

EL ESTADO DE DERECHO EN ESTADO DE EMERGENCIA  
(2002)

SUMARIO

I. <i>La imaginación y los hechos</i> .....	29
II. <i>Cirugía o carnicería</i> .....	34
III. <i>Quam vulneratæ causæ</i> .....	35
IV. <i>Debatiendo la idea</i> .....	37



## EL ESTADO DE DERECHO EN ESTADO DE EMERGENCIA<sup>1</sup> (2002)

### I. La imaginación y los hechos<sup>2</sup>

Esta emergencia es perpetua porque desde ahora vemos y seguiremos viendo la realidad.<sup>3</sup> Entró en emergencia final la fantasía de los argentinos.<sup>4</sup> La realidad, está tan mala como siempre. Sólo que ahora se ve que no tiene salida

<sup>1</sup> Versión corregida de la conferencia sobre “La responsabilidad del Estado en estado de emergencia,” pronunciada en la Ciudad de Mendoza en agosto de 2001. El contexto de emergencia es el mismo que el de la conferencia pronunciada en el Palacio de Justicia en la Ciudad de La Plata, sobre “La defensa de la Administración en el nuevo Contencioso Administrativo,” en junio de 2001, en prensa. Dos temas distintos reciben una fuerte influencia del entorno y la circunstancia. Publicado originalmente en *LL*, 2001-F, 1050; reproducido en LORENZETTI, RICARDO LUIS (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 53-64.

<sup>2</sup> “Debes enterarte bien de los hechos, antes de tergiversarlos.” MARK TWAIN. Hacia el final de este artículo el lector percibirá la pertinencia de esta frase: Como tributo local, un poco más — quizás— de ficción.

<sup>3</sup> Esta sería la impresión optimista. La pesimista sería que en verdad aún vivimos “en la obstinada persistencia de una fantasía.” GRONDONA, MARIANO, *La realidad*, Buenos Aires, Planeta, 2001, p. 106. Esa “fantasía argentina,” dice GRONDONA, los argentinos “Se la creyeron.” (P. 204.) Lo dijo antes ORTEGA Y GASSET, y para mucho antes JUAN AGUSTÍN GARCÍA. Otros libros realistas son NEILSON, JAMES, “En tiempo de oscuridad 1976-1983,” Buenos Aires, Emecé, 2001; GRAHAM-YOOL, ANDREW, *Memoria del miedo*, Buenos Aires, Fundación Editorial de Belgrano, 1999. GRAHAM-YOOL, NEILSON, GARZÓN VALDÉS: Son los tres mejores libros argentinos sobre nuestra realidad, en la línea de ORTEGA Y GASSET O NAIPAUL.

<sup>4</sup> Lo dijeron ORTEGA Y GASSET y NAIPAUL, entre tantos otros. Lo recordamos en *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimpresión, 2001; *L'amministrazione parallela. Il parasistema giuridico-amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1987. Es una observación común: NEILSON, JAMES, “The old guard under siège,” *Buenos Aires Herald*, 16-VIII-2001, p. 16.

El libro referido se encuentra reproducido en el tomo 6 de la presente colección.

inmediata,<sup>5</sup> tanto que las leyes hoy constatan como inmodificables algunos de sus clásicos parámetros.<sup>6</sup>

Es moneda corriente<sup>7</sup> en nuestro medio criticar la duración de la emergencia inmediatamente precedente,<sup>8</sup> tan larga y ahora ya casi perpetua,<sup>9</sup> o al menos estable por una década como mínimo.<sup>10</sup> Es otra manera de decir: A largo plazo.<sup>11</sup> Parece obvio que nadie se alegrará de tal estado de cosas. Pero la realidad no cambia porque no la veamos o no la miremos, o porque no estemos de acuerdo

<sup>5</sup> Antes pudo pensarse que la emergencia era “un capítulo concluido.” CRIVELLI, JULIO CÉSAR y VEGA, SUSANA ELENA, *El cumplimiento de los contratos por el estado y la seguridad jurídica como elemento vital de la economía de mercado*, Cámara Argentina de la Construcción, 46° Convención Anual, Buenos Aires, septiembre de 1998, p. 269, § I; al menos así parecía desde 1992, como nosotros también lo dijimos en nuestro art. “La emergencia administrativa argentina de 1989-1992,” en el Libro de *Homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz*, Colegio Santo Tomás de Aquino, San José, 1993. Varios hemos pecado de optimistas antes de ahora. Todavía hay más que aún lo son, que descreen de los datos.

<sup>6</sup> Así la ley de intangibilidad de los depósitos, 25.446, o la ley del déficit cero.

<sup>7</sup> Falsa moneda, y como la ley de Gresham, la moneda mala desplaza a la moneda buena.

