

CAPÍTULO II

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

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-5
2.2.1. La indemandabilidad del soberano	II-5
2.2.2. La irresponsabilidad del soberano.....	II-6
2.2.3. Los actos del príncipe	II-7
2.2.4. La doble personalidad del Estado	II-7
2.2.5. La “jurisdicción administrativa”	II-7
2.2.6. Poder de policía.....	II-9
2.2.7. Otras hipótesis en las etapas históricas	II-10
3. El intervencionismo en la economía y su retracción.....	II-12
3.1. Acción y regulación	II-15
3.2. Crecimiento, redistribución, preservación	II-16
3.3. Crisis, desregulación, privatización, desmonopolización	II-17
3.4. Retorno y caos	II-17
4. El derecho administrativo en el presente y en el futuro	II-19
4.1. El estado político actual de la evolución histórica	II-19
4.2. Nuevo impulso del derecho administrativo.....	II-23
4.2.1. El creciente derecho supranacional.....	II-24
4.2.2. El cambio social y la administración pública	II-25
4.2.2.1. El consenso y la adhesión.....	II-26
4.2.2.2. La motivación o explicación	II-27
4.2.2.3. La participación administrativa	II-28
5. Los órganos de control del proceso	II-29

5.1. La insuficiencia cualicuantitativa de los controles	II-29
5.2. Nuevos órganos y modalidades de control	II-29
5.3. El seudo sistema y los intersticios.....	II-40

Capítulo II
**PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO¹**

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.² Pero ello no ha sido suficiente *ab origine* para la creación de una disciplina. Esta época es la de las monarquías absolutas,³ 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*.⁴ En esos momentos el derecho administrativo se agota en un único precepto: Un derecho ilimitado para administrar;⁵ no se reconocen derechos del individuo frente al soberano;⁶ el particular es un objeto del poder estatal, no un sujeto que se relaciona con él.

¹ 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."

² 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.

³ 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.

⁴ 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."

⁵ MERKL, *op. cit.*, pp. 95-6.

⁶ 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*.⁷ 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,⁸ 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,”⁹ 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.¹⁰ Dicho uso no se encuentra totalmente superado pues p. ej. un término estrictamente canónico como potestades (una de las especies de ángeles) es aplicado con frecuencia a las facultades de la administración pública actual, produciendo así un notable desfasaje: Potestad reglamentaria, potestad disciplinaria, etc. Con solo decir facultad reglamentaria, facultad disciplinaria, etc. se evitaría ese uso anti-histórico del término y se marcaría mejor su necesaria subordinación a la ley.

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.¹¹

⁷ 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 Europea las monarquías son ahora democráticas y constitucionales, y en nuestra república tenemos monarcas de facto y a la antigua.

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

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

¹⁰ 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.

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

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;¹² en realidad, cabe subdistinguir muchas etapas históricas del derecho administrativo en el pasado,¹³ pero de todos modos el valor demostrativo del comienzo del constitucionalismo contemporáneo no puede ser desconocido.¹⁴

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.¹⁵ 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:

- a) Que el poder controle al poder, que haya un sistema de frenos y contrapesos;
- b) 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 corrupción¹⁶ y sus cláu-

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

¹³ GIANNINI, 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.

¹⁴ ANTONIN SCALIA me dijo en un almuerzo en su despacho, a fines del siglo XX, 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 refería 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.

¹⁵ Ver al respecto REJTMAN FARAH, MARIO, “Algunas propuestas superadoras frente a una concepción formalista en relación con el derecho al control,” en *Cuestiones de control de la administración pública*, Buenos Aires, RAP, 2010, pp. 213 -234, retomando la idea de una *democracia de control*, tal como lo plantea ROSANVALLON, PIERRE, *La contrademocracia. La política en la era de la desconianza*, Buenos Aires, Manantial, 2007.

¹⁶ 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, <http://gordillo.com/articulos/art9.pdf>; 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

sulas de jurisdicción universal;¹⁷ igualmente con la creación de la Corte Penal Internacional.¹⁸

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 él. Comienza o se acentúa una nueva etapa de la larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder.¹⁹

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

«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.

¹⁷ Aunque la Convención Interamericana contra la Corrupción no contempla la existencia de tribunales internacionales, la OEA aprobó en el año 2001 a través del “Acta de Buenos Aires” un mecanismo de seguimiento a través de un Comité de expertos. Los resultados de las seis rondas en las que ha sido objeto de análisis Argentina y las recomendaciones formuladas en dicho ámbito pueden consultarse en www.oas.org. Se ha propuesto incluso, recientemente, la creación de un tribunal para la defensa de la transparencia, conforme lo plantea ALBERTSEN, JORGE, “Hacia la creación de un tribunal para la defensa de la transparencia,” en *El Derecho Administrativo hoy, 16 años después*, Buenos Aires, RAP, 2013, pp. 311-320.

¹⁸ ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002; *Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013.

¹⁹ Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1979.

termina tampoco allí y ni siquiera ha terminado ahora,²⁰ sea por cuestiones imputables al legislador, a la jurisprudencia,²¹ la doctrina,²² a ambas,²³ 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,²⁴ varios ejes. 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 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,²⁵ 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,²⁶ todavía cuesta entre nosotros demandar eficazmente al Estado.²⁷

²⁰RIVERO, 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.

²¹RIVERO, “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.

²²Nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. 27-30; 2ª ed., en este mismo *Tratado*, t. 8, Buenos Aires, FDA, 2013, <http://gordillo.com/tomo8.html>.

²³RIVERO, “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.

²⁴Algo hemos dicho en el Prólogo de nuestro libro GORDILLO-FLAX y otros, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 6ª ed., 2006, <http://gordillo.com/dh.html> y en *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimpresión, 2001 y en este *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, GORDILLO y otros, *El método en derecho - La administración paralela*, tomo 6, Buenos Aires, FDA, 2012, 1ª ed., <http://gordillo.com/tomo6.html>, Libro II, AP-7. 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.

²⁵Nuestro 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

²⁶La 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.”

²⁷Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, caps. XIII a XV: http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo13.pdf, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo14.pdf, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo15.pdf.

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,²⁸ máxime cuando limitaciones económico financieras lo hacen recurrir a soluciones del pasado, como explicamos en el t. 7, cap. VIII, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo,” p. 89. 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.²⁹ Ahora el Estado es teóricamente responsable,

²⁸ Ampliar *infra*, t. 7, GORDILLO y otros, MARCELO BRUNO DOS SANTOS (dir.), *El derecho administrativo en la práctica*, Buenos Aires, FDA, 2013, cap. XXXII, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” p. 635, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo32.pdf; antes en el tomo 2, cap. XXI, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo21.pdf; ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973. Sobre un aspecto de la responsabilidad del estado derivada de la actuación judicial ver REJTMAN FARAH, MARIO, “Responsabilidad del Estado por prisión preventiva de inocentes,” 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, 2008, pp. 431-444.

