

Capítulo II
PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL
*DERECHO ADMINISTRATIVO*¹

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. Es probable que no existiera aceptación de que se tratara de una relación entre sujetos diferenciados. 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 1.10.

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; ÉNTRENA 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 que de él emanaran, constituyen 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

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.¹

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;² en realidad, cabe subdistinguir muchas etapas históricas del derecho administrativo en el pasado,³ pero de todos modos el valor demos-

^{1,7} Dice MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 1985, p. 35; “Es la lucha entre el rey y el pueblo.”

^{1,8} MAYER, *op. cit.*, p. 56 y nota 12. Ver también, en igual sentido, FERNÁNDEZ, *op. cit.*, y nota introductoria de JULIO RODOLFO COMADIRA.

^{1,9} RANELLETTI, ORESTE, *Diritto amministrativo*, t. I, p. 398; LESSONA, SILVIO, *Introduzione al diritto amministrativo e sue strutture fondamentali*, Florencia, 1964, pp. 177-78.

^{1,10} 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 Mitgliedsstaaten,” 1997, 31, *Essener Gespräche*, 5 a 30; “Le christianisme et les Églises dans leur signification pour l’Union Européenne et ses États membres,” en JORGE MIRANDA (editor), *Perspectivas constitucionais*, vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 737-68.

^{2,1} Comp. GROISMAN, ENRIQUE, “Observaciones críticas sobre la relación entre derecho administrativo y Estado de Derecho,” *RADA*, 18: 31 (Buenos Aires, 1977).

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

^{2,3} 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.

trativo del comienzo del constitucionalismo moderno no puede ser desconocido. 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 de fractura del poder, como modo de control:⁴ va de suyo que el objetivo no es propiciar la mayor “eficacia” del gobierno, sino a la inversa, frenarlo en tutela de las libertades públicas. De ahí las distintas formas de expresar la misma idea: que el poder controle al poder, que haya un sistema de frenos y contrapesos, que exista una fractura del poder, que no exista un poder absoluto, que nadie tenga todo el poder.

A ello cabe agregar que en las postrimerías del siglo XX comienza a verificarse y se fortalece inequívocamente en el siglo XXI, el reconocimiento supranacional e internacional de determinadas garantías y libertades, p. ej. en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que nuestro país ratifica en el año 1983, sometiéndose a la jurisdicción supranacional; en 1994 se lo constitucionaliza en el art. 75 inc. 22 de la Constitución. Posteriormente se sigue avanzando con el tratado internacional contra la corrupción y su cláusula de jurisdicción universal; igualmente con la creación de la Corte Penal Internacional.⁵

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.⁶ 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. El reconocimiento formal y universal de los derechos del hombre frente al

^{2.4} Algo dijimos en “Organismos de control,” *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XVII, 194: 107 (Buenos Aires, 1994). Ampliar *infra*, cap. III.

^{2.5} ZUPPI, ALBERTO LUIS, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

^{2.6} Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1979.

Estado no hace más que marcar uno de los grandes jalones de una evolución histórica que se remonta más atrás y que no termina tampoco allí y ni siquiera ha terminado ahora,⁷ sea por cuestiones imputables al legislador, a la jurisprudencia,⁸ la doctrina,⁹ a ambas,¹⁰ 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. Aun sin considerar el importante retroceso de tantos gobiernos de facto que hemos sufrido en el país,¹¹ varios ejemplos, que veremos a continuación, pueden demostrarlo.

2.2. *Los principios del pasado*

2.2.1. *La indemandabilidad del soberano*

El soberano no podía en el Estado de policía ser llevado ante los tribunales como un litigante común y tampoco pudo serlo el Estado moderno durante mucho tiempo, exigiéndose en nuestro país hasta 1900 contar con una venia especial del Congreso;¹² de todas maneras, aun superado ese aspecto del problema,¹³ todavía cuesta entre nosotros demandar al Estado¹⁴ y hay escasísimos jueces ante quienes hacerlo, con lo cual la denegación de justicia se produce materialmente. En algunas jurisdicciones locales hay lisa y llana denegación de justicia.

