente dejando de ser nacional en determinadas materias, para transformarse en supranacional.

### 13.5. *Las represas hidroeléctricas como lagos navegables*

El régimen de los ríos es el mismo para los lagos navegables.<sup>118</sup> Ese concepto abarca a todas las represas hidroeléctricas, porque el concepto de navegabilidad es sumamente amplio, incluyendo la mera flotabilidad; de allí que exista otro elemento más de jurisdicción federal en materia de energía eléctrica. Se ha dicho así, en efecto, que un cauce de agua o un lago es navegable en sentido jurídico “cuando sea «prácticamente» flotable, es decir, que sea susceptible de transportar balsas o jangadas y no precisamente «buques» (cualquiera sea el tonelaje de estos).”<sup>119</sup> El uso turístico del lago también encuadra dentro del concepto de navegabilidad: como decía FREITAS en su Proyecto, son cauces navegables “aquellos en que la navegación es posible, natural o artificialmente, en todo su curso o en parte de él, a vela, remo o a la sirga por embarcaciones de cualquier especie, como también por jangadas, lanchas y balsas de madera.”<sup>120</sup>

### 13.6. *Otras comunicaciones*

Conforme al art. 4º de la Constitución, lo atinente al régimen de Correos es federal. Bajo esta primera definición podemos luego encuadrarlo también como

<sup>115</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1981, p. 311 y ss.

<sup>116</sup> Citado por ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 353.

<sup>117</sup> ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 351.

<sup>118</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 442 y sus remisiones.

<sup>119</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 267; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. IV, Buenos Aires, TEA, 1952, p. 575.

<sup>120</sup> Código Civil, t. I, art. 331, p. 188.

establecimiento de utilidad nacional y como un supuesto de comunicación interprovincial e internacional. A pesar que alguna carta sea emitida y tenga como destinatario alguien que se encuentra en el mismo territorio de una Provincia, no por ello la jurisdicción será provincial: Es que una carta sirve a las comunicaciones y como tal es de necesaria trascendencia material e inmaterial más allá de una sola jurisdicción. Bien se advierte que la *ratio juris* constitucional es la misma que con la navegación de los ríos interiores, o con la prohibición a las provincias de fijar tarifas a los barcos que recorren los ríos, o aduanas interiores, etc.

La lógica constitucional es siempre la misma y ello tiene luego aplicación al momento de considerar nuevas formas de transacción comercial, de producción y venta de bienes o servicios que aunque no existieran al momento de sancionarse la Constitución, entran dentro de su misma ratio: *eadem ratio, idem jus*. Dicho principio lleva a igual solución para los casos análogos: telefonía nacional e internacional (*Fallos*, 257:159 y 268:306), transmisión de datos punto a punto, servicios de *fax*, *store and forward*, telex, *e-mail*, etc.

### 13.7. *De nuevo sobre los establecimientos de utilidad nacional*

También existe jurisdicción federal en los establecimientos de utilidad nacional ubicados en el territorio de las provincias (todas las entidades nacionales de cualquier naturaleza jurídica que tienen actividad en una provincia). En algunas épocas se le reconoció a la Nación jurisdicción exclusiva y excluyente en cualquier acto o hecho que se celebrara o acaeciera dentro del límite físico del establecimiento de utilidad nacional y hasta se llegó a hablar, en lo que hoy se reconoce como exageración, de una supuesta federalización del lugar.<sup>121</sup> Era así como las habilitaciones para comercios en el área las efectuaba la autoridad nacional (es conocido en la Capital Federal cómo FEMESA otorgaba las habilitaciones municipales en lugar de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires) y hasta los crímenes de derecho común allí ocurridos eran juzgados en algunos casos por la justicia federal y no la provincial. Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia se inclinaron finalmente por la tesis de la jurisdicción concurrente de la Nación y las autoridades locales, tanto provinciales como municipales; ésta es la solución existente al momento de la reforma de 1994.

Luego veremos cómo cabe plantear la cuestión a partir del texto constitucional actual. En este sistema constitucional, la jurisdicción federal es exclusiva y excluyente en lo que hace en forma directa (y en algún caso indirecta) al objeto mismo de la actividad federal y es local en lo restante. Así, en un puerto federal en territorio provincial será de jurisdicción federal todo lo atinente a la actividad portuaria, pero es aplicable la jurisdicción local, tanto provincial como municipal,

<sup>121</sup> *Fallos*, 240: 311, *Cardillo*, 1958; 262: 186, *Frigorífico Armour de La Plata S.A.*, 1965, entre otros.

en materia de impuestos locales, seguridad e higiene, habilitaciones, etc. de las actividades no estrictamente portuarias: restaurantes, etc.