²⁹ 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. Recordemos que el Estado y la ANSES fueron denunciados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA, lo que dio lugar a un acuerdo en noviembre de 2009 ante dicho organismo internacional entre el Estado Nacional y un grupo de jubilados que habían litigado contra el Estado argentino en el año 1995. El acuerdo llegó tras un proceso que duró catorce años. El Estado se obliga a establecer un mecanismo de seguimiento periódico del cumplimiento del acuerdo, instrumentar un sistema de liquidación de sentencias que garantice el cumplimiento de las decisiones en los términos y plazos fijados en el fallo judicial firme y no apelar las sentencias de primera o segunda instancia que siguieran los supuestos de la Corte Suprema en casos similares. Sin embargo el acuerdo se ha incumplido. La sanción de las leyes 26.854 (medidas cautelares) y 26.853 (creación de Cámaras de Casación) ha motivado que los jubilados vuelvan a radicar sus reclamos ante la OEA por que contrarían el acuerdo alcanzado en la CIDH y eternizan los pleitos afectando el debido proceso (<http://www.minutouno.com/notas/286116-jubilados-van-la-oea-contraleyes-la-reforma-judicial>). Asimismo, los incumplimientos de las sentencias contra el Estado en cuestiones previsionales fueron puestos de manifiesto por la Cámara de la Seguridad Social. En la causa *Onorio Candia*, la Justicia ordenó embargar las cuentas de la ANSES para efectivizar una sentencia en favor de un jubilado que el organismo previsional no estaba cumpliendo. Allí los camaristas sostuvieron que, “por la naturaleza alimentaria de las deudas previsionales reclamadas y las edades de los demandantes, negar ese derecho llevaría no a una espera en el cumplimiento de la sentencia, sino al desconocimiento sustancial de la propia sentencia.” (CFSS, Sala I, sent. int. 80063, 24-VIII-2010, *Candia, Onorio Ciriaco Rito c/ A.N.Se.S. s/Ejecución previsional*.)

pero son pocos los que logran hacer efectiva esa responsabilidad si no tienen esa miríada de recursos a su disposición. Lo hemos explicado en otro lugar.³⁰

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,”³¹ 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.³² 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.”

³⁰ *Infra*, t. 7, *op. loc. cit.*, cap. XXXII, “La responsabilidad del Estado en la práctica,” p. 635, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo32.pdf.

³¹ O no justiciables, constitucionales, etc., que no podrían ser impugnados judicialmente, así como antes los actos del príncipe: *Infra*, “La no justiciabilidad del Estado,” t. 2, cap. VIII, http://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo8.pdf.

³² 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.

Es obvio que al abandonarse el absolutismo y pasarse a un sistema de división de poderes, es inconcebible que la administración *activa* ejerza 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 dividida al respecto, si no en el aspecto teórico,³³ por lo menos en el práctico.³⁴

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,³⁵ pero no en el resto del mundo.³⁶ Si tuvieran de hecho y de derecho real imparcialidad e independencia la cuestión sería distinta.

A su vez, la cantidad de jueces es tan exigua en materia administrativa³⁷ 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

³³ 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.

³⁴ Ver *infra*, cap. IX, “Las funciones del poder,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIX.pdf; IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL, *La jurisdicción*, Buenos Aires, 1972, p. 135 y ss.

³⁵ 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>. Ver también REJTMAN FARAH, MARIO, “La independencia de los entes reguladores como requisito para el ejercicio de sus competencias,” en AA.VV., *El caso Angel Estrada, JA*, 2005-III, número especial del 31-VII-2005.

³⁶ 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.

³⁷ Ver también *infra*, t. 2, caps. XIII, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo13.pdf y XIV, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo14.pdf; nuestro art. “«Corralito», Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia,” *LL*, 2002-C, 1217, <http://gordillo.com/articulos/art25.pdf>. La cuestión ha originado un entredicho público entre el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con recriminaciones recíprocas.

el Consejo de la Magistratura que a nivel nacional domina políticamente y utiliza como un atril para atacar a la justicia.³⁸

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 jurídico no fundado conceptualmente y que además de su manifiesta desactualización conceptual y terminológica, frecuentemente desemboca en abusos.³⁹

Algunos autores prefieren mantener el concepto, diciendo que ellos lo pueden limitar,⁴⁰ lo que no han logrado demostrar pues en las épocas en que la política se

³⁸ Además mediante la ley 26.855 se modificó la forma de elecciones de los representantes del Consejo de la Magistratura profundizándose la influencia de la representación política del Organismo y flexibilizándose las mayorías para la adopción de decisiones, lo que deja en manos del gobierno de turno las decisiones sobre designación, remoción, acusación, suspensión y aplicación de sanciones disciplinarias de los magistrados del Poder Judicial de la Nación. Ello a pesar que ya en el informe de marzo de 2010 del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresaba que: “10. El Comité observa con preocupación que, a pesar del principio contenido en el artículo 114 de la Constitución respecto al equilibrio que debe imperar en la composición del Consejo de la Magistratura, existe en el mismo una marcada representación de los órganos políticos allegados al Poder Ejecutivo, en detrimento de la representación de jueces y abogados. (Artículo 2 del Pacto).” Aconsejando que: “El Estado Parte debe tomar medidas con miras a hacer efectivo el equilibrio previsto en el precepto constitucional en la composición del Consejo de la Magistratura, evitando situaciones de control del Ejecutivo sobre este órgano.” (<http://www.csjn.gov.ar/data/onudd-hh2010-2014.pdf>). La reforma no logró ver la luz visto que la CSJN ha frenado esta modificación declarando la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 4º, 18º y 30º de la ley (es decir en lo relativo a la modificación de la integración del Consejo y la elección popular de sus miembros) y la inaplicabilidad de las modificaciones introducidas por la misma con relación al quórum previsto en el artículo 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de dicha ley. Ello mediante sentencia del 18 de Junio de 2013 en autos: *Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13).*

³⁹ Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. V, “El «poder de policía»,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo5.pdf; 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., http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo6.pdf. También nuestro art. “Policía y poder de policía,” en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Servicio público, policía y fomento*, Buenos Aires, Rap. 2004, pp. 237-41, <http://gordillo.com/articulos/art44.pdf>; *Introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2007, cap. VI, “El lenguaje como método,” http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_vi.pdf, 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.

⁴⁰ Es el caso al que nos referimos con más detalles *infra*, tomo 7, cap. VIII, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo,” p. 97, nota 16, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo08.pdf. 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.

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 aceptarse⁴¹ 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 —realistamente y sin preconceptos ideológicos— 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.⁴² La experiencia demuestra que en este aspecto tampoco se produce una transformación fundamental entre el viejo Estado absolutista y 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*,”⁴³ esto es, los derechos de propiedad. Con todo, no debe olvidarse

⁴¹ Para su desarrollo ver *infra*, t. 2, cap. VI, § 5.1 a 5.4, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo6.pdf. Son concepciones tan peligrosas como la de emergencia, policía o poder de policía, actos no justificables, 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.