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

^{2.7} RIVERO, JEAN, “Le système français de protection des citoyens contre l’arbitraire administratif à l’épreuve des faits,” *Mélanges Jean Dabin*, Bruselas, Bruylant, 1963, pp. 813-36, reproducido en el libro *Pages de doctrine*, t. I, París, LGDJ, 1980, pp. 563-80.

^{2.8} RIVERO, “Le huron au Palais Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès du pouvoir,” en el libro *Pages de doctrine, op. cit.*, t. II, p. 329; *Nouveaux propos naïfs d’un huron sur le contentieux administratif*, aparecido en Consejo de Estado, *Études et Documents*, n° 31, París, 1979-1980, pp. 27-30.

^{2.9} Nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. 27-30.

^{2.10} RIVERO, “Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif,” *Études et Documents*, París, Consejo de Estado, 1955, pp. 27-36, reproducido en el libro *Pages de doctrine*, t. I, *op. cit.*, p. 63 y ss.

^{2.11} Algo hemos dicho en el Prólogo de nuestro libro *Derechos Humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999, 4ª ed. y en *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimpresión, 2001. También el art. 36 de la C.N. intenta prevenir la recurrencia de gobiernos de facto.

^{2.12} Nuestro art. “La reclamación administrativa previa,” *ED*, 6: 1066 (1963) y en el libro *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, Álvarez, 1964, 1ª ed., p. 205 y ss.; Buenos Aires, Macchi, 1971, 2ª ed., p. 477 y ss.

^{2.13} Dada la evolución legislativa, no hemos reiterado la historia del tema desde el t. 4.2, *Procedimiento y recursos administrativos. Parte Especial*, Buenos Aires, Macchi, 1982, 3ª ed., cap. XII. Sin embargo, la posterior involución legislativa de la emergencia, hizo necesario tratar nuevamente la cuestión, ver *infra*, t. 4, *El procedimiento administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2002, 6ª ed., cap. XII, “El reclamo administrativo previo.”

^{2.14} Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, caps. XIII a XV.

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,¹⁵ máxime cuando limitaciones económico financieras lo hacen recurrir a soluciones del pasado, como explicamos en el cap. IV.

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,”¹⁶ después. Todavía hoy existen autores que sostienen una o ambas teorías, a pesar de su obvia desubicación histórica y jurídica.

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.¹⁷ 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.¹⁸

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 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, contra toda

^{2.15} Ampliar *infra*, t. 2, cap. XX; REIRIZ, MARÍA GRACIELA, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, EUDEBA, 1969; ALTAMIRA GIGENA, JULIO I., *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Astrea, 1973.

^{2.16} Los actos de gobierno o institucionales serían actos del P.E. que no podrían ser impugnados, así como los actos del príncipe no podían ser llevados a la justicia: *infra*, “Los actos de gobierno,” t. 2, cap. VIII.

^{2.17} 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).

^{2.18} Para una crítica de dicha teoría, ver *infra*, cap. III.

lógica, alguna parte del ejercicio de la jurisdicción, produciéndose así la contradicción de la llamada “jurisdicción administrativa;” es obvio que al abandonarse el absolutismo y pasarse a un sistema de división de poderes, es inconcebible que la administración ejerza atribuciones que le corresponden al otro poder. La doctrina argentina está bastante dividida al respecto, si no en el aspecto teórico,¹⁹ por lo menos en el práctico.²⁰

A su vez, la cantidad de jueces es tan exigua en materia administrativa²¹ como para cuestionarse si en verdad existe jurisdicción a la cual acudir en procura de justicia contra la administración pública.

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; 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 frecuentemente desemboca en abusos.²²

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, por lo demás 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 aceptarse²³ axiomática o dogmáticamente, como tampoco puede serlo la contraria de que el Estado sirve siempre a los intereses de la clase dominante: habrá que analizar qué intervenciones realiza o deja de realizar, qué modalidades adopta, a qué intereses sirve, para poder evaluar en cada caso el tipo de intervención o abstención. En otras

¹⁹ Como dice GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, 2ª ed., p. 386: “la decisión de los órganos administrativos al resolver los conflictos debe estar condicionada, siempre, a una revisión judicial suficiente.”