<sup>8</sup> CRIVELLI, JULIO CÉSAR, *La emergencia económica permanente*, Buenos Aires, Abaco, 2001, prólogo de ALBERTO B. BIANCHI, pp. 114 y ss., con la colaboración de SUSANA VEGA; ABERASTURY, PEDRO, *Ejecución de sentencias contra el Estado*, prólogo de JORGE A. SÁENZ, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 98 y ss.; CANOSA, ARMANDO N., *Las reformas al régimen de juicios contra el Estado y la ley de emergencia económica*, Buenos Aires, Abaco, 2001, pp. 15 y ss. Varios juristas critican la destrucción del Estado de Derecho en la emergencia. La verdadera divergencia está en la apreciación de los hechos. Algunos autores no los ven tan graves. Tampoco los vieron tan graves antes, cuando yo criticaba tan fuerte como inútilmente el sistema de descontrol del gasto público. Cuán grave es la emergencia, esa es la cuestión. No hay más remedio que hacer números, sumar, restar, multiplicar, dividir. Sin números, la discusión no es racional.

<sup>9</sup> CRIVELLI, JULIO CÉSAR y VEGA, SUSANA, “La emergencia económica permanente,” Abaco, 2001. Crivelli es un hombre íntegramente liberal, en lo que pensamos igual, pero salvo las tardías “Palabras preliminares” pareciera creer que no hay emergencia de largo plazo, que por definición “esencial” “toda emergencia es [siempre] transitoria.” Pero esto tiene antecedentes en la historia comparada, por ejemplo de las épocas de la llamada deuda pública perpetua. Lo explicamos en el *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Parte general, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, reimpression de la 5ª ed., cap. IV, “Condicionamientos económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio.” De análogo tenor iguales capítulos tanto en la segunda edición colombiana (2001) como la primera venezolana (2001) y las distintas ediciones en Internet: [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com).

Actualmente se encuentra en el cap. VIII del t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, MARCELO A. BRUNO DOS SANTOS (dir.), Buenos Aires, FDA, 2013, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo08.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo08.pdf)

<sup>10</sup> En otras palabras, todo indica que al menos durante una década habrá de manejarse el problema que ahora se enfrenta. El acuerdo “incluyó una propuesta del Tesoro estadounidense para consolidar en la Argentina un programa financiero sostenible en el largo plazo,” *Clarín*, 26-VIII-2001, p. 19. “Querían saber si Argentina podía ser sustentable en el tiempo. Estamos haciendo proyecciones de 10 años,” dijo DANIEL MARX, *Clarín*, 26-VIII-2001, p. 20. *Clarín*, 26-VIII-2001, p. 18; PAUL O’NEILL, “Esto es basura. Estados Unidos no acepta este acuerdo y no va a poner dinero para que los argentinos vuelvan a despilfarrarlo,” KAREN JONSON, Federal Reserve Board, “No creemos en la Argentina.” KÖHLER, “Cómo garantiza que podrán cumplir esta vez? ...el Fondo no aportará un peso si el país no cumple con las exigencias pactadas.”

<sup>11</sup> Lo mismo que cuando se señala igual término mínimo para la lucha contra el terrorismo, *La Nación*, 21-IX-2001, p. 3.

en su etiología o sus alcances, o discrepemos acerca de cuáles son los medios razonables y proporcionados<sup>12</sup> para encararla.

La emergencia es que la deuda interna diariamente exigible<sup>13</sup> excede los recursos presupuestarios corrientes y por ende no se puede pagar con el dinero que no se tiene. (Dinero que tampoco se puede emitir ni pedir prestado.)<sup>14</sup> Está reflejada en todos los diarios de estos días; por eso hemos comenzado citando a un periodista y recordaremos a otros en este artículo. Pero hay que saber leer,<sup>15</sup> porque ningún diario pone toda la información en títulos catástrofe. Para poder interpretar y aplicar las leyes salidas<sup>16</sup> y por salir<sup>17</sup> y los compromisos internacionales adquiridos<sup>18</sup> y por adquirir, es necesario primero, como siempre, conocer

<sup>12</sup>Razonabilidad, proporcionalidad, adecuación de medio a fin, no desviación de poder, etc.: Todos principios generales del derecho que no ceden, por supuesto, en época o por razones de emergencia. Los explicamos en el *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, FDA, 2000 (y ediciones colombiana, venezolana, y en Internet), cap. VIII, § 8; t. 3, cap. IX, § 6 a 8; mismo t. 3, cap. X, n° 6. En el t. 1, *Parte general, op. cit.*, ver cap. VI, § 7 a 17; t. 1, cap. X, § 15. En igual sentido el t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 4ª ed., 2000 y demás ediciones, cap. IX, § 10 a 13.

<sup>13</sup>Excluyendo, pues, la deuda no inmediatamente exigible. Eludimos deliberadamente conceptos más precisos como gasto o deuda corriente. Funciona como un código secreto entre “cognoscenti” y logra que el público cumpla su deseo también secreto de no entender.