⁴² Ya lo explicamos en el cap. I, “El método en derecho,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloI.pdf. POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 254-5, y en este *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, t. 6, Buenos Aires, FDA, 2012, 1ª ed., Libro I, <http://gordillo.com/tomo6.html>.

⁴³ STUCKA, PÉTR 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

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 doble mutación 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.”⁴⁴

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,⁴⁵ 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.⁴⁶

Es en cambio un dislate en el siglo XXI ejercerlo sobre el resto de la economía. En cualquier caso, ha de mantenerse el indispensable 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

encarado, hace muchos años, una lucha sistemática y efectiva para la puesta en práctica de tales derechos, con tal alcance.

⁴⁴ Así lo expresaba RIVERO desde las primeras ediciones de su *Droit administratif*, París, Dalloz, 1970, 4^a ed., p. 23. La formulación es análoga en otras eds., p. ej., Dalloz, 1987, 12^a ed., p. 29, etc.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ *Infra*, cap. XV, “Los entes reguladores,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXV.pdf.

los casos en que el poder económico se alía con él, como ha quedado suficientemente demostrado en la experiencia reciente de nuestro país.⁴⁷

Lo mismo cabe decir de las redes de organismos intergubernamentales existentes en el orden internacional, como ocurre con el GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional, que nos toma examen en cuanto al denunciado posible cumplimiento, por nuestra parte, de las normas internacionales contra el lavado de dinero. (También habrá que ir a explicar la nueva ley de blanqueo, tal como ocurrió con el anterior en 2009.)

También rendimos cuentas constantemente ante organismos o redes internacionales por nuestra condición de deudores y defaulteadores seriales, incapaces de honrar nuestras obligaciones.

3. *El intervencionismo en la economía y su retracción*⁴⁸

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.⁴⁹ Como lo señala

⁴⁷ Solo por citar algunos ejemplos, mediante sentencia del 4 de diciembre de 2012 recaída en los autos *A. 917. XLVI. Asociación Derechos Civiles el EN - PAMI - (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16.986*: La Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados — PAMI brindar información relativa a su presupuesto del 2009 de publicidad oficial, así como su distribución en mayo y junio de ese año, que había sido requerida por la Asociación por los Derechos Civiles. (ADC.) También cabe destacar la acción de amparo iniciada por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia contra el GCBA en 2011 a raíz del fallecimiento de un vecino de la Villa 31 luego de que una ambulancia no entrara al barrio alegando cuestiones de seguridad. En el marco de dicha acción que tuvo por objeto la adopción de medidas que garanticen el funcionamiento del sistema de emergencia de la ciudad y de los Centros de Salud y Acción Comunitaria (CESAC), y que aseguren condiciones dignas de atención primaria de su salud (reparación edilicia de los CESACs, adopción de medidas de seguridad en ellos, ampliación de aparatología, entre otros puntos) en cuyo marco el GCBA se comprometió a realizar diversas acciones tendientes a lograr el acceso igualitario al servicio de asistencia médica del SAME para las personas que habitan en las villas de la ciudad. (<http://acij.org.ar/blog/2013/02/08/el-derecho-a-la-salud-en-las-villas-de-la-ciudad/>) También a través de la labor de estas ONGs se ha obtenido que todos los habitantes de la Villa 20, en el barrio de Villa Lugano, tengan acceso al servicio telefónico inalámbrico, algo que hasta hoy nunca pudo concretarse por considerarse “zona peligrosa.” La prestación se realizaría gracias a la homologación del convenio celebrado entre la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y Telefónica de Argentina SA, realizada a través del Juzgado Civil y Comercial Federal N° 10, a cargo de la Dra. Patricia Barbado (lanacion.com, 13-II-2013, <http://www.lanacion.com.ar/1554128-sintesis>). Lamentablemente el GCBA también incumple las resoluciones judiciales según lo denuncia la propia ACIJ. (<http://acij.org.ar/blog/2013/05/28/la-ciudad-no-cumple-con-31-sentencias-que-afectan-a-sectores-de-bajos-recursos/>)

⁴⁸ Ampliar *infra*, t. 7, cap. VIII, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo,” http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo08.pdf.

⁴⁹ MAIRAL, “El impacto de la crisis económica en el derecho,” *Doctrina Pública*, XXVI-2, pp. 239-245; 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; 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,

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 de él se ha intentado introducir en las estructuras económicas y sociales.⁵⁰ Así, en los cincuenta años que concluyen en la década del 80:

a) Se ensayó con formas embrionarias de planificación,⁵¹ sin llegar a su desarrollo jurídico⁵² ni legislativo⁵³ o empírico.

b) Se incorporaron al sector público algunos factores de la producción⁵⁴ que luego en gran parte se privatizaron,⁵⁵ para luego reestatizar algunos en el siglo XXI, con una lógica supuestamente distinta, como es el caso de Aerolíneas

reproducido en este *Tratado*, t. 7, *op. cit.*, cap. XII, p. 189, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo12.pdf. POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 83-8; 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 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, V*, 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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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.

⁵² 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).

⁵³ 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.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

Argentinas,⁵⁶ AySA,⁵⁷ la estatización de las AFJP,⁵⁸ YPF,⁵⁹ 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.

e) Se adoptó en cuanto meta no solamente la idea de la propiedad en función social,⁶⁰ sino también del derecho mismo en esa función.⁶¹

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,⁶² desnacionalización, privatización,⁶³ 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

⁵⁶ Ley 26.466.

⁵⁷ Decreto 304/2006.

⁵⁸ Que por añadidura ha traído aparejada otra forma de intervención estatal, ya que el Estado ha avanzado en la designación de representantes en diversas empresas privadas para ejercer los derechos políticos sobre las acciones heredadas de la estatización de las AFPJ.

⁵⁹ Ley 26.741.

⁶⁰ Ver nuestro artículo "Expropriation in Argentina," en ANDREAS F. LOWENFELD (dir.), *Expropriation in the Americas*, Nueva York, Cambridge University Press, 1971, pp. 11-48.

⁶¹ Ver THEA, FEDERICO, "Subsistir no requiere permiso habilitante," *LL, Supl. Adm.* (Septiembre 2008.)

⁶² En materia de desburocratización, descentralización, democratización, etc., una de las más acerbas 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.

⁶³ ACHIM VON LOESCH, *op. loc. cit.*

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.⁶⁴ 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,⁶⁵ o en la concentración del poder económico,⁶⁶ denominada aquí capitalismo de amigos, similar a lo que hoy se denomina oligarquía rusa. Se advierte poco antes el fortalecimiento de las autoridades reguladoras independientes,⁶⁷ aunque a veces el control se ejerce en cambio desde la administración central, 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.⁶⁸

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, asu-

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ FORSTER, RICARDO, un intelectual afín al gobierno, en la entrevista concedida a JORGE FONTEVECCHIA, *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.”