### 13.8. *No hace falta el dominio, sino el fin*

Otra cuestión es si se trata en la especie de una jurisdicción en razón del lugar, de la propiedad de la tierra, o del objeto o finalidad. La respuesta de nuestra CSJN ha sido que es determinante el fin al que el establecimiento sirve. Dijo a propósito: “No basta que un lugar situado dentro de una provincia sea de propiedad de la Nación para que ésta ejerza en él una jurisdicción exclusiva, en razón de que la ley constitucional determina los fines nacionales a que debe estar destinado. Tampoco es indispensable ese derecho de propiedad cuando el empleo de la cosa exige la jurisdicción nacional. Y la razón es obvia: es la destinación de los lugares, la construcción en ellos de fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional lo que determina y justifica el ejercicio de la legislación exclusiva del Congreso, o sea la jurisdicción de las autoridades federales.”<sup>122</sup> Es firme la solución de que no hace falta el dominio o propiedad de la tierra para que haya jurisdicción federal.<sup>123</sup> Desde luego, si la Nación se desprende de la operación de un establecimiento de utilidad nacional, aun guardando la propiedad del terreno y otorga el servicio en concesión a una Provincia, eso deja de ser un establecimiento de utilidad nacional y pasa a jurisdicción provincial.<sup>124</sup> Ello es así, claro está, siempre que no esté afectada la cláusula del comercio interprovincial, supuesto en el cual opera lo prescripto en el inc. 13 del art. 75 y no el inc. 30; lo propio puede decirse en materia de la libre navegación de los ríos y lagos (inc. 10.)

Estos claros principios tradicionales de nuestro derecho han venido a toparse con una inesperada dificultad adicional en un momento político (2008-2009) en que el gobierno nacional está muy específicamente adverso al gobierno de la Ciudad, por las posibles intenciones presidenciales del Jefe de Gobierno de la Ciudad, perteneciente a un partido de oposición.

Ello ha llevado a múltiples conflictos en tierras ubicadas dentro de la Ciudad de Buenos Aires, que son de propiedad de la Nación y están afectadas a un establecimiento de utilidad nacional, pero en las que se constituyen asentamientos poblacionales irregulares con el alegado apoyo del gobierno nacional y su consecuente reticencia a aplicar en lo pertinente las decisiones locales, incluso cuando son ordenadas judicialmente: Caso emblemático, el denominado *Villa 31*, con edificaciones de hasta cinco pisos sin autorización de la CABA.

<sup>122</sup> Citado por ZAVALÍA, *op. cit.*, p. 356.

<sup>123</sup> *D. Cayetano Pines*, año 1874, *Fallos*, 15: 137; 21: 491, *Lorenzo Peluffo*, 1879; 103: 403, *Aranguna y Estrella*, 1906; 154:312; 215: 260, *Servicios Aéreos Cruzeiro Do Sul Ltda.*, 1949; 220: 1354, *Amaro*, 1951. Parte de la doctrina critica la solución: GONDRA, *Jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 359.

<sup>124</sup> 154:312, *Marconetti, Boglione y Cía.*, 1929.

Aunque pueda parecer anecdótico, el tratamiento que ambas autoridades otorgan a este lugar son las de mejorar su precaria urbanización, con lo que en definitiva se mantendrán en lo esencial los espacios de vivienda no acordes a las medidas mínimas nacionales ni locales, ni a un trazado urbano predeterminado como en la época de la Colonia. Con el tiempo, será otra ciudad propia de la Edad Media que finalmente evoluciona hacia un mayor desarrollo urbanístico pero sin perder su tradición clásica, como se observa en tantas ciudades europeas. Como en la novela *El año del desierto* de PEDRO MAIRAL, siempre retrocedemos hacia el pasado.

### 13.9. *No alcanza el dominio sin el fin*

Inversamente ocurre lo mismo: la mera calidad de propietario que el Estado nacional tenga de determinados inmuebles no le confiere jurisdicción federal si no hay una afectación a un fin que encuadre en los supuestos de jurisdicción federal.<sup>125</sup>

### 13.10. *La “Nación” comprende los entes autárquicos nacionales*

El término “Nación” no ha sido tomado como aplicable exclusivamente a la persona jurídica del Estado nacional, sino que ha sido considerado como comprensivo de los entes autárquicos nacionales. Muchas veces la Corte lo dice sin mayores desarrollos pero con un claro sentido empírico y valorativo, apuntando principalmente a sus fines y a su consiguiente situación presupuestaria. Así p. ej. se dijo que el ente “es de propiedad de la Nación costeado con dinero de la misma y creado con fines de utilidad nacional;”<sup>126</sup> “Que el establecimiento de la referencia es de propiedad de la nación, costeado con dineros de la misma y creado con fines de utilidad nacional, por todo lo que debe considerárselo comprendido en la disposición del art. 67, inc. 27 de la Constitución.”<sup>127</sup>

### 13.11. *Lugares adyacentes*

También tiene resuelto la CSJN que la jurisdicción federal se extiende sobre los lugares adyacentes a la obra de carácter nacional.<sup>128</sup> Parece una solución lógica, compatible con otros precedentes, pero no puede desconocerse su claro carácter expansivo. De todas maneras se trata de una típica cuestión de hecho a ser resuelta caso por caso, qué extensión tiene el concepto de ayacencia a tales efectos. Pensamos que un posible criterio es atender el fin principal el establecimiento y qué adyacencias se vinculan razonablemente con ese objeto.

<sup>125</sup> Fallos, 53: 254, *Sollecito Allaqua*, 1893; 103: 403, 415, *Araguna y Estrella*, 1906; 154: 312, *Marconetti, Boglione y Cía.*, 1929; 155: 104, 113, *Frigorífico Armour de La Plata contra la Provincia de Buenos Aires*, 1929; DE VEDIA, *Constitución argentina, op. cit.*, p. 365.