<sup>14</sup>Y que se ha comprometido desde antes más gasto público que el dinero que ahora se tiene. La emergencia es que de pronto el problema no tiene la salida de conseguir o inventar los medios de pago, ni hay recurso a medios clásicos de no pago. (Moratorias de acreedores de empréstitos públicos.) La emergencia es que hay que enfrentar un problema gravísimo y que no tiene salida o solución que nos satisfaga.

Los gobiernos de más de una década posteriores a éste artículo optaron por la emisión de moneda y el endeudamiento externo a tasas harto superiores a las normales en el mundo.

<sup>15</sup>Equivalente contemporáneo del “sapere vedere” de MIGUEL ANGEL.

<sup>16</sup>25.344, 25.345, 25.400, 25.413, 25.414 (Adla, LX-E, 5547, 5552; LXI-A, 117; LXI-B, 1514; LXI-B, 1516), 25.445, etc., normas de emergencia económica, equilibrio fiscal, déficit cero, etc.

<sup>17</sup>No se creará que la actividad legislativa de la próxima década ya terminó...

<sup>18</sup>Por ejemplo, la deuda externa, cuyo régimen jurídico nos empecinamos en ignorar. Hace unas décadas, cuando lo publiqué, parecían datos reservados o secretos. Hoy que son hace mucho tiempo públicos, se los sigue ignorando igual. No hay peor ciego que el que no quiere ver, peor sordo que el que no quiere oír. Nos remitimos al t. 1, *Parte general, op. cit.*, cap. IV; cap. XI, § 8.3: “El contrato de crédito externo en un marco de endeudamiento estructural”; también en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, 2ª ed., Buenos Aires, 1998, caps. IV, V y VI.

Actualmente en el tomo 7, cap. XXIV, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo24.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo24.pdf).

los hechos.<sup>19</sup> No hace falta tener contactos<sup>20</sup> ni viajar por el mundo.<sup>21</sup> Está todo en los diarios.<sup>22</sup> Solamente hay que haber leído antes los libros, cuidadosamente, para tener el marco teórico con el cual poder leer después los diarios.<sup>23</sup>

Para comprender el estado actual no es necesario, ni siquiera útil, remontarse a 1930.<sup>24</sup> Con ver el último cuarto de siglo alcanza.<sup>25</sup> Como todo estado de emergencia, no viene de la nada. Podemos imaginar, si queremos, que las causales son externas. Pero afuera piensan que las causales son internas.

<sup>19</sup> Este también es un concepto básico generalmente olvidado entre nosotros. Lo hemos explicado en *El método en derecho. Aprender, enseñar, escribir, crear, hacer*, Civitas, Madrid, 1988, 4ª reimpression, 2001. Lo hemos resumido en el cap. I del t. 1 de nuestro *Tratado*.

Actualmente figura como Libro I del tomo 6 de esta colección.

<sup>20</sup> Como nuestros especialistas locales en levantar polvareda y cuando se aquieta el polvo ¡metieron un gol con la mano! Claro que este gol es a las arcas públicas y por su vía a los bolsillos de los usuarios. La figura de lenguaje no nos pertenece, es de uno de los ácidos autores argentinos que saben ver la realidad.

<sup>21</sup> Aunque ayuda.

<sup>22</sup> Es lo mismo en todos los grandes fallos que luego se citan, bien o mal resueltos. Leyendo los diarios se resolvía diferente *Cine Callao*. Leyendo los diarios la fundamentación de *Peralta* es distinta. Lo explicamos en “Cómo leer una sentencia,” en *Actualidad en Derecho Público*, 2001, 14: 29/53, reproducido como cap. V de nuestro libro *Introducción al derecho*, en [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com).

<sup>23</sup> 1) Hay que conocer el régimen de la deuda externa, que referenciamos *supra*; 2) el régimen actual de la responsabilidad internacional del Estado, cap. VIII de la *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, también publicado como “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en Universidad Austral, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp. 361 y ss.; 3) una interpretación fáctica de *Peralta* (plan Bonex), como la hicimos en el artículo “Cómo leer una sentencia” y sus referencias; 4) los demás fallos que, junto a otra información, están en el cap. IV del t. 1, [Hoy cap. VIII del Tomo 7, *El derecho administrativo en la práctica*] con más 5) lo que hace al libro *El método en derecho*, *op. cit.*, [Hoy Libro I del tomo 6, *El método en derecho - La administración paralela*, Buenos Aires, FDA, 2012] 6) la nota al fallo *Pereyra* (“El método en un caso de derecho: Hechos, valoración, normas,” *RAP*, 234: 91, Buenos Aires, 1998 [Hoy cap. VII del Libro I del tomo 6, *El método en derecho - La administración paralela*]), 7) los caps. I de los t. 1 y 2.