⁶⁷ Nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*; nuestro artículo “El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina,” *op. cit.*

⁶⁸ 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.”

miendo 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 Regulatoras,⁶⁹ 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.⁷⁰ Esta intervención activa que desde luego no fue exclusiva de otros países sino también del nuestro,⁷¹ nacida a veces de situaciones de emergencia económica que el Estado no quiso dejar libradas al mercado,⁷² tuvo un considerable crecimiento, provocando importantes problemas de control.⁷³ 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

⁶⁹ 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.

⁷⁰ *Infra*, cap. XV, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXV.pdf y t. 4, cap. XI, http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo11.pdf; BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, 2007, Tomo I, cap. VII.

⁷¹ 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.

⁷² 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.

⁷³ *Infra*, cap. XIV, “Clasificación de los entes públicos,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXIV.pdf 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.

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,⁷⁴ 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.⁷⁵ La Constitución de 1994 enfatiza el rol de tales 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.⁷⁶ 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.⁷⁷

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 pri-

⁷⁴ Aunque, claro está, todo dista de ser color de rosa. Ver ELIASCHEV, NICOLÁS, "Peajes y subsidios: Quién se queda con qué, cuándo, cómo," *RPA*, 2005-1, 11-18.

⁷⁵ *Infra*, cap. XV, "Los entes reguladores" de este t. 1, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXV.pdf y cap. VI, "Servicios públicos" del t. 2, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo6.pdf. 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.

⁷⁶ Es previa a la Constitución de 1994 la existencia de la ley de defensa del consumidor 24.240.

⁷⁷ A ello nos referimos en el t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, op. cit., cap. VIII, "Condiciones económicas y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio," http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo08.pdf en el presente t. 1 ver también los caps. IX, "Las funciones del poder," http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIX.pdf y XV, "Los entes reguladores," http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXV.pdf.

mas exportadas por el país, marcaron un desordenado y contradictorio retorno al intervencionismo y al populismo de décadas atrás, con mantenimiento y ampliación del viejo *default*,⁷⁸ devaluación, recesión, aumento del desempleo, la pobreza, caos económico y financiero,⁷⁹ disminución de los ingresos públicos, caída de la producción, reducción de las exportaciones, sumado al creciente retorno al intervencionismo estatal.⁸⁰

Tal es la gravedad de la situación que se 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.⁸¹ Aunque ello no ocurra, se advierte cada vez más tendencias a la existencia de importantes limitaciones provenientes de un eventual nuevo orden jurídico mundial.⁸² Si no podemos darle racionalidad a la conducta de los gobiernos, ni crear órganos administrativos imparciales e independientes de la administración central y si, además, la justicia no logra imponer efectiva y oportuna racionalidad a la acción estatal, entonces los ciudadanos necesitamos un orden jurídico supranacional efectivo.

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 de fiesta gubernamental, abandono de toda prudencia fiscal, y nueva recaída. La caída de la actividad económica en el 2009 que a la fecha no

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Ver, entre tantos otros, ROSALES, RICARDO, “La marcha económica se mantiene en caída,” *El día*, 1° 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*, 1°-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.

⁸⁰ 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.

⁸¹ Ver nuestro art. “Primero: crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 2002-D, 1453, <http://gordillo.com/articulos/art26.pdf>.

⁸² Ampliar *infra*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 2009, 9ª ed., cap. XXII, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo22.pdf.

se logra revertir, ha llevado además a la adopción de vías de hecho que realizan múltiples intervenciones asistemáticas en la economía...

4. *El derecho administrativo en el presente y en el futuro*⁸³

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.⁸⁴ 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,⁸⁵ quizás sin proponérselo expresamente pero en todo caso como un legado espurio del pasado,⁸⁶ incluso del pasado reciente.⁸⁷ 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.

El momento no es auspicioso, con restos de manifestaciones clientelistas que consolidan la base de la pirámide social, su sostén electoral.⁸⁸

⁸³ Ampliar *infra*, t. 7, cap. VIII, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio," http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo08.pdf.

⁸⁴ 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., http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo6.pdf.

⁸⁵ Algunos con un tesón y ahínco digno de mejor causa, como por ejemplo cuando comentan una larguísima normativa local que felizmente no utiliza ninguno de esos perimidos principios y en cambio centra el tema en los derechos individuales, y se empeñan en obstar 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 16, p. 97 del cap. VIII del t. 7, *op. cit.*, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo08.pdf.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ 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

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 Estado⁸⁹ y la irresponsabilidad del soberano, pero la demora de los juicios y la insolvencia del Estado transforma ese doble principio en irreal.⁹⁰ Lo primero se ha logrado con dos leyes⁹¹ y aun así, no en forma cabal,

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 afín 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 seudo 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.ej., 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.

⁸⁹Y 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.

⁹⁰Lo explicamos en “La responsabilidad del Estado...” *op. cit., supra*, p. 5, nota 24, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo32.pdf.

⁹¹Leyes 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

porque todavía una de ellas dispone que la sentencia contra el Estado, si resulta condenatoria, tendrá mero carácter declarativo.⁹² 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.⁹³

La ley 24.624 aclara en su art. 19, en todo caso, que son inembargables los fondos y valores públicos,⁹⁴ lo cual por supuesto no es aplicable en el exterior,

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.

⁹² 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 *supra* notas 29 y 45.

⁹³ Para peor la ley 25.344 impone el control oficioso de los requisitos de admisibilidad de la acción judicial, e intenta eliminar las excepciones constitucionales a la obligatoriedad de reclamo previo que habían sido elaboradas en la jurisprudencia y extiende la aplicación de los plazos de caducidad del art. 25 del decreto-ley 19.549/72 a los actos provocados por el interesado mediante un reclamo administrativo previo. Pretende hacerlo mediante una fórmula manifiestamente inconstitucional que permitiría el cómputo del plazo de caducidad frente a la configuración del silencio. (Ver BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “La defensa de los derechos de los particulares en la vía reclamatoria ante el silencio de la administración. Breve repaso a casi diez años de la controvertida reforma de la ley 25.344,” LL, 2009-F, 1135.) Si bien la CSJN ratificó en 2005 en *Fallos* 327: 107 que el control de oficio no puede violentar el principio de la cosa juzgada (en el caso había quedado firme la habilitación de la instancia), aunque no dudamos que se pronunciará sobre la inconstitucionalidad de la reforma, en consonancia con la doctrina de *Fallos* 316: 2477, 324: 1087, entre otros. A su turno la Sala III de la C. Nac. Cont. Adm. Fed., ha dispuesto la inconstitucionalidad de la reforma al sostener que: “Una interpretación literal conduce a sostener que es facultativo el inicio de la demanda (la norma dice: “podrá”) y obligatorio el cumplimiento del plazo (en este caso, dice “deberá”) que, en razón del silencio, se encadena con los establecidos para que la Administración se expida.- (...) Ahora bien, tal solución, además de transformar al silencio en un deber y soslayar la función de garantía para la que ha sido diseñado (en el sentido de constituir un derecho que permite acudir a la vía judicial aun cuando no exista una decisión administrativa por la omisión de la autoridad en expedirse) es contraria a la contemplada en la misma ley —en los arts. 10 y 26— para los demás casos.” (Expte. N° 8.942/2008, *Biosystems SA c/ EN - M° Salud - Hospital Posadas s/ contrato administrativo*, CNACAF, Sala III, 18-IV-2011.) Ampliar en BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “Caso Biosystems S.A.: un avance en la defensa de los derechos de los particulares en la vía reclamatoria,” LL, 2012-A, 379. 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 el contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo,” en MILJIKER, 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. Por si esto fuera poco el Congreso nacional sancionó la ley 26.853 que crea tres nuevas Cámaras de Casación. Esta nueva instancia no hará sino profundizar el retardo del servicio de justicia.