²⁰ Ver *infra*, cap. IX, “Las funciones del poder;” IBÁÑEZ FROCHAM, MANUEL, *La jurisdicción*, Buenos Aires, 1972, p. 135 y ss.

²¹ Ver también *infra*, t. 2, caps. XIII y XIV; nuestro art. “«Corralito», Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia,” LL, 2002-C, 1217.

²² Ver *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. V, “El «poder de policía»,” cap. VI, “Servicios públicos,” § 5.1, “Interés público e interés individual” y ss.

²³ Para su desarrollo ver *infra*, t. 2, cap. VI, § 5.1 a 5.4.

palabras, es siempre necesario poner las hipótesis o teorías a la prueba de los hechos.²⁴ 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*,”²⁵ esto es, los derechos de propiedad. Con todo, no debe olvidarse el valor histórico que significa haber abandonado al menos a nivel de principio fundante de un sistema político el absolutismo en el ejercicio del poder y reconocer la existencia de, cuanto menos, derechos humanos, civiles y políticos de los habitantes frente al poder.

Posteriormente, en los estados desarrollados, se observa una mutación doble frente a la administración de antaño: en el siglo XIX ésta “respondía a un régimen autoritario en el orden político, liberal en el orden económico,” mientras que luego en el mundo desarrollado, 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.”²⁶ En las postrimerías del siglo XX parece advertirse una nueva evolución en el mundo, que es el resultado inmediato de un cambio en las políticas mundiales fruto entre otras cosas, a su vez, de la globalización de la economía, 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.

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. Ello se habrá de ejercer principalmente a través de las autoridades o entes regulatorios independientes.²⁷ Sin perjuicio de ello, ha de mantenerse el indispensable postulado de la libertad política.

3. *El intervencionismo en la economía y su retracción*¹

No habiendo solucionado todavía el derecho administrativo los problemas recibidos del pasado, ocurre aun más que le toca atravesar en el presente, en países

²⁴ Ya lo explicamos en el cap. I, “El método en derecho.” POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 254-5.

²⁵ STUCKA, PĚTR I., *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, Turín, 1967, p. 264.

²⁶ Así lo expresaba RIVERO desde las primeras ediciones de su *Droit administratif*, París, Dalloz, 1970, 4ª ed., p. 23. La formulación es luego análoga, Dalloz, 1987, 12ª ed., p. 29, etc.

²⁷ *Infra*, cap. XV, “Los entes reguladores.”

^{3.1} Ampliar *infra*, cap. IV, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio.”

como el nuestro, una crisis profunda. 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.²

Así, en los últimos cincuenta años, concluyendo en la década del 80:

a) se ensayó con formas embrionarias de planificación,³ sin llegar a su desarrollo jurídico⁴ ni legislativo⁵ o empírico.

b) se incorporaron al sector público algunos factores de la producción⁶ que luego en gran parte se privatizaron;⁷

c) se intervino en la distribución de la riqueza, pero el cambio se revirtió;

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 intenta posteriormente la apertura de la economía, eliminación de las barreras aduaneras, etc.;

e) se adoptó en cuanto meta la idea de la propiedad en función social,⁸ etc.

f) Hacia el final y posteriormente, se reflexiona sobre la eficiencia y la eficacia de los medios empleados y los resultados obtenidos y afloran o se enfatizan como temas de nuevo cambio la desestatización, desregulación, desburocratización,⁹ desnacionalización, privatización,¹⁰ etc.

La búsqueda del punto de equilibrio y la contraposición de las ideas es así constante. Con distintas modalidades y particularidades, con mayor o menor

^{3.2} 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.

^{3.3} 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.

^{3.4} Nuestro libro *Introducción al derecho de la planificación*, *op. cit.*; nuestro art. "Aspectos jurídicos del plan," en la *Revista de Ciencias Jurídicas*, 12: 63 (San José, Costa Rica, 1969).

^{3.5} Nuestro art. "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.

^{3.6} Nuestro libro *Empresas del Estado*, Buenos Aires, Macchi, 1966; "El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina," *LL*, 141: 1030.

^{3.7} 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.