<sup>24</sup> Menos aún, a las demás ficciones y mitos argentinos. Aún quienes admiten que hoy no somos un país rico ni lo hemos sido desde 1930, se aferran todavía a un retazo de ilusión; que al menos “fuimos” ricos antes desde 1900 hasta 1930: GRONDONA, *op. cit.*, p. 101. Es la constante creencia, casi religiosa, en lo que GARZÓN VALDÉS llamó el velo de la ilusión: GARZÓN VALDES, ERNESTO, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Buenos Aires, Sudamericana, 2000.

<sup>25</sup> Pero ese también lo ignoramos, no lo queremos saber: Nos remitimos al análisis que realizamos en el cap. IV del t. 1 de nuestro *Tratado*, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio.” [Actualmente cap. VIII del t. 7] Otros libros aparecidos en este año 2001 no parecen compartir esta evaluación de la gravedad de la emergencia. Pero los datos periodísticos avalan aquella primera impresión nuestra: JOSÉ LUIS ESPERT, “Default, devaluation likely,” *Buenos Aires Herald*, 26-VIII-2001, p. 12; ROSENDO FRAGA, “El ajuste no puede provocar una situación de desesperación social,” *La Nación*, 26-VIII-2001, p. 8; MARTÍN REDRADO, “Surgery better than butchery,” *Buenos Aires Herald*, 24-VIII-2001, p. 8.

Las indicaciones desde el orden internacional,<sup>26</sup> las leyes locales<sup>27</sup> y la realidad, excluyen el recurso voluntario a algunas políticas económicas para la emergencia: Si se aumentaran los impuestos, de cualquier manera no sirve porque no los pagamos, así de simple.<sup>28</sup> No se puede devaluar,<sup>29</sup> no resuelve nada dolarizar<sup>30</sup> no se pueden tomar los depósitos bancarios,<sup>31</sup> es una calamidad el default,<sup>32</sup> el endeudamiento no es una opción porque no nos prestan,<sup>33</sup> la responsabilidad del Estado trastabilla en el orden interno,<sup>34</sup> se acrecienta en el internacional.<sup>35</sup> La política tributaria pueden cambiarla, pero el problema es la administración tributaria; la política económica empalidece frente a la administración de la economía. Políticas y estrategias quedaron afuera: Es la hora de los administradores, si logran administrar la emergencia.<sup>36</sup>

<sup>26</sup> Todas las grandes últimas operaciones de crédito que hemos necesitado han impuesto condiciones expresas o tácitas de saneamiento de las cuentas públicas, equilibrio fiscal, etc. También nos hemos comprometido, tratados mediante, a luchar contra la corrupción: Leyes 24.759 y 25.319. (Adla, LVII-A, 12; LX-E, 5411.)

<sup>27</sup> No está fuera del contexto la ley de ética pública 25.188. (Adla, LIX-E, 5292.)

<sup>28</sup> La falta de disciplina fiscal del gobierno es el espejo de la falta de disciplina fiscal de los gobernados. ANDREW GRAHAM-YOOL terminó su "Letter from Buenos Aires" en *The Guardian Weekly*, hace algún tiempo, concluyendo: "Argentina is a corrupt society." GRAHAM-YOOL y JAMES NEILSON son personas honestas, que nos quieren, comprometidas con el país, trabajando aquí por hacerlo un país mejor. Son los nuevos ORTEGA Y GASSET con que nos ha regalado el mundo desarrollado. Como a aquél, los leemos poco y los apreciamos menos.

<sup>29</sup> Además de quedar ello excluido por la ley de convertibilidad, no es una opción que tenga consenso social y mucho menos andamio económico. [No obstante, los gobiernos imprimen siempre dinero de más, incrementando la inflación y forzando la devaluación.]

Por supuesto, con los años todo se lo llevó el viento.

<sup>30</sup> "Cuando lo que se llevan son precisamente los dólares," ARMANDO P. RIBAS, *La Prensa*, 26-VIII-2001, sección "Economía," p. 3.

<sup>31</sup> La ley 25.466, dictada en época de emergencia y que se declara de orden público, aplicable por ende en la emergencia "en ningún caso, podrá alterar" (art. 2°) consagra el principio de la intangibilidad de los depósitos bancarios. Antes se podía, con *Peralta*, tan injustamente criticado por nuestra doctrina. Ahora que la solución no está más, son capaces de quejarse de no tenerla... Analizamos el punto en "Cómo leer una sentencia," *Actualidad en Derecho Público*, 2001, 14: 29/53. [Como cualquier argentino lo sabe, estas leyes no tuvieron aplicación duradera.]

<sup>32</sup> Por lo tanto tampoco se puede echar mano de los bonos externos e internos en manos de los acreedores institucionales locales como las AFJP. [Increíblemente, el Congreso, con el apoyo entusiasta de casi toda la oposición, confiscó luego las AFJP.]