⁹⁴ 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,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo20.pdf. Ello, sin contar las falencias empíricas del

donde los jueces extranjeros nos embargan los bienes de propiedad estatal por nuestra permanente condición de deudores 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.⁹⁵

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.⁹⁶ Pero sea cual fuere el estado de la doctrina, la *praxis* no hace sino empeorar; cada vez tenemos más apartamientos del sistema constitucional⁹⁷ por 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 aquello y no esto lo que la Constitución ha querido.

En este sentido no podemos dejar de lamentar que el Congreso, ante el impulso dado por el ejecutivo, procediera a la reforma del Consejo de la Magistratura (ley 26.855) y al retroceso que significa la instauración de Cámaras de Casación (ley 26.853) para todos los fueros. Su efecto práctico para el justiciable es el retardo de justicia, en un país donde la demora en contar con un pronunciamiento judicial firme torna casi ilusoria la consagración de principio de la tutela judicial efectiva.⁹⁸

sistema: “La responsabilidad del Estado en la práctica,” *op. loc. cit.*, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo32.pdf.

⁹⁵ 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

⁹⁶ Hemos intentado reseñarlo: *Teoría general del derecho administrativo, op. cit.*, p. VII-XVI, pp. 25-31 de la 2ª ed. que se encuentra *infra*, t. 8, *Teoría general del derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2013, <http://gordillo.com/tomo8.html>.

⁹⁷ Ver las referencias que damos *supra*, nota 48.

⁹⁸ Recordemos que nuestro país fue recientemente condenado en el caso *Furlan* por la CIDH que mediante sentencia del 31-VIII-2012 consideró configurada la responsabilidad internacional del Estado argentino por la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas, quienes incurrieron en una demora excesiva en la resolución de un proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de un niño y, posteriormente, adulto con discapacidad. La CIDH declaró, por unanimidad, que el Estado de Argentina es internacionalmente responsable por la violación en perjuicio de Sebastián Furlan, entre otros, por haber excedido el plazo razonable en el proceso civil por daños; vulnerar el derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada, y el incumplimiento de la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal. Asimismo, consideró al Estado argentino internacionalmente responsable por la vulneración al derecho a la integridad personal y el derecho al acceso a la justicia de los familiares de Sebastián Furlan, a saber: Danilo Furlan (padre), Susana Fernández (madre), Claudio Furlan (hermano) y Sabina Furlan (hermana) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_246_esp.pdf

A esto hay que sumar, lamentablemente, los intentos por restringir el dictado de medidas cautelares en los pleitos en los que el Estado nacional es parte (ley 26.854). Confiamos en que su aplicación por parte del Poder Judicial no importe restricciones inconstitucionales de derechos, y nos pronunciamos por la inconstitucionalidad de la norma en cuanto impone un límite temporal arbitrario a la vigencia de las medidas cautelares, pues ello importa que el propio Estado —sujeto pasivo de la medida protectoria— traslade al justiciable los efectos de la demora en la prestación del servicio de justicia que está obligado a proveer, lo que resulta inaceptable.⁹⁹

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,¹⁰⁰ 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 supuesta insuficiencia de financiamiento, que el gobierno de la Ciudad imputa al gobierno nacional que no le autoriza a endeudarse al efeceto

Por ello, aunque con extremo optimismo pensáramos que pronto el derecho administrativo se liberará de todas sus viejas concepciones políticas,¹⁰¹ toca de todos modos considerar sus otros problemas actuales y futuros en los que se encuentran pendientes muchos problemas sociales.¹⁰²

⁹⁹ Varios jueces de primera instancia del fuero contencioso administrativo federal han declarado la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley 26.854, al pronunciarse sobre las medidas cautelares referidas a la suspensión de la ley 26.855 sobre el Consejo de la Magistratura.

¹⁰⁰ 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, LOIANNI, ROSSI, *Derechos Humanos*, 3ª ed., *op. cit.*, cap. V; CARRILLO PIETRO, IGNACIO y NOCEDAL, RAÚL (eds.), *Legal Protection of the Environment in Developing Countries*, México D.F., UNAM, 1976.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² 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 Admi-*

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.¹⁰³

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,¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵ 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. Tenemos también el *status* de país observador de la OCDE, cuyo objetivo principal es suministrar a los gobiernos un ámbito donde discutir, desarrollar y perfeccionar políticas sociales y económicas. En el ámbito de esa organización, Argentina suscribió la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por ley 25.319 durante el año 2000. Es también miembro pleno del Grupo de Trabajo sobre Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales.

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

nistrativo Brasil – Argentina. Estudios en Homenaje 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.

¹⁰³ RIVERO, *op. cit.*, 10ª 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 *AIDA. 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.

¹⁰⁴ GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, *op. cit.*, pp. 599-602.

¹⁰⁵ Nuestro art. “Algunos problemas jurídicos de la actuación internacional de las empresas públicas argentinas,” *RADA*, 11: 42, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976.

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, con resultado adverso.

4.2.2. *El cambio social y la administración pública*¹⁰⁶

Los problemas sociales que existen¹⁰⁷ 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.”¹⁰⁸

Aparecen en reacción, en el mundo, múltiples canales de participación política, no todos los cuales se han aceptado ni introducidos 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.

¹⁰⁶ 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, http://gordillo.com/pdf_tomol/capituloIV.pdf.

¹⁰⁷ 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.

¹⁰⁸ 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.

Hemos planteado desde hace tiempo este conjunto de temas,¹⁰⁹ e insistido en ellos a través de artículos¹¹⁰ y libros,¹¹¹ pero su aceptación es lenta y dificultosa, con frecuentes contramarchas.¹¹² 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.¹¹³

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,¹¹⁴ 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.¹¹⁵ 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

¹⁰⁹ “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.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ Nuestros libros *Planificación, participación y libertad...*, op. cit.; *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, op. cit.; *La administración paralela*, reproducida en el t. 6, *El método en derecho - La administración paralela*, Buenos Aires, FDA, 2012, Libro II, <http://gordillo.com/tomo6.html>.