<sup>126</sup> Fallos, 141: 60, 64, *Contardi*, 1924.

<sup>127</sup> Se trataba del Consejo Nacional de Educación en Fallos, 115: 408, 410, *Clavelles*, 1912.

<sup>128</sup> Fallos, 197: 292, 317/8, *Provincia de Buenos Aires c/ Swift de La Plata*, año 1943.

### 13.12. *Las normas constitucionales*

Hemos expuesto anteriormente cómo fue interpretada la Constitución cuando su texto decía en el entonces art. 67, inc. 27, que correspondía al Congreso de la Nación: “Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión, en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional.” Ahora la Constitución dispone en el art. 75 inc. 30 que corresponde al Congreso: “Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la Capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.” O sea que el actual texto constitucional prescinde expresamente de la propiedad nacional como base de la jurisdicción federal, tal como ya había sido resuelto por la Corte Suprema desde los albores de la República. Esa legislación federal es sólo aplicable en lo atinente a los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional, como también lo resolviera la jurisprudencia en las décadas previas a la reforma de 1994. Esa nueva redacción constitucional recoge así la antigua interpretación.

### 13.13. *Derecho comparado*

Si bien existen muchos paralelos entre las normas constitucionales argentinas y su precedente norteamericano, cabe destacar que el poder central argentino es mucho más fuerte, lamentablemente, que el poder central en los Estados Unidos; el histórico “hiperpresidencialismo” argentino que señala BARRA, decididamente no existe en los Estados Unidos.<sup>129</sup> Además de ello es muy distinta la distribución de poder entre el estado nacional y los estados locales. Ello es así no sólo por la facultad de sus estados locales para dictar la legislación sustantiva o de fondo, de la que nuestras provincias carecen, sino también por una diferente normativa del texto constitucional en materia de establecimientos de utilidad nacional. A guisa de ejemplo, en los Estados Unidos el texto constitucional requiere ley expresa del Estado local, lo que no ocurre en nuestra Constitución. Una diferencia contraria es que en la Constitución de Estados Unidos la jurisdicción federal es exclusiva en tales lugares, en tanto que la nuestra, con la modificación de 1994 que recoge en cualquier caso la jurisprudencia, es concurrente. En los Estados Unidos, en cambio, la cláusula del Art. 1, sección VIII, inc. 17 se refiere a que el Congreso tendrá la facultad de ejercer “legislación” exclusiva en los supuestos que enuncia (*The Congress shall have power [...] To exercise exclusive legislation in*

<sup>129</sup> Para más detalles nos remitimos a nuestro art. “La constitucionalidad formal del eterno retorno. El presidencialismo argentino para el 2007, 2011, 2015, 2019, 2023, 2031. ¿Después parlamentarismo y sistema de partidos políticos moderno?” en *Res Publica Argentina, RPA*, 2006-2: 59-102.

*all Cases whatsoever [...]*). En *Steele v. Halligan*, 229 Fed. 101 (1916), se entendió que ello comprendía la jurisdicción en sentido amplio. En *Cohens v. Virginia*, 6 Wheat. 264, 428 (1821), se dijo que la existencia de jurisdicción federal legislativa y judicial implica también la jurisdicción o actuación administrativa, pues la jurisdicción general lleva en sí, como incidental, el derecho a hacer efectivo el poder federal.<sup>130</sup> Ese sentido amplio, comprensivo de legislación, jurisdicción y administración, puede considerarse vigente entre nosotros, con el alcance y la limitación que surge del párrafo siguiente.

En tales supuestos, según se recordó en *Fort Leavenworth R. R. Co. v. Lower* (114 U.S. 525, 532, año 1885), se había sostenido que la jurisdicción estadual quedaba extinguida.<sup>131</sup> Ese no es el caso en nuestro país, a partir de la expresa consagración constitucional en 1994 de la previa regla jurisprudencial. Nuestro derecho se aparta del precedente norteamericano conforme al cual hacía falta no sólo título de dominio nacional por compra, cesión o expropiación, sino también una ley especial estadual, como *conditio sine qua non* del nacimiento de la jurisdicción federal. Sin esa ley estadual, la mera calidad de propietario aun para fines públicos, en el derecho norteamericano, no hacía nacer la jurisdicción federal:<sup>132</sup> la legislatura local podía establecer cualquier condición que no fuera incompatible con el uso público contemplado.<sup>133</sup> Allí aparece el germen de nuestra propia jurisprudencia que tiene en cuenta más el objeto o finalidad de la actividad federal que el espacio físico en el cual se desarrolla, a tenor de la vieja jurisprudencia y el nuevo texto constitucional.