Ver *addendum* de *supra*, nota 29.

<sup>33</sup> Todo esto está en los diarios.

<sup>34</sup> En el t. 2 de mi *Tratado*, cap. XX sobre la responsabilidad del Estado, § 2, trato de lo que denomino "La responsabilidad del Estado en transición" y lo subdivido en dos §, 2.2, "La responsabilidad internacional aumentada" y 2.3., "La responsabilidad interna disminuida."

Lo constatamos en "La responsabilidad del Estado en la práctica," tomo 7, *El derecho administrativo en la práctica*, cap. XXXII.

<sup>35</sup> Ver nuestro artículo "Responsabilidad del Estado en el derecho internacional," en Universidad Austral, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, pp. 361 y ss., reproducido como cap.VIII de nuestra *Introducción al derecho*.

<sup>36</sup> Está también en los diarios, uno de sus últimos expositores fue ROBERTO ALEMANN.

Si el legislador “arreglara” el cómo del poco pago de la deuda pública, sería legislación de emergencia. Si de hecho lo deja sin resolución, empieza a ser una administración de la emergencia. Si la justicia cumple con su deber de controlar la razonabilidad, proporcionalidad, etc., de los actos de la administración, será la justicia de la emergencia. La tarea no es fácil para nadie, pero alguien lo tiene que hacer.

El déficit cero importa una fórmula tan elemental como casera: Si el Estado no recauda no puede gastar porque aunque quisiera ya no se puede endeudar más.<sup>37</sup> Ese esquema puede considerarse fáctico, pero así y todo suele ser mentado como valorativo; como si no fuera una cuestión de matemáticas (dos mas dos son cuatro) sino de opción deliberada entre alternativas posibles de distinto comportamiento estatal.

## II. Cirugía o carnicería

MARTÍN REDRADO ha planteado la cuestión en términos precisos aunque no agradables. La realidad no es agradable. Dice que dado el esquema anterior, como el dinero del presupuesto no va alcanzar para pagar todo y debiéramos<sup>38</sup> no caer en *default* (dejar de pagar la deuda)<sup>39</sup> que de hecho es *cross default* (los contratos tienen esta cláusula, por la cual si se deja de pagar a uno están todos en *default*, al igual que cualquier crédito prendario o hipotecario) entonces es obvio reconocer que a algunos acreedores (muchos, en verdad) no se puede pagarles,<sup>40</sup> en todo o en

<sup>37</sup> Que lo diga la ley es casi anecdótico. Cuando se pretende gastar más de lo que se recauda hay que emitir moneda, o tomar créditos. Como estas dos alternativas no existen empíricamente, entonces la “alternativa” constituye una regla elemental de lógica, es como la ley de la gravedad. No se puede gastar más de lo que se recauda. El problema es que el gasto público está comprometido más allá de lo que se recauda. Obviamente en tales casos no se podrá pagar a todos los acreedores. Como no existe para el Estado y sus acreedores un procedimiento ordenado normativamente como el de la ley de concursos o la quiebra, resulta ser el propio deudor, en cabeza del Poder Ejecutivo, quien toma la primera decisión de a quién pagar hasta donde alcance el dinero, y a partir de allí a quién no pagar, o pagar de menos. Se ha vuelto a hablar del dictado de una ley internacional de quiebras (*La Nación*, 21-IX-2001, p. 9), lo que en su momento obligará a replantear la cuestión.

<sup>38</sup> Como poder, podemos. Pero los sensatos ven que no debemos si hemos de actuar racionalmente.

<sup>39</sup> Con lo cual se corta la cadena internacional de pagos y de aprovisionamiento y hay que pagar al contado y por adelantado antes de que nos entreguen los medicamentos, las mercaderías, etc., o incluso antes de que tomen la orden de provisión. En la ed. de 1982 del libro de la AADA, *Contratos administrativos*, t. II, Buenos Aires, figura como anexo un contrato publicado en el Boletín Oficial que establecía entre otras condiciones que una vez completado por la Argentina todo el pago la casa proveedora extranjera, comenzaría el cronograma de fabricación de cuatro impresoras más de billetes. Eso es la cesación de pagos o *default*. Además nos embargan las cuentas y los bienes en el exterior y todos los embajadores vienen a reclamar.

<sup>40</sup> El camino más simple, de postergar los pagos, no deja de utilizarse, claro está.