¹¹² 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, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIII.pdf.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ La Cámara Nacional Electoral ha dispuesto se pida a la OEA su supervisión en 2009.

¹¹⁵ “La constitucionalidad formal del eterno retorno,” en este *Tratado*, t. 7, op. cit., cap. XII, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo12.pdf.

de haber legitimado el triunfo de Cristina.”¹¹⁶ 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.¹¹⁷

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 *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 poder¹¹⁸ 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.¹¹⁹

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.¹²⁰

¹¹⁶ 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 diferente ideológico en cuánto a qué es y qué significa la democracia.

¹¹⁷ El sistema democrático no puede ser reducido a la emisión del voto, que no es una carta en blanco para el ejercicio del poder. Resulta necesario incrementar el control ciudadano sobre la cosa pública: No podemos seguir observando quejosa pero pasivamente lo que hacen las autoridades a su gusto y paladar.

¹¹⁸ Como dice RIVERO, “À propos des métamorphoses de l’administration d’aujourd’hui: démocratie et administration,” *Mélanges offerts à René Savatier*, *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.

¹¹⁹ 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.

¹²⁰ Volvemos sobre el tema *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. V, “El «poder de policía»,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo5.pdf; 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., http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo6.pdf.

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 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.”¹²¹

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 públicas¹²² previas a la emisión de una nueva norma reglamentaria o a la adopción de un proyecto importante y la gestión participativa¹²³ de los diversos servicios públicos.¹²⁴ 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 una edición anterior de nuestro t. 4 nos escribió un *e-mail* preguntando risueñamente: “¿Dime, algo de esto se cumple?” En rigor, con intervención judicial sí,¹²⁵ ya que no por iniciativa administrativa de cumplir sus propias normas.¹²⁶ No creamos que podemos engañar al mundo entero, es

¹²¹ MARTÍNEZ NOGUEIRA, ROBERTO, “Participación social y reforma administrativa en la Argentina: bases para una estrategia,” en *Desarrollo Económico*, 13: 347, 367, Buenos Aires, 1973.

¹²² Ver *infra*, t. 2, cap. XI y sus referencias, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf; 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.

¹²³ 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.

¹²⁴ 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.

¹²⁵ 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.

¹²⁶ 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. En igual sentido ver REJTMAN FARAH, MARIO, “Los caminos por recorrer en materia de libre acceso a la información,” en *Acceso*

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 interesadas, 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 judicial¹²⁷ y la virtual ausencia de control eficaz sea político o administrativo,¹²⁸ como así también, consiguientemente, la necesidad de fortalecerlos y ampliarlos¹²⁹ 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.

a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, GUILLERMO SCHEIBLER, Coord., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2012, pp. 251-284.

¹²⁷ 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.

¹²⁸ 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.

¹²⁹ 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 20th Century,” en el libro de homenaje a SAYAGUÉS LASO, t. III, Madrid, 1971, p. 139 y ss., etc.

43), la participación de los usuarios en la dirección de los órganos de control de los servicios monopólicos (art. 42), con más la publicidad,¹³⁰ 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 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,¹³¹ cuyo número actual es una verdadera denegación de justicia,¹³² también hace falta dotarlos de los medios adecuados. No existe cantidad suficiente de jueces para que el abogado cumpla su función en el mantenimiento del Estado de Derecho.¹³³

b) Debe mantenerse el esfuerzo judicial en hacer *cumplir* la Constitución para los derechos de incidencia colectiva¹³⁴ y las acciones de clase en general, y ejercitar la ley de defensa del usuario y consumidor.¹³⁵ La CSJN ha hecho otro avance en el 2009 con *Halabi* en el amparo colectivo, utilizable por todos los niveles de la justicia.¹³⁶ Ese fallo es fundamental por múltiples razones, una de las cuales es

¹³⁰ Ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, op. cit.*, t. I, 4ª ed., comentario al art. 42, § 3.5, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” pp. 592-3.

¹³¹ En lugar de ello se ha instado la creación de Cámaras de Casación (ley 26.853) que no harán sino prolongar el curso de los procesos.

¹³² 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.”

¹³³ Como lo enseña GENARO R. CARRÍO 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.

¹³⁴ Ello ha tenido un vigoroso desarrollo jurisprudencial: *Infra*, t. 2, caps. II a IV, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo2.pdf, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo3.pdf, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo4.pdf, que se ha visto reflejado también en el voto en disidencia emitido por Lorenzetti respecto a los denominados intereses individuales homogéneos. (*Fallos* 329: 4593.)

¹³⁵ 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.

¹³⁶ 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

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,¹³⁷ ERNESTO HALABI, lo que muestra la importancia de la profesión de abogado en el 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.¹³⁸ 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 que 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 celulares¹³⁹ o de tierra, sólo para cosas anodinas, pues las importantes es preciso hablarlas personalmente y en lugares que no resulten accesibles a las escuchas 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.¹⁴⁰ 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,¹⁴¹ etc., en defensa de los individuos enfrentados al poder estatal o al poder de

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.

¹³⁷ 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.

¹³⁸ 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.

¹³⁹ 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).

¹⁴⁰ LANATA, JORGE, "Al servicio del pingüino," *Crítica de la Argentina*, 1º-III- 2009, pp. 4-5.

¹⁴¹ 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.

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 nacional¹⁴² 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 se debe celebrar; hay otros en curso.

d) Corresponde crear en el orden local y en las diversas reparticiones dotadas de suficiente importancia específica, tanto nacionales como locales o interjurisdiccionales e incluso privadas, la institución del *Ombudsman* o Defensoría del Pueblo,¹⁴³ 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.¹⁴⁴

Luego de un comienzo incierto en nuestro país,¹⁴⁵ 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

¹⁴² Ver nuestro artículo «Corralito», Justicia Federal..., *op. cit.*, <http://gordillo.com/articulos/art25.pdf>.

¹⁴³ Ampliar *infra*, cap. XII, «Los órganos del Estado», § 14.1, «El Defensor del Pueblo», http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXII.pdf y cap. XV, «Los entes reguladores», §14.2, «El Defensor del Pueblo nacional», http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXV.pdf.

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ Nuestro art. «An Ombudsman for Argentina: Yes but...», *op. loc. cit.*

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 unilaterales¹⁴⁶ 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.

Las audiencias públicas 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.¹⁴⁷ 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.¹⁴⁸ Para ello es necesaria una ley regulatoria que determine los casos en que habilita la jurisdicción arbitral y determine sus límites y control judicial correspondiente.

¹⁴⁶ REJTMAN FARAH, MARIO “El procedimiento de audiencias públicas” en *Procedimiento administrativo*, t. IV, HÉCTOR POZO GOWLAND y otros Directores, Buenos Aires, La Ley, 2013, pp 375-400.