En nuestro derecho el Estado nacional puede expropiar bienes hasta del dominio público provincial y organizar allí un establecimiento de utilidad nacional sujeto a jurisdicción federal, sin necesidad de consentimiento o ley provincial.<sup>134</sup>

La concentración del poder federal es, en suma y salvando las diferencias, mayor en nuestro sistema que en el del precedente norteamericano. El problema es que estos antecedentes lejanos, de orden constitucional, se han ido expandiendo inconstitucionalmente, a punto de amenazar seriamente el federalismo.<sup>135</sup>

<sup>130</sup> *The Constitution of the United States of America (Annotated)*, Washington, Senado, 1938, p. 289; STORY, JOSEPH, *Commentaries of the Constitution of the United States*, Boston, Little, Brown and Co., 1873, t. II, pp. 126-30; WILLOUGHBY, WESTEL WOODBURY, *The Constitutional Law of the United States*, t. 1, Nueva York, Baker, Voorhis and Co., 1929, 2ª ed., p. 453, etc.

<sup>131</sup> Ver *The Constitution of the United States of America (Annotated)*, *op. cit.*, pp. 287-8.

<sup>132</sup> WILLOUGHBY, *op. cit.*, t. II, p. 454; *Kohl v. United States*, 91 U.S. 367; *Surplus Trading Co. v. Cook*, 281 U.S. 647, 650, año 1930.

<sup>133</sup> *People v. Godfrey*, 17 Johns 225; TUCKER, JOHN RANDOLPH, *The Constitution of the United States*, Chicago, Callaghan & Co, 1899, p. 598; *Fort Leavenworth R.R. Co. v. Lowe*, 114 U.S. 528, 538, año 1885.

<sup>134</sup> *Fallos*, 128:67, 74, *Empresa del Ferrocarril del Sud v. Municipalidad de La Plata*, año 1918; MARIENHOFF, *Tratado del dominio público*, *op. cit.*, p. 120 y ss.; BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 1964, 6ª ed., pp. 476-7; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. 4, Buenos Aires, TEA, 1952, pp. 144-5; LEGÓN, FERNANDO, *Tratado integral de la expropiación pública*, Buenos Aires, 1934, p. 372 y ss., etc.

<sup>135</sup> Ver nuestro art. "La constitucionalidad formal..." *op. loc. cit.*

### 13.14. *Base legislativa de la jurisdicción federal*

En muchos casos se ha dicho que “corresponde al Congreso elegir en cada caso el carácter y extensión con que ha de legislar sobre los territorios adquiridos;”<sup>136</sup> la extensión de la jurisdicción local depende de lo que establezca al respecto la ley nacional.<sup>137</sup>

“Sólo la legislación nacional mencionada podría establecer y delimitar la compatibilidad de dicho ejercicio con las atribuciones excluyentes de la Nación en todo cuanto concierne a las condiciones bajo las cuales han de desenvolverse las actividades con las que se preste el servicio público de carácter nacional;”<sup>138</sup> “si no hay ley nacional que establezca esa compatibilidad,” la legislación local es inadmisibile.<sup>139</sup> En suma, está en manos del Congreso resolver la extensión de la jurisdicción federal; pero en los años recientes las representaciones provinciales han respondido políticamente al poder central, por una creciente deformación del sistema. Se entiende así que en ocasiones se ha resuelto que corresponde la jurisdicción federal aun sin ley que decida asumirla en forma expresa.<sup>140</sup>

### 13.15. *Cuestión litigiosa permanente*

Muchas veces la CSJN se ha sorprendido de la cantidad de causas judiciales por este tipo de cuestiones y no parece muy probable que en el futuro la litigiosidad desaparezca. Ha dicho el tribunal en 1929 “Que en presencia de los antecedentes expuestos y la facultad atribuida al Congreso de «ejercer una legislación exclusiva [...]» no parece posible que el ejercicio de aquélla pudiera dar lugar a discusiones jurídicas y aun a conflictos judiciales;”<sup>141</sup> o en 1968 cuando comenta “la cantidad de cuestiones litigiosas que se han suscitado”<sup>142</sup> no obstante el “sentido intergiversable de la palabra «exclusiva» — que quiere decir única y no compartida.”<sup>143</sup> Más aun, cuestiones que la Corte entendió “definitivamente” resueltas en alguna oportunidad, volvieron una y otra vez a ser planteadas y el nuevo texto constitucional, menos enfático que el anterior, deja necesariamente la puerta abierta a futuros conflictos. Ello no parece, en modo alguno, posible de evitar. Cabe recordar que en 1930 la Corte decía “Que en esta causa ha renovado una cuestión definitivamente resuelta por el Tribunal en la sentencia de fecha 16 de julio de 1929 inserta en el t. 155, pág. 104 de sus fallos,”<sup>144</sup> “cuestión aquélla que importa debatir nuevamente, sin mejores fundamentos de fondo,

<sup>136</sup> 160: 342, 354, *Tunkieviez*, 1931.

<sup>137</sup> 182: 157, 162, *Frigorífico Swift de La Plata*, año 1938.

<sup>138</sup> 215: 260, 279, *Servicios Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda.*, 1949.

<sup>139</sup> 215: 260, 280.

<sup>140</sup> 271: 186, 191, *Marconetti Ltda. S.A.I.C.*, 1968; anteriormente 155: 104, 111, *Frigorífico Armour de La Plata*, 1929.

<sup>141</sup> 155: 104, 111, *Frigorífico Armour de La Plata*, 1929.

<sup>142</sup> 271: 186, *Marconetti Ltda. S.A.I.C.*

<sup>143</sup> 271: 186, 192, fallo citado.