La consigna confesa de los abogados del Estado en juicio frente a cualquier acreedor, grande o más fácilmente pequeño, es “Demorar y disminuir.”

parte.<sup>41</sup> Propone que se eliminen todos los bolsones de gasto superfluo (cirugía) o de lo contrario se habrán de bajar sueldos y salarios. [En primer lugar, como siempre, jubilaciones y pensiones.] (Carnicería.)<sup>42</sup>

No se crea que REDRADO es el más pesimista. Otros comentaristas lo ven peor: “Los números se acercan al nivel de pobreza desatada por la hiperinflación de 1989.”<sup>43</sup> “El ajuste no puede<sup>44</sup> provocar una situación de desesperación social.” “Es posible bajar el 20 % de los salarios públicos y las jubilaciones en el último trimestre; lo que no es factible es desfinanciar los sistemas de asistencia social directa a desempleados e indigentes.” “La realidad hace que el Estado primero pague las erogaciones de personal y lo demás sea postergado. Pero en el resto está la subsistencia de desempleados e indigentes.”

### III. Quam vulneratæ causæ...

Toca a la justicia aplicar la última parte del viejo *Melius est intacta iura servare, quam vulneratæ causæ remedium quærere*. Eso vale también para las arcas públicas. Si la justicia no pudo salvar las arcas públicas, de nada sirve tampoco pensar en la nulidad de los actos de hoy. Eso es historia, no control, lo he dicho siempre.<sup>45</sup> Son las tres grandes (malas) épocas de la historia argentina contemporánea, que hemos explicado en otro lado.<sup>46</sup>

¿Es acaso la “salida,” que la justicia anule los decretos del poder Ejecutivo que limitan la erogación comprometida a ser atendida, ante la falta de fondos para atenderla? ¿No es más bien otro acto desesperado, tardío e inútil, de un sistema que no funciona? ¿Qué arregla esa nulidad, si la sentencia es también incumplible?<sup>47</sup> A la inversa, ¿no es prudente en la emergencia intentar algo mejor?

<sup>41</sup> A menos que se opte por pauperizar totalmente a la clase media, como lo recuerda JAMES NEILSON, “The old guard under siège,” *Buenos Aires Herald*, 16-VIII-2001, p. 16; “The mysterious south,” *Buenos Aires Herald*, 20-VIII-2001, p. 16; “The greatest disaster movie,” *Buenos Aires Herald*, p. 16, del día 26-VIII-2001.

<sup>42</sup> MARTÍN REDRADO, “Surgery better than butchery,” *Buenos Aires Herald*, 24-VIII-2001, p. 8; “Instead of cutting salaries and pensions more, I hope they start looking at areas where there is waste, fraud and corruption.”

<sup>43</sup> DANIEL MUCHNIK, *Clarín*, 26-VIII-2001, p. 25. En lo que sigue se trata de palabras de ROSENDO FRAGA, *La Nación*, 26-VIII-2001, p. 8.

<sup>44</sup> Lo que el autor indica, con otro lenguaje, es que sería deseable que el ajuste no provocara la situación que describe. El autor no pareciera decir que existe imposibilidad material de que ocurra lo que anuncia.

<sup>45</sup> Está por ejemplo en el cap. V de nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Civitas, Madrid, 1982.

<sup>46</sup> En la conferencia pronunciada en el Palacio de Justicia en la Ciudad de La Plata, sobre “La defensa de la Administración en el nuevo Contencioso Administrativo,” en Junio de 2001, en prensa.

<sup>47</sup> Esto ya ocurrió. El Poder Judicial también ha elegido antes de ahora el camino de la irrealidad y dictó una sentencia que no se cumple ni puede cumplir. Fue en 1986 *in re* ZAPPA. Los diarios lo titulaban “Imposible pagar el 82 por ciento;” “En un callejón sin salida.” Ver OTEIZA, EDUARDO, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, La Plata, LEP, 1994, p. 158

¿Ahora va a la justicia a salvar las arcas públicas, pero no impidiendo que se gaste mal, sino mandando que se gaste, pero bien, aunque más de lo que de todos modos no se tiene?

En verdad, si fuera cierto que el público está por ello “sin salida” (no son mis palabras), en todo caso quedó así a partir del momento, hace muchas décadas, en que se dejaron de controlar los egresos públicos.

Todos los días, todos los años, todas las décadas, se gastó, se robó, se dilapidó sin control social. Si ahora no hay salida, esa es la causa. Hace demasiado tiempo que lo digo.

En el cap. II de mi t. 1, donde hablo del “Pasado, presente y futuro del derecho administrativo,” el punto de cierre es el 5.1. “La insuficiencia cualicuantitativa de los controles” y luego el subpunto final se llama “El sistema y los intersticios.”