^{3.8} Ver nuestro art. "Expropriation in Argentina," en ANDREAS F. LOWENFELD (dir.), *Expropriation in the Americas*, Nueva York, Cambridge University Press, 1971, pp. 11-48.

^{3.9} 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.

^{3.10} ACHIM VON LOESCH, *op. loc. cit.*

éxito y eficacia, se evidenció en el período 1930-1980 primero 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.¹¹ A partir de 1980 comienza a producirse en el mundo un vigoroso retorno al pasado, que nuestro país inicia ya poco tiempo después, en la década del 90, con un importante proceso de apertura de la economía, privatización y desregulación, reducción o eliminación de barreras aduaneras, etc. En el nuevo sistema económico y jurídico resulta nuevamente insuficiente la tutela del individuo frente al poder. Pero ya no se trata solamente del poder administrativo, se trata también del poder económico privado concentrado en monopolios y privilegios otorgados por el en el proceso de privatización.¹² Comienza entonces el progresivo fortalecimiento de las indispensables autoridades reguladoras independientes.¹³

3.1. *Acción y regulación.*

Desde la crisis de 1930 se advierte una importante mutación en la estructura y actividad del Estado en su actuación en el campo económico: desde afuera del proceso económico, *regulándolo* a través de normas que son de derecho administrativo y desde *adentro* a través de la acción de múltiples formas de *empresa pública* que de una u otra forma influyeron decisivamente en el proceso, asumiendo la producción de bienes y servicios. En el primer aspecto se trató, según los casos, del llamado simplemente “intervencionismo” del Estado en materia económica o más específicamente de la planificación. En la segunda hipótesis se trató no solamente de los entes autárquicos tradicionales, sino también de las Juntas Reguladoras, corporaciones de desarrollo, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades de economía mixta, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedad anónima con control accionario del Estado, etc.¹⁴ Esta intervención activa que desde luego no fue exclusiva de otros países sino también del nuestro,¹⁵ nacida a veces por situaciones de emergencia económica que el Estado no quiso dejar libradas al mercado,¹⁶ tuvo un considerable crecimiento,

^{3.11} Nuestra propia experiencia se encuentra matizada de constantes gobiernos de facto y estados de emergencia que mucho han conculcado la libertad individual. La revalorización de la libertad no es pues un acompañante local del intervencionismo económico del Estado.

^{3.12} 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.

^{3.13} Nuestro libro *Empresas del Estado*, *op. cit.*; nuestro art. “El estado actual de los regímenes jurídicos de empresas públicas en la Argentina,” *op. cit.*

^{3.14} *Infra*, cap. XV y t. 4, cap. XI.

^{3.15} 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.

^{3.16} VIDAL PERDOMO, JAIME, *Nacionalizaciones y emergencia económica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.

provocando importantes problemas de control.¹⁷ 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 (empresas públicas y mixtas) y el sector privado se encontró sometido a crecientes regulaciones, por la otra (intervencionismo o planificación, según los casos); el derecho administrativo que estudiaba la acción del Estado, no era ya, ni podía ser, el mismo, cuando la acción del Estado había cambiado tanto.

3.2. *Crecimiento, redistribución, preservación*

De todas maneras debe quedar dicho que la intervención estatal, clásicamente orientada a apoyar a la industria y al comercio privados y a la propiedad privada, a fin de propender a su crecimiento, buscaba hasta la década del 80 del siglo XX también orientar la contribución hacia los problemas de la pobreza, la miseria, la marginalidad, la desigual distribución de la riqueza (todas manifestaciones de falta de libertad del individuo excluido de los sectores más caracterizados del poder económico y social). La intervención del Estado no se limitaba a la acción social directa (promoción de la comunidad, sistemas de seguridad social, subvenciones y subsidios, jubilaciones y pensiones, sistema de medicina social, seguro de desempleo, etc.), sino que 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.

3.3. *Crisis, desregulación, privatización, desmonopolización*

A fines de la década del 80 y comienzos 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.¹⁸ La constitución de 1994 enfatiza el rol de tales entes en su

^{3.17} *Infra*, cap. XIV, “Clasificación de los entes públicos” y nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, caps. III y IV; nuestro art. “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).