<sup>144</sup> 168: 96, 103, *Frigorífico Armour de La Plata contra la Provincia de Buenos Aires*, año 1933.

el alcance del art. 67, inc. 26.”<sup>145</sup> Puede incluso ocurrir, como ya ha acaecido en 1934 y 1936<sup>146</sup> que la administración central admitiera la jurisdicción local, obligando a la Corte a decir “Que la presente contienda importa traer de nuevo a los estrados judiciales una cuestión ya resuelta por esta Corte Suprema;” “Igual cuestión fue reproducida entre las mismas partes cuatro años después, llegándose a idénticos resultados con el Tribunal integrado de otra manera.” “Que la conclusión establecida en aquellas sentencias [...] debe ser mantenida.” “Las razones de orden jurídico detenidamente expuestas en aquellos pronunciamientos son definitivas y se dan aquí por reproducidas, con el fin de evitar repeticiones innecesarias.”<sup>147</sup>

### 13.16. *Navegación, comercio, establecimiento*

Resulta así que la jurisdicción federal en sentido amplio, comprendiendo legislación, administración y justicia, puede derivar de la navegación, del comercio interprovincial o del funcionamiento de establecimientos de utilidad nacional. Si existe propiedad nacional de inmuebles situados en las provincias, pero no existe allí un establecimiento de utilidad nacional, no emerge con ello la jurisdicción federal. Un ejemplo son los caminos nacionales, que a pesar de tener la doble condición de ser de propiedad del Estado nacional y estar destinados a un fin de utilidad pública nacional, no caen en la jurisdicción federal exclusiva<sup>148</sup> y posiblemente la jurisdicción federal sólo alcance al mantenimiento del camino. Pero si, como ocurre en la actualidad, el Estado nacional otorga una concesión para la operación del camino, allí tenemos ya, posiblemente, un establecimiento de utilidad nacional que encuadra en la nueva previsión constitucional.

### 13.17. *El caso del sistema eléctrico*

En materias no previstas en la Constitución la solución legislativa no puede sino seguir el mismo criterio: la red troncal del sistema eléctrico ha sido dada en concesión o licencia por la Nación, bajo clara decisión de estar sometida a la jurisdicción federal. Tenemos en primer lugar un establecimiento de utilidad nacional como fundamento de la jurisdicción federal en cuanto atañe al cumplimiento de sus fines u objeto, a tenor del art. 75 inc. 30 y del 75 inc. 18. Lo cual le da también los poderes implícitos que reserva el inc. 32 del mismo art. 75. Pero a ello cabe agregar que el uso de la red eléctrica nacional también sirve al comercio interprovincial, con lo cual también encuadra dentro del inc. 13 del art. 75. Corresponde todavía agregar que puesto que se utiliza la energía de las represas hidroeléctricas, ellas son lagos navegables que también están bajo

<sup>145</sup> 168: 96, 104.

<sup>146</sup> Citado en *Fallos*, 292: 307 y 308, *Palma*, 1975.

<sup>147</sup> 197: 292, 315, 316, *Provincia de Buenos Aires v. Swift de La Plata*, 1943.

<sup>148</sup> *Fallos*, 201: 536, *S.A. Caminos*, 1945.

jurisdicción federal por el inc. 10 del art. 75. La misma regla de accesoriedad que permitía que los terrenos adyacentes a un establecimiento nacional también estuvieren bajo la jurisdicción federal en lo que atañe al menos al objeto del establecimiento, lleva a la conclusión de que aquí tenemos un efecto acumulativo de jurisdicción federal. Este caso permite advertir que el sistema constitucional argentino tradicional, que la Constitución de 1994 no ha modificado en este aspecto, no deja alternativa alguna para el ejercicio de jurisdicción provincial sobre el objeto mismo del servicio público federal.

### 13.18. *Algunos interrogantes*

Que el legislador o la administración elijan, por política legislativa o técnica, dejar librado a la jurisdicción provincial todo o parte de la distribución y venta final interna en cada provincia, puede incluso resultar susceptible de cuestionamiento frente al complejo normativo constitucional respecto a la jurisdicción federal en las múltiples causales que estamos analizando. Y ya vimos que alguna vez en el pasado se ha declarado la inconstitucionalidad de actos de la administración que resignaran el ejercicio de la jurisdicción federal allí donde ella correspondía. También cabe preguntarse, a la inversa, si este juego de normas constitucionales puntuales no termina frustrando el espíritu del nuevo sistema constitucional, que parte de la supuesta base de dar más poder a las provincias (art. 41 tercer párrafo; art. 42 tercer párrafo; art. 75 incs. segundo y tercero; nuevo art. 75 inc. 30; arts. 123 y 124; sexta disposición transitoria). La transferencia de poder a las Provincias no parece alcanzar el caso de un sistema integrado de varios establecimientos de utilidad nacional que sirven al comercio interprovincial, donde sigue vigente el sistema constitucional anterior, incluso con la modificación del inc. 30 del art. 75. La actividad de los entes regulatorios previstos en el art. 42 de la Constitución, pues, es definitivamente jurisdicción nacional en lo que hace a su objeto específico. Y la participación decisoria que las Provincias deben tener en sus cuerpos directivos no es sino una ratificación de que ellas mismas carecen de jurisdicción propia y por ello deben venir a concurrir al ejercicio de la jurisdicción nacional. La única alternativa a ello es la constitución de entes regionales asociativos de las Provincias y la Nación.