Allí dije, antes de ahora, que “El desafío de la época... es eliminar...” “los intersticios del poder,<sup>48</sup> las tierras de nadie por donde puedan filtrarse y lo hacen efectivamente los comportamientos arbitrarios o abusivos del poder. Por tales intersticios... es por donde se ha creado nada menos que la deuda externa que el país ha acumulado sin control alguno desde hace décadas, en ocasiones a tasas fuera de mercado, para inversiones y gastos en su mayor parte no productivos: Eso ningún órgano de control consideró de su competencia verlo a tiempo como para prevenirlo.”<sup>49</sup>

El tribunal debería llamar a una audiencia pública para escuchar a las partes, como lo hizo ya una vez la CSJN antes de resolver. Una vez tenidos todos los elementos de juicio a mano y escuchadas todas las partes, debería resolver —si es que ello es posible— cuál es la conducta razonable a seguir en materia de gasto público, en la especie. Ver si existe el caso del único acto razonable y justo posible, que transforme lo discrecional en reglado. Hay doctrina y jurisprudencia al respecto.<sup>50</sup>

Para este problema, aquí y ahora, era y soy partidario del activismo judicial. Como medida de emergencia en una situación de emergencia, no como medida normal para situaciones normales. Ya he dicho que concuerdo con REDRADO en

y sus referencias de p. 157. Allí la decisión fue formalmente “jurídica” pero irreal. La sentencia era incumplible y no fue cumplida, como explica OTEIZA, *op. loc. cit.*

<sup>48</sup> Las rendijas por las que se cuelan los principales fantasmas, esos que conocemos por sus obras.

<sup>49</sup> Nuestro *Tratado*, t. 1, p. II-30.

<sup>50</sup> Ver en mi libro *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1998, nota n° 100, p. 202. Ver Cámara Federal de Mar del Plata, Cipriano, *LL*, 1998-F, 356; FERNANDEZ, TOMÁS RAMÓN, *De la arbitrariedad de la administración*, Madrid, Civitas, 1998, 2ª ed.; *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998. Se trata de la llamada doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, a la cual adhiere la generalidad de la doctrina nacional.

hacer cirugía, no carnicería. Que el descuento masivo es lo segundo. Que todos sabemos de múltiples ejemplos de dispendio público, derroche, corrupción.<sup>51</sup>

He sostenido, en la normalidad, que la justicia puede modificar el acto administrativo,<sup>52</sup> no solamente anularlo o dejarlo en pie. Eso es lo que hay que hacer, si la administración o el legislador no lo hacen y recurren a la carnicería, en estado de emergencia hace cirugía la Justicia. Esa es mi visión del Estado de Derecho en estado de emergencia.<sup>53</sup>

#### IV. *Debatiendo la idea*

Quizás pueda ampliarse un poco más la idea. Mi propuesta es que en la emergencia el Estado de Derecho se preserva con la debida intervención judicial. Ese activismo judicial es la respuesta del Estado de Derecho a la emergencia, si el PL y el PE no hacen la aplicación más racional del principio del equilibrio fiscal, en ocasión de elegir quién cobra y quién no. Desde luego el activismo judicial deberá respetar el marco legal e internacional, que impone el respeto del equilibrio fiscal.

No propongo directamente que la CSJN decida al azar quién cobra y quién no cobra de manera diversa que el PE y que sustituya una arbitrariedad por otra. Pero creo que puede realizar un delicado acto de equilibrio político señalando claramente que está dispuesta a hacerlo en la medida que lo vea claro, e imponiendo al ministro de economía que presente la defensa y explicación pública, en audiencia pública judicial, de su propuesta.

Es el necesario control judicial de los actos del síndico de la quiebra. No creo que funcionara bien un sistema de concurso o quiebra sin debida intervención judicial.

<sup>51</sup> Hasta tratados celebramos para impedirla o castigarla, sin éxito interno. Queda pendiente la justicia Internacional. Nos remitimos a “Un corte transversal al derecho administrativo: La Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091. Reproducido, con modificaciones, en “La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción,” en *V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses*, Asesoría General de Gobierno, La Plata, 1998, pp. 101-119; fue el cap. XVI de la 5ª ed. del t. 1. “La contratación administrativa en la “Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales” (Ley 25.319) y en la “Convención Interamericana contra la Corrupción,” *JA*, Número Especial de Derecho Administrativo del 20.12.00 p. 1. Ver también BOTASSI, CARLOS, “El derecho frente a la corrupción política (En memoria de Lisandro de la Torre),” *JA*, 2002-I-1029.

<sup>52</sup> También la Justicia lo hace, de tanto en tanto. Ver los ejemplos que damos en el t. 3, “Introducción,” § 8.2, “La modificación o sustitución de oficio del acto administrativo” y cap. XII, “Modificación del acto administrativo.”

<sup>53</sup> Un caso de activismo judicial en épocas de emergencia, susceptible de ser mejorado o replanteado en las instancias superiores, en *Ortiz Céllica y otros c/ GCBA s/ amparo* (art. 14 CCABA), expte. N° 2779, sentencia de primera instancia de septiembre de 2001, en los tribunales locales de la ciudad. El caso fue llevado, en nombre de los *homeless*, por el Asesor Tutelar y el Defensor Oficial, ante el Juzgado n° 2 de ROBERTO ANDRÉS GALLARDO.