^{3.18} *Infra*, cap. XV, “Los entes reguladores” de este vol. 1 y cap. VI, “Servicios públicos” del t. 2. Ver nuestro libro *Después de la Reforma del Estado*, *op. loc. cit.*; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 217 y ss.

art. 42, pero es mucho lo que falta para el control de los servicios privatizados y la protección del usuario y del consumidor.¹⁹ Todo esto debe verse en el contexto de la crisis de endeudamiento y déficit a la estructural en las postrimerías del siglo y consecuente imposibilidad de atender de igual manera a los objetivos sociales preexistentes.²⁰

3.4. *Retorno y caos*

Los años 2001/2 marcan un desordenado y contradictorio retorno al intervencionismo y al populismo de décadas atrás, con *default*, devaluación, recesión, aumento del desempleo, la pobreza, caos económico y financiero.²¹ Tal es la gravedad de la situación que ha comenzado a pensarse en eventuales alternativas de integración supranacional en las Américas que, tomando inspiración de la Unión Europea, centralice algunos de los grandes mecanismos de política monetaria y cambiaria.²²

4. *El derecho administrativo en el presente y en el futuro*¹

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 de ningún modo mantener las hipótesis jurídico-políticas que se construyeron para esta última y que sólo con ella tienen sentido y fundamento empírico.*

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. Con todo, son numerosas las doctrinas que no pocos autores siguen manteniendo hoy, como un legado espurio del pasado, incluso del pasado reciente que muchos tratan de “olvidar” pero que otros recuerdan vívidamente.² La irrenunciable labor del jurista es estar atento para detec-

^{3.19} En el segundo caso es previa a la Constitución de 1994 la existencia de la ley de defensa del consumidor 24.240.

^{3.20} A ello nos referimos con más detalle en los caps. IV, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio,” IX, “Las funciones del poder” y XV, “Los entes reguladores.”

^{3.21} Ver nuestros *The Future of America: Can the EU Help?*, prólogo de SPYRIDON FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003; “«Corralito», Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia,” *op. cit.*; ALLONA, CECILIA, “El fallo «Smith»,” *LL*, 2002-C, 1238.

^{3.22} Ver nuestro art. “Primero: crear el Banco Central Interamericano,” *LL*, 2002-D, 1453.

^{4.1} Ampliar *infra*, cap. IV, “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio.”

^{4.2} 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.

tarlas como erróneas, denunciar su filiación histórico-política y su falsedad en el confronto con los hechos y en función de ello suprimirlas cuando corresponda, para dar verdadera vigencia a los principios del Estado de Derecho.

La tarea no es fácil; tal vez nunca llegue plenamente la madurez política y el carácter científico pleno del derecho administrativo; que siempre quede en él algún resto de autoritarismo, de absolutismo, o de cualquier tendencia de fuerza. Por lo que hace al estado actual del problema, en nuestro país sólo algunas de las teorías antiguas de la monarquía absoluta están apenas semi abandonadas: la indemandabilidad del Estado y la irresponsabilidad del soberano. Lo primero se ha logrado con dos leyes³ y aun así, no en forma cabal, porque todavía una de ellas dispone que la sentencia contra el Estado, si resulta condenatoria, tendrá mero carácter declarativo;⁴ la jurisprudencia y otras leyes posteriores buscan también, inconstitucionalmente, limitar o dificultar el acceso a la justicia, la habilitación de la instancia judicial y la consiguiente necesaria e ineludible revisión judicial, que es parte mínima de un Estado de Derecho contemporáneo.⁵ La ley 24.624 aclara en su art. 19, por las dudas, que son inembargables los fondos y valores públicos.⁶ 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.⁷

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,

³ Leyes 3.952, del año 1900 y 11.634, de 1932. A lo que cabe agregar normas de emergencia que “suspenden” juicios, acortan plazos de prescripción y caducidad, etc. Ver nuestro art. “Emergencia residual en la deuda pública interna. (La ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991),” *LL*, 1995-C, 839, reproducido en *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap.V. Como en una película de terror, *La emergencia nunca muere: infra*, cap. IV. 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 art. “El Estado de Derecho en estado de emergencia,” *op. cit.*

⁴ Ley 3.952, art. 7º. Esta norma ha sido morigerada, es cierto, por una constante jurisprudencia que se inicia en CSJN, *Fallos*, 265: 291, *Pietranera* (1966).