## 14. ¿Quis custodies custodiat?

### 14.1. *Introducción*

El viejo interrogante latino de quién controla al controlador tiene acá fácil y clara respuesta. Se trata de entes de control (y autoridades de aplicación) sujetos ellos mismos a múltiples controles sobre la forma en que ejercen su control: no sólo el Congreso de la Nación y los jueces del Poder Judicial, sino también el Defensor del Pueblo nacional, la Auditoría General de la Nación, la Sindicatura General

de la Nación, la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas y desde luego la opinión pública y los usuarios, reforzada por la necesaria participación de las Provincias y asociaciones de usuarios en el cuerpo, que quedó pendiente de cumplimiento desde la vigencia del art. 42 *in fine* de la Constitución de 1994. Todo ello sin olvidar la defensa judicial de los derechos de incidencia colectiva a tenor del art. 43.<sup>149</sup>

#### 14.2. *El Defensor del Pueblo nacional*

La tendencia que objetivamente, por la propia fuerza de las circunstancias, deberá asumir el Defensor del Pueblo nacional, es la de cuestionar a los entes reguladores y a los concesionarios o licenciarios, o a la administración central como poder concedente. Por de pronto, es obvio que tiene muy amplias atribuciones constitucionales: “Art. 86. El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.” Pero ese ámbito tan extenso de actividad debe focalizarlo de algún modo, para preservar su propia eficacia de actuación. Ese es un tema bien conocido en toda la literatura sobre la materia.<sup>150</sup> Por una cuestión de *Realpolitik* o política práctica, su más definido campo de actuación son los servicios nacionales privatizados y su medio casi natural de canalizar observaciones, críticas, reclamos, habrán de ser los entes reguladores o de control, incluyendo la administración central cuando dicta medidas al respecto. En cada informe público anual que haga, envíe al Congreso y publique, una parte sustancial lo habrán de ocupar las actividades de estos entes y las suyas propias sobre ellos y sus respectivos controlados. Allí constará el grado de receptividad que crea haber encontrado en cada uno; las reticencias; las falencias, las omisiones y falsedades, etc. Y también sus logros, en cuanto haya conseguido modificación de actitudes o normas proyecto de renegociación tarifaria. Se advertirá que no tiene en verdad otra alternativa política ni práctica: Cuestionar a los entes reguladores y las autoridades centrales cuando se inmiscuyen en su funcionamiento para, a través de ello cuestionar la prestación del servicio, las tarifas, etc. Cabe pues esperar (pues según el art. 86 “Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez”) del Defensor del Pueblo un accionar constante e infatigable sobre los entes reguladores y la administración central cuando dicta

<sup>149</sup> Ver GELLI, *op. cit.*, § 2.3.2.2, “Amparo colectivo,” pp. 396-8, como así también sus comentarios a las demás normas constitucionales referidas a las instituciones arriba mencionadas.

<sup>150</sup> FERNANDO LUNA, EDUARDO, “El defensor del pueblo,” en AA.VV., *Derecho público provincial*, t. III, Mendoza, Depalma, 1993, p. 293 y ss. y notas 86 a 89 del cap. II, § 5.2., ap. e); cap. XII, pp. 41-2, nota 77.

actos respecto a ellos, pues es el único objetivo claro e importante que tiene frente a sí. Y conviene recordar que también posee legitimación activa para acudir a los tribunales si así lo desea, en cualquier fuero o jurisdicción.<sup>151</sup> El Ombudsman municipal se ha presentado varias veces ante la justicia penal local pidiendo ser tenido por parte querellante. Ello le ha sido denegado. No le será rechazado al Defensor del Pueblo nacional, pues la tiene reconocida por la Constitución: “El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal [...] Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores.” La ventaja que para el Defensor del Pueblo tiene asumir el rol de querellante es que puede lograr la eficacia, al menos en los primeros momentos, propia de la instrucción penal: Tanto en materia de medios probatorios, sobre todo en la rápida determinación de los hechos tal como ellos aparecen *prima facie*, traslación del problema a otra jurisdicción. La cuestión de dar o no trascendencia pública a estas acciones penales de la defensoría del pueblo es distinta: pensamos que debe ocurrir ante la opinión pública cuando cuestiona la eficiencia de un funcionario o una repartición, sus métodos, normas, procedimientos. Ello entra dentro de la crítica pública del defensor del pueblo. En cambio, la acusación de un delito reviste distinta gravedad y es de difícil o imposible reparación si la decisión penal no es condenatoria. En esta materia, pensamos, se debe obrar con prudencia y esperar la decisión penal firme antes de hacer pública la cuestión.<sup>152</sup>

#### 14.3. *La Auditoría General de la Nación*

En mucho menor grado, algo parecido puede decirse de los otros dos grandes órganos nacionales de control de la administración, la Auditoría General de la Nación y la Sindicatura General de la Nación. De la primera dice el art. 85 de la Constitución: “El control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución propia del Poder Legislativo.” “El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.” “Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada, cualquiera fuera su modalidad de organización y las demás funciones que la ley le otorgue. Intervendrá necesariamente en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos.”