¹⁴⁷ Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf; 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.* Ver también REJTMAN FARAH, MARIO, “El procedimiento de audiencias públicas,” en *Procedimiento administrativo*, t. IV, HÉCTOR POZO GOWLAND y otros Directores, Buenos Aires, La Ley, 2013, *op. cit.*; FERNANDEZ LAMELA, PABLO, “Audiencias Públicas: ¿es el artículo 42 de la Constitución Nacional una norma jurídica?,” *LL*, 2002-A, 107.

¹⁴⁸ *Infra*, t. 2, caps. XVII, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo17.pdf y XVIII, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo18.pdf. 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,

h) Crear tribunales administrativos¹⁴⁹ a los cuales se pueda acudir *voluntariamente y sin pérdida 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 a través de órganos administrativos imparciales e independientes de la administración central, con revisión judicial plena,¹⁵⁰ como ha hecho la Ciudad de Buenos Aires con sus controladores de tránsito.¹⁵¹ La experiencia comparada, principalmente de Canadá, es muy alentadora sobre las ventajas institucionales de esta alternativa.¹⁵² Tenemos algunas experiencias más en el país, pero debe extenderse a todo el ámbito administrativo si queremos salir de un sistema hegemónico.

i) 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.¹⁵³ 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.

j) Ante esa larga serie de falencias, el Poder Judicial en los últimos tiempos ha estado a la altura de su responsabilidad y ha tomado y toma importantes iniciativas de cambio, como la Corte Suprema en los nuevos casos *Halabi*,¹⁵⁴ *Ángel*

ADRIÁN, “Condenan al país a depositar una garantía de US\$ 75 millones,” *La Nación, Economía & Negocios*, 7-III-09, p. 1.

¹⁴⁹ Nos remitimos al cap. XI de *Derechos Humanos*, *op. cit.*

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ *Infra*, t. 7, *op. cit.*, cap. VIII, p. 97, nota 16, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo08.pdf.

¹⁵² “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: “Administrative Procedure Reform: The Experience of the Americas,” *European Public Law Review*, Londres, Esperia, 2009, <http://gordillo.com/articulos/art3.pdf>.

¹⁵³ Pues siempre se alinea con el Poder Ejecutivo: *Infra*, cap. III, § 4.1., “Equilibrio teórico de los poderes,” y § 4.2., “Desequilibrio real,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIII.pdf y lo destaca JORGE SÁENZ desde su *Prólogo*, http://gordillo.com/pdf_tomo1/prologo_saenz.pdf. Ver nuestro art. “Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos Públicos”, *RAP*, 18: 8, Buenos Aires, 1994.

¹⁵⁴ *LL*, 4-III-09, p. 3 y nota de GARCÍA PULLÉS, *cit. supra*, nota 129; ver también nota 131. En relación con el fallo *Halabi*, en una sentencia posterior la Corte desechó una demanda por la que se había solicitado que se proveyera de equipos de ventilación mecánica y accesorios para el tratamiento del “síndrome de apnea obstructiva severa” a todos sus afiliados que padezcan dicha enfermedad

Estrada,¹⁵⁵ *Mendoza*,¹⁵⁶ 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 para querer defender al poder público en la preservación del *status quo*. Con todo, esto ha sido la excepción, no la regla, pues existen cada vez mas pronunciamientos declarando la inconstitucionalidad de las normas legislativas que pretenden cercenar el control judicial de la administración pública nacional.

k) En lo económico, toca ponerse a tono con la realidad del mundo,¹⁵⁷ que estamos enfrentando frontalmente una vez más, a contramano de la historia.¹⁵⁸

En 2009 el mundo desarrollado se comporta keynesiamente 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.

Si bien no existen problemas de gobernabilidad, la economía parece sin embargo no estar apoyando sobre bases sustentables y por ello se están produciendo continuamente cambios cuyo resultado y reajuste final sólo será posible evaluar luego de los hechos.

Lo que puede mientras tanto hacerse es incrementar el control judicial de la racionalidad de la conducta estatal, declarando inconstitucionales las normas que pretenden cercenarlo.

l) 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

y requieran tratamiento. (*Cavaliere, Jorge y otro c/Swiss Medical S.A s/amparo*, 26 de junio de 2012, *Fallos*, 335: 1080.)

¹⁵⁵ Ver nuestro art. "Ángel Estrada," *JA*, 2005-III, fasc. n.º 9, y en <http://www.fomujad.org/publicaciones/res%20publica/numero2/15.pdf>.

¹⁵⁶ CSJN, *Fallos*: 329:2316, *Mendoza*, 2006; *infra*, cap. VIII, § 6, notas 27 y 28, p. VIII-9, http://gordillo.com/pdf_tomol/capituloVIII.pdf; cap. XV, p. 3 y nota 14, http://gordillo.com/pdf_tomol/capituloXV.pdf.

¹⁵⁷ Hemos recibido 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," *Financiam Times*, reproducido en *El cronista*, 5-III-09, p. 13.

¹⁵⁸ DIANA, NICOLÁS, "La teoría de la burbuja," *Res Publica Argentina, RPA*, 2009-1; "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.

blanqueo de capitales¹⁵⁹ y fomento del juego¹⁶⁰ con riesgo de lavado de dinero,¹⁶¹ el constante ataque a la prensa, que los tribunales han comenzado a encarar.¹⁶²

¹⁵⁹Ver MAZZINGHI, MARCOS, “El “blanqueo” de capitales ante principios constitucionales,” *LL*, 3-III-09, pp. 1-3; SARAVIA FRIAS, BERNARDO y MAZZINGHI, MARCOS, “El blanqueo de capitales y los efectos sobre la ley penal cambiaria,” *LL*, 18-III-09, pp. 1-4; PINTO, HUGO J., “Ley de blanqueo. Para ponese 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 OLIVEIRA, “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 el t. 2, cap. XXII, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo22.pdf. 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.

¹⁶⁰Al cual, no obstante sus extraordinarias ganancias, no se le aplican los criterios tributarios correspondientes a ellas.

¹⁶¹MARTEAU, JUAN FÉLIX y REGGIANI, CARLOS, “Lavado de dinero y juegos de azar,” *LL*, 6-III-09, pp. 1-2.

¹⁶²CNFCA, 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 GUIÑAZÚ, NELSON CASTRO, PEPE ELIASCHEV 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. Se suman ataques informáticos: “Alteran una encuesta de lancion.com” *La Nación*, 26-III-09, p. 12; tecnológicos: DANIEL JURI, “Hubo interferencias intencionales a Canal 13, TN y Radio Mitre,” *Clarín*, 26-III-09, p.14, etc. Hasta miembros de la farándula son objeto de presiones, según la tapa de *Crítica de la Argentina*, 17-III-09 y pp. 2/3. A mayor alcance mediático, mayor censura, y a la inversa. Un simpatizante afirma: “Mientras Ustedes debaten, nosotros gobernamos;” otro dice “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 que es una aberración para la vida democrática.