⁵ Por si todo fuera poco la justicia se encuentra colapsada: AHE, DAFNE SOLEDAD, “El desamparo del amparo,” *LL*, 2002-C, 1226; “La realidad del fuero en lo contencioso administrativo federal: El desamparo del amparo,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 41-51, reproducido en *RAP*, 288: 191.

⁶ En el siglo XXI la responsabilidad interna del Estado se halla en franco retroceso: *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XX, “La responsabilidad del Estado y de sus concesionarios y licenciarios,” §2.2, “La responsabilidad internacional aumentada,” § 2.3, “La responsabilidad interna disminuida.”

⁷ Algo de ello hemos intentado reseñar en nuestra *Teoría general del derecho administrativo*, *op. cit.*, p. VII a XVI.

aparecen preocupaciones renovadas como la preservación del medio ambiente, que consagra el art. 41 de la Constitución nacional,⁸ o el desafío de la sociedad comunicada por una supercarretera informática. Por ello, aunque con optimismo pensáramos que pronto el derecho administrativo se liberara de sus viejas concepciones políticas, toca de todos modos considerar sus otros problemas actuales; 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.⁹

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,¹⁰ 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.¹¹ Se trata de un lento proceso que sólo gradualmente 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.

4.2.2. *El cambio social y la administración pública*¹²

Se ha ido poco a poco creando conciencia de que hay numerosos problemas sociales que tienen directa relación con la forma en que funcionan los poderes públicos y en especial la administración pública, que tienen adecuado encuadramiento por medio de 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 y mucho menos si no es una autoridad electi-

^{4.8} Ver MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Derecho ambiental*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, "Derecho, medio ambiente y desarrollo," *REDA*, 24: 5 (Madrid, 1980); PIGRETTI, EDUARDO A., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Depalma, 1993; VALLS, MARIO F., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, 2ª ed.; ROSSI, ALEJANDRO, "La defensa supranacional del derecho a un ambiente sano," en GORDILLO, GORDO, LOIANNO, ROSSI, *Derechos Humanos*, 3ª ed., *op. cit.*, cap. V; CARRILLO PIETRO, IGNACIO y NOCEDAL, RAÚL (edits.), *Legal Protection of the Environment in Developing Countries*, México D.F., UNAM, 1976.

^{4.9} 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.

^{4.10} GELLI, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, *op. cit.*, pp. 599-602.

^{4.11} Nuestro art. "Algunos problemas jurídicos de la actuación internacional de las empresas públicas argentinas," *RADA*, 11: 42 (Buenos Aires, Plus Ultra, 1976).

^{4.12} 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.

va. Ahora se intenta conseguir una sociedad cada vez más participativa. Los esquemas clásicos de la democracia representativa no se rechazan, pero 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.

Aparecen así múltiples canales de participación política, no todos los cuales se han aceptado ni introducido en los sistemas políticos y administrativos vigentes, pero que necesariamente habrán de serlo con el correr del tiempo. Algo se ha previsto, aunque escaso, en los arts. 39 y 40 de la Constitución en materia de mecanismos de democracia semidirecta (la legislación sobre iniciativa popular es tanto o más pobre); también se avanza en todo el mundo en materia de organizaciones no gubernamentales. Hemos planteado desde hace tiempo este conjunto de temas,¹³ e insistido en ellos a través de arts.¹⁴ y libros,¹⁵ pero su aceptación es lenta y dificultosa.¹⁶ Como manifestaciones del mismo criterio rector, van apareciendo otros principios semejantes:

4.2.2.1. *El consenso y la adhesión*

Ya no basta ni 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 que será objeto de su aplicación, como así también del funcionario que será el órgano ejecutor.¹⁷

4.2.2.2. *La motivación o explicación*

Del mismo modo, lo que fue en el pasado sólo exigencia jurídica, que el acto administrativo contuviera una “motivación” o explicitación de sus fundamentos, es hoy *también* una exigencia política; ahora hay un deber jurídico y político, so-

^{4.13} “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.