<sup>151</sup> Ver análisis de los últimos antecedentes jurisprudenciales sobre legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación en MEROI, ANDREA A., “¿Derechos de incidencia colectiva = intereses supra-individuales?” *El Dial*, DCBB8, 10-VI-07. Luego de un cerril rechazo inicial en la jurisprudencia a su legitimación, finalmente la balanza se ha ido inclinando, como no podía ser de otra manera, a reconocer su expresa legitimación constitucional.

<sup>152</sup> Es la misma cuestión que mencionamos en el cap. VI al recordar la “real malicia” como punto de equilibrio pretoriano entre la tensión que contrapone la libertad de prensa al derecho al honor y la intimidad: § 7, nota 7.2 y sus referencias.

#### 14.4. *La Sindicatura General de la Nación*

De la segunda dice la ley 24.156, art. 98, que “Es materia de su competencia el control interno de las jurisdicciones que componen el Poder Ejecutivo Nacional y los organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependen del mismo, sus métodos y procedimientos de trabajo, normas orientativas y estructura orgánica.”

Su control no será sólo de legalidad, sino también de gestión y eficacia, de racionalidad de la conducta estatal; al igual que el Defensor del Pueblo, debe controlar cómo los entes y las autoridades nacionales cumplen o no sus funciones, tanto en lo que hace a la legalidad como al mérito, oportunidad o conveniencia de sus comportamientos y decisiones.<sup>153</sup>

En el esquema de poder actual ya no se trata tan sólo de controlar lo que hace el sector público de la economía en su propio seno (cómo contrata, cómo gasta, etc.); ahora hay que controlar principalmente qué resuelve o deja de resolver, qué inspecciona o deja de inspeccionar, qué corrige o deja de corregir, qué otorga, cómo interpreta, en el control de las parcelas de poder económico monopolizado o con exclusividad concedidas por el Estado.

El balance no parece favorable, y además existen numerosas actuaciones del poder político en detrimento de la actuación del Defensor del Pueblo de la Nación. Nuestra tradición caciquista es más fuerte que todas las reformas constitucionales que se intentan, pues se las hace naufragar sea en la administración, en la legislación o en la justicia.

#### 14.5. *Conclusiones preliminares*

En suma, la independencia constitucional de los entes reguladores, sin sujeción al Poder Ejecutivo, no supone que tengamos órganos pretendidamente sin control. Lo que ocurre es que en el sistema constitucional se ha pensado, correctamente, que el control de tales entes no lo puede hacer bien el Poder Ejecutivo concedente, demasiado cercano a los monopolios que él mismo ha concedido, sino que lo harán mejor otros órganos también independientes como los que hemos estado analizando y desde luego el Poder Judicial de la Nación.

Es otra transferencia de poder, en el caso a todo un sistema de autoridades administrativas independientes que interactúan en primer lugar en mecanismos de control recíproco a la luz de la opinión pública y bajo supervisión parlamentaria y judicial. Es el objetivo de la fractura del poder, único modo de preservar la libertad de los habitantes frente al poder. La concentración es harto peligrosa. Al parlamento le toca a su vez ejercer su control siempre de manera pública, no reservada, como ya se lo indica como principio orientador el art. 99, inc. 4°), ap. 1° de la C.N.

<sup>153</sup> Y no ha de olvidarse el deber que desde 1997 impone el art. III, inc. 5°, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, para controlados y controlantes.

## 15. Responsabilidad del ente regulador

### 15.1. *El derecho sustantivo*

El responsable global por el servicio defectuosamente prestado frente al concedente y a terceros no puede ser sino el propio concesionario, sin perjuicio de que pueda repetir contra terceros o hacer efectivos los seguros que se le impuso contratar en las bases de la licitación.

El mismo principio de la responsabilidad *in eligendo* o al menos *in vigilando* se puede también aplicar, respectivamente, al ente regulador y al propio Estado,<sup>154</sup> sea por el principio de la responsabilidad subsidiaria o de la responsabilidad principal del Estado.<sup>155</sup> La CNFed. CA ha reiterado el criterio: “[E]l reconocimiento de la responsabilidad estatal por actividad ilícita o ilegítima en el campo en examen, exige siempre para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es, por un lado, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar ilícito del Estado, o funcionamiento irregular o defectuoso del servicio, por no cumplirse de manera regular las obligaciones emanadas de las normas jurídicas y aquel perjuicio y por otro, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a dicho Estado.”<sup>156</sup>

Pero estos acertados principios teóricos se chocan contra una realidad a veces sumamente negativa en cuanto a la operacionalidad del sistema de responsabilidad del Estado.<sup>157</sup> Como decía IHERING, lo que no es realizable no puede ser derecho.<sup>158</sup>

Del mismo se ha dicho que: “las funciones estatales atinentes al poder de policía tales como el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad, el bienestar de los habitantes, si bien es lícita, no obsta a la responsabilidad de Estado en la medida en que con aquellas obras se prive a un tercero de su propiedad o se la

<sup>154</sup> La responsabilidad del Estado es subsidiaria y nace solamente si el ente no puede satisfacer la condena en tiempo razonable o ha sido liquidado por el Estado.