Mi propuesta no es, en suma, ninguna novedad: Es la situación de verdadera quiebra estatal la que es novedosa. El juez de la quiebra no puede ordenar que se pague con fondos que la masa no tiene: Eso sería un claro caso de arbitrariedad judicial<sup>54</sup>; no puede decir que él no entiende nada y no se mete en los asuntos de la sindicatura, sería abdicar su función. Tampoco tiene la CSJN el poder de protección que tiene el juez del concurso y la quiebra. No dejan de correr los intereses, no se decreta formalmente la cesación de pagos porque es peor, no hay protección del fallido (salvo que aprende a comenzar a respetar la ley de gravedad), tampoco hay una relación de tercero imparcial para la masa de acreedores: Porque no todos los acreedores son iguales. Así como en la quiebra o concurso comercial los pasivos laborales son créditos privilegiados, acá son créditos privilegiados los pasivos que integran la emisión de deuda pública pasada. Es ciertamente complejo.

Ver también, en otro diapasón, “¿Puede la Corte Suprema de Justicia de la Nación restituir la seguridad jurídica del país?,” cap. XI del t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, [http://gordillo.com/pdf\\_tomo7/capitulo11.pdf](http://gordillo.com/pdf_tomo7/capitulo11.pdf).

El juez no puede omitir decidir porque el asunto sea difícil. Tampoco le saca la brasa ardiente de la mano una convocatoria de acreedores que vote aceptar o no la propuesta del deudor. Pues con los fondos que sí hay, el síndico tiene que efectuar algunos pagos. No le alcanza para pagar a todos. Hace una propuesta de distribución de fondos entre los acreedores. Propone que algunos no cobren todo y que tengan una reducción definitiva de sus acreencias.

El juez puede ordenarle que haga una propuesta distinta, o puede resolver otra cosa: Lo que no puede hacer es negarse a decidir porque eso no es asunto suyo,<sup>55</sup> o porque es difícil, ni tampoco decir que pague de todas maneras cuando le está diciendo que no puede y no tiene la plata para pagar a todos y, lo peor, es cierto.

Por eso he dicho que debemos respetar la intangibilidad de los sueldos de los magistrados,<sup>56</sup> para que hagan justicia en un caso como éste sin estar comprometidos en la decisión, para que no tengan que excusarse por ese motivo como los jueces de la Suprema Corte provincial. Pero no les envidio la responsabilidad que a mi juicio les tira la historia.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> *Impossibilitio nulla obligatio est; à l'impossible nul n'est tenu*. Como dije en Mendoza, “Todos los hombres son mortales. Sócrates es hombre.” ¿Cómo cree Ud. que sigue el razonamiento?

<sup>55</sup> Acá no hay discrecionalidad que se pueda invocar para la administración. Y aún si fuera discrecional, el PJ no puede omitir pronunciarse sobre su razonabilidad. Al menos debe decir, si así lo piensa, que no es una arbitrariedad manifiesta. Difícil trabajo. Espero que lo amen, como pide CONFUCIO.

<sup>56</sup> Ver mi nota a fallo “La intangibilidad de la remuneración de los magistrados y el presupuesto nacional,” primera instancia, firme, juez *ad-hoc* ISMAEL FARRANDO, 2001-C, 231; reproducido en la revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial.

He extendido ese concepto a las jubilaciones de magistrados, como Procurador General de la Nación, sustituto de dos diferentes Procuradores Generales de la Nación.

<sup>57</sup> Más compleja que la de la Suprema Corte provincial a que nos referimos en el trabajo mencionado en la nota 1.

Siempre pueden sacar a relucir las cuestiones no justiciables, la discrecionalidad administrativa, o introducir el estado de sitio económico, o elaborar algo sobre el “derecho de emergencia.” Doctrina, hay para todo. Algo pueden mandar escribir, en la variante de no decidir. Pero creo que esta vez debieran decidir.

O por lo menos decir que no deciden, sin crear construcciones nuevas que después tendrán a casi todo el mundillo argentino haciendo las “cavilaciones de los litigantes” a que hicimos referencia en otro trabajo.<sup>58</sup> Ahí, además del daño de no decidir, estaría el adicional daño cultural al pensamiento racional.

Como realmente creo que puede haber estado de derecho aún en la emergencia, creo que la CSJN debiera encarar el tema de fondo acerca de la racionalidad del modo en que se hace el recorte y modificar en su caso el acto administrativo, sustituyéndolo por uno mejor si cree que ello es posible. Si ello no es posible, à *l'impossible nul n'est tenu*.<sup>59</sup>

<sup>58</sup>“Cómo leer una sentencia,” *op. cit.*

<sup>59</sup>En el debate epistolar que siguió a la charla se me reprochó que yo no tuviera soluciones, bajo el argumento *ad baculum* (y a contrario) de que la gente espera soluciones de “los hombres sabios.” Seguramente no era yo la persona adecuada para pedirle una solución.