Otros son las presiones sobre los jueces,¹⁶³ 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;¹⁶⁴ los superpoderes otorgados por ley al Jefe de Gabinete;¹⁶⁵ 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;¹⁶⁶ la materialización unilateral y extrajudicial de embargos de cuentas particulares por funcionarios de la administración tributaria, incluso de extraña jurisdicción;¹⁶⁷ las estatizaciones directas o indirectas sin justificación racional.¹⁶⁸

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*, *Derecho administrativo de la planificación*.¹⁶⁹

¹⁶³ Así lo denuncia la Asociación de Magistrados, según *Ámbito Financiero*, 17-III-09, p. 13, “Gesto de la Corte para distanciarse del Gobierno.”

¹⁶⁴ Cuya ley actual pone a merced del poder político, invadiendo la independencia judicial. Ello se agravó con la ley 26.855, declarada inconstitucional por la CSJN el 18-VI-13 en los autos *Rizzo*, *Jorge G.* citado en la nota 38, *in fine*.

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ 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.

¹⁶⁸ 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. La lista continúa. La responsabilidad es compartida del gobierno y parte de la sociedad, pues nunca falta alguno que apoye la idea.

¹⁶⁹ *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966, agotado; *Derecho administrativo de la economía*, Buenos Aires, Macchi, 1966, también agotado; *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

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, este nuevo intervencionismo del Estado en la economía y este modesto crecimiento del sector público de la economía son preocupantes porque no parecen brindarnos ningún adelanto económico o social,¹⁷⁰ 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. Lo peor es que este tipo de decisiones se han tomado con el apoyo de varios partidos democráticos de la oposición, también imbuidos de estas superadas nociones económicas.

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

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.

¹⁷⁰ 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. Si bien los derechos sociales cuentan con un amplio reconocimiento normativo, su ejercicio real no está en modo alguno garantizado por igual para todos los sectores de la sociedad. Las ventajas de impulsar acciones judiciales para hacer efectivos estos derechos quedan demostradas a poco que se observen las cada vez más relevantes medidas cautelares dispuestas por el Poder Judicial como medio de protección de aquellos derechos. Para un análisis de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el período 2005-2007 ver *La Corte y los Derechos: informe 2005-2007*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2008, p.477 y ss.

del poder central;¹⁷¹ el ejercicio cada vez más notorio del poder político en forma conjunta y con clientelismo; el capitalismo de amigos,¹⁷² etc.

Esta es la verdadera crisis profunda del país, una crisis de los valores¹⁷³ y de los principios del Estado de Derecho.¹⁷⁴ Sin ellos, no hay recuperación económica ni social posible.¹⁷⁵

¹⁷¹ Según el intendente de Olavarría, oficialista, además “Hay una relación única del gobierno nacional con los intendentes, porque la transferencia de recursos se hace en forma directa.” *Crítica de la Argentina*, 27-III-09, p. 5. Un amigo peronista que luego habría de tener funciones en el Gobierno del 2003, me dijo que se equivocaba un constitucionalista en hablar de los límites del poder, porque “primero hay que construir el poder.” A su vez, uno de los intelectuales del poder en *Carta Abierta*, el doctor en filosofía RICARDO FORSTER, profesor de Historia de las Ideas, dice 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 FONTEVECCHIA, 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.

¹⁷² 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, reproducido *infra*, t. 7, *El derecho administrativo en la práctica, op. cit.*, cap. XII, p. 189, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo12.pdf.

¹⁷³ Ver CASTAÑEDA, ALEJANDRO, “Un país en miniatura,” *El día*, 1º-III-09, Sección *El Día Domingo*, contratapa, p. 28.

¹⁷⁴ 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.”

¹⁷⁵ 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*, 1º-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 United 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.*

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. Sin embargo, las noticias son que se intenta profundizar el camino iniciado, aumentando el intervencionismo económico que tan proclive es a la corrupción. 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.¹⁷⁶

Las consecuencias fueron ineluctables¹⁷⁷ y se incrementan no sólo con los *holdouts*, 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, aun cuando tenemos cerrado el crédito externo; pero es el Congreso de la Nación el que, inexplicablemente, estatiza Aerolíneas Argentinas,¹⁷⁸ 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.

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.

¹⁷⁶ Ver nuestro art. “El contrato de crédito externo,” *infra*, t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, cap. XXIV, p. 415, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo24.pdf, antes aparecido en *Revista de Administración Pública*, 97: 423, Madrid, 1982; reproducido en AA. VV., *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. II, cap. XXIII; *Revista de Derecho 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, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXI.pdf.

¹⁷⁷ Ver nuestro art. “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *LL*, 2001-F, 1050.

¹⁷⁸ 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.

Ya ocurre que no podemos participar en exposiciones internacionales con obras de arte que formen parte del patrimonio estatal, por ese motivo.¹⁷⁹ No parece inteligente para el país que el Congreso incremente por nacionalizaciones un patrimonio estatal que es a su vez susceptible de embargo externo¹⁸⁰ 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. 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*.¹⁸¹ Felizmente, la Corte parece estar morigerando de a poco ese criterio.

¹⁷⁹ Ver GARCÍA, FERNANDO, “El arte argentino no puede viajar: temen embargos de bonistas europeos,” *Clarín*, 26 de febrero de 2009, p. 30.

¹⁸⁰ 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, *Ambito 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.”

¹⁸¹ 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; y reproducido *infra*, t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, cap. XI, p. 165, http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo11.pdf.

Igual ocurre, con agravantes, con el intento de blanqueo impositivo condicionado solamente a una declaración “jurada”¹⁸² 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. Su actuación no excluye la intervención de la justicia federal de los países que tienen leyes al respecto, como los EE.UU. Es 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.¹⁸³

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.¹⁸⁴ 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 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 ile-

¹⁸² 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 sobreabundan. 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.

¹⁸³ Ver el cap. V, § 5, y sus referencias bibliográficas, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloV.pdf; “Hacia la unidad del orden jurídico mundial,” *infra*, t. 2, cap. XXII, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo22.pdf. 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. Ver también lo que explicamos *supra*, notas 140 y 142. Nuestra incompreensión colectiva acerca de cómo funciona el mundo moderno internacional y el creciente orden jurídico mundial es francamente alarmante.

¹⁸⁴ BARON, ANA, “EE.UU. revisará un documento crítico sobre la Argentina,” *Clarín*, 1º 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 entonces 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 *spanglisch*: Igual diario, pp. 44-5.

gal, a partir del art. III inc. 5° de la CICC.¹⁸⁵ La corrupción y delitos conexos es susceptible de ser juzgada en una jurisdicción extranjera, p. ej., la de EE.UU.¹⁸⁶ 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.¹⁸⁷

¹⁸⁵ 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.

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ 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.