<sup>155</sup> La responsabilidad indirecta del Estado que explicamos *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XX, “La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y licenciatarios” y anteriormente en *La responsabilidad extracontractual directa e indirecta del Estado*, tesis inédita, Buenos Aires, 1958, que recuerda MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 441; BARRA, *Principios de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 182; MAIRAL, HÉCTOR A., “Las sociedades del Estado o los límites del Derecho Administrativo,” *LL*, 1981-A, 790; HALPERÍN, “La responsabilidad del Estado por el obrar de sus entidades descentralizadas,” *RDA*, 6: 55 (Buenos Aires, 1991).

<sup>156</sup> Sala II, *in re Albo*, 20-X-94, cons. 6°. Confr. *Fallos*, 306-2: 2030, *Vadell*, 1984; 307-1: 821, *Hotelera Río de la Plata SACI*, 1985.

<sup>157</sup> Ver nuestros trabajos “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Rap, 2008, pp. 729/38. Nueva versión bajo el mismo título, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” en UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la Profesora Titular Consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires DRA. MARÍA GRACIELA REIRIZ*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 15 de octubre de 2008, pp. 3-12; reproducida sin modificaciones en AA.VV., *Responsabilidad del Estado*, Universidad de Buenos Aires/Rubinzal-Culzoni, 22 de octubre de 2008, pp. 3-12.

<sup>158</sup> VELA, FERNANDO, *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano de R. von Ihering*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 43.

lesione en sus atributos esenciales.”<sup>159</sup> Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar ese fin y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecución defectuosa o irregular.<sup>160</sup> El funcionamiento defectuoso del servicio se maneja con el criterio de la culpa objetiva, de manera similar al que resulta contagiado en un hospital. No es necesario demostrar culpa específica, basta con que el daño se haya producido, ello permite presuponer un funcionamiento defectuoso del servicio. Esto se aplica al presente caso tanto en lo que hace al concesionario, en su deber de elección y control del contratista que elige para hacer trabajos, como al propio Estado (concesionario) y desde luego, inevitablemente, al ente.

### 15.2. *La cuestión procesal*

Ahora bien, no es difícil ponerse en la mente de un posible abogado demandante. La solución razonable es demandar al contratista que ejecuta las obras y al concesionario,<sup>161</sup> pero no al ente regulador o al Estado concedente, porque en el primer caso lo puede tramitar en la justicia ordinaria, en el segundo debe acudir a la justicia federal en la Ciudad de Buenos Aires.

Los criterios de reparación, por lo demás, suelen ser más generosos en sede civil que en el fuero federal. Los problemas que conlleva la acción procesal administrativa (agotamiento de la vía, habilitación de instancia, etc.) tampoco se encuentran en una acción civil.

Ello no impide deslindar responsabilidades p. ej., si el Defensor del Pueblo, preguntase luego cómo ha actuado el ente regulador para investigar el hecho y determinar quién o quiénes son los responsables y qué medidas ha adoptado en su consecuencia.

Asimismo debe recordarse que hoy las responsabilidades no sólo son internas, sino también internacionales, siendo así de aplicación las obligaciones que en la especialidad prescribe el inc. 5° del art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción, cuyas normas no requieren de la reglamentación interna para su inmediata operatividad. Y mientras el sistema penal argentino y extranjero deciden qué hacer con las violaciones penales alcanzadas por la CICC, los funcionarios administrativos y magistrados judiciales harán bien en comenzar a aplicarla en el derecho administrativo.

<sup>159</sup> CNFed. CA, Sala II, *Folino*, 1994, con cita de CSJN, *Cadesa S.A.*, 1989, *Fallos*, 312-1: 343; *Tejedurías Magallanes*, 1989, *Fallos*, 312-2: 1656; *Juncalán Forestal Agropecuaria S.A.*, *Fallos*, 312-2: 2266, 1989. Ver también GUASTAVINO, ELÍAS P., “Indemnizaciones por la Actividad Lícita Lesiva del Estado,” *ED*, 118-190; MARIENHOFF, “Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias dañosas de su actividad lícita,” *RDA*, 12/13: 1 (Buenos Aires.)

<sup>160</sup> CNFed. CA, Sala IV, *Stancato*, 27-II-92; Sala II, *D’Albo*, 20-X-94; con cita de *Fallos*, 306-2: 2030, *Vedell*, 1984; 307-1: 821, *Hotelera Río de la Plata SACI*, 1985.

<sup>161</sup> Además, “Cualquier pretensión meramente resarcitoria está excluida del recurso directo, tramitando en ese supuesto la cuestión por ante el juez de primera instancia,” REJTMAN FARAH, *op. cit.*, p. 58.

No están los tiempos como para repetir los errores de ignorancia, negación e indiferencia cometidos con los tratados de derechos humanos y la propia Constitución de 1994.

Pues no se equivoque el lector ni el intérprete: la comunidad internacional tiene hoy fuerza para exigir su cumplimiento y en último análisis para aplicar ella misma sus sanciones.