^{4.14} “Viejas y nuevas ideas sobre participación en América Latina,” *Revista Internacional de Ciencias Administrativas* (Bruselas, 1981), vol. XLVII-1981, 2: 126; reproducido en nuestro libro *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.

^{4.15} Nuestros libros *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, op. cit.; *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, op. cit.; *La administración paralela*, op. cit.

^{4.16} 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; traducido al portugués en la *Revista de Direito Público*, 75: 75 (San Pablo, 1985); traducido al castellano en la *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 105: 16.

^{4.17} RIVERO, JEAN, “À propos des métamorphoses de l’administration d’aujourd’hui: démocratie et administration:” *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 821 y ss., p. 830.

cial y cultural, de *explicar* al ciudadano o habitante por qué se le impone una norma y hay que *convencerlo* con la explicación; pues si no se le explica satisfactoriamente, faltará su consenso, que es base esencial del concepto democrático actual y futuro del ejercicio del poder¹⁸ 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.¹⁹

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.”²⁰

Aparece así la multiplicación de las técnicas consultivas, tanto a los sectores interesados como al público en general (las audiencias públicas²¹ previas a la emisión de una nueva norma reglamentaria o a la adopción de un proyecto importante) y la gestión participativa²² de los diversos servicios públicos.²³ El art. 42

^{4.18} Como dice RIVERO, *op. cit.*, p. 827 y ss., ya la democracia es no sólo un modo de designación del poder, sino también un modo de ejercicio del poder. Se trata de superar así, a través de la explicación y la participación, “la manifiesta contradicción entre un poder forjado por ciudadanos y una Administración que trata a los ciudadanos como simples sujetos.”

^{4.19} 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 también ELIA, LEOPOLDO, “La nuova cittadinanza,” en el libro de la 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»,” en la misma obra, p. 835 y ss.; ETTORE, ROTELLI, “Il nuovo cittadino di Feliciano Benvenuti,” en la misma obra citada, t. IV, p. 1527 y ss.; CHITI, MARIO P., “Atti di consenso,” igual obra, t. II, p. 493 y ss.

^{4.20} MARTÍNEZ NOGUEIRA, ROBERTO, “Participación social y reforma administrativa en la Argentina: bases para una estrategia,” en *Desarrollo Económico*, 13: 347, 367 (Buenos Aires, 1973).

^{4.21} Ver *infra*, t. 2, cap. XI, “El procedimiento de audiencia pública” y sus referencias; GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, op. cit.*, comentario al art. 42, § 3.4, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” pp. 377-8; 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.

^{4.22} 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; ALANIS, SEBASTIÁN D., “El acceso a la información pública como elemento transformador de la emergencia,” en AHE (coord.), *op. cit.*, pp. 69-82.

^{4.23} Nuestro art. “La participación administrativa,” en *Congreso Iberoamericano sobre Sociedad, Democracia y Administración*, Alcalá de Henares, Instituto Nacional de Administración Pública, 1985, pp. 199-211; reproducido en *RDP*, 74: 15 (San Pablo, 1985); 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.

de la Constitución exige en su párrafo tercero “la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

5. *Los órganos de control del proceso*

5.1. *La insuficiencia cualicuantitativa de los controles*

Se plantea un futuro incierto al derecho administrativo: en primer lugar, es obvia la insuficiencia del control, no solamente judicial en materia administrativa,¹ sino también político,² con la consiguiente necesidad de fortalecerlos y ampliarlos³ al poder económico. Pero hay progresos.

5.2. *Nuevos órganos y modalidades de control*

En 1994 hubo en el país un importante avance constitucional con la institución del Consejo de la Magistratura (art. 114), el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (art. 115), el Defensor del Pueblo (art. 86), la Auditoría General de la Nación (art. 85), el restablecimiento de la independencia del Ministerio Público (art. 120), la previsión constitucional de medios de participación semidirecta como la iniciativa y la consulta popular (arts. 39 y 40), la ampliación del amparo incluyendo la tutela de los “derechos de incidencia colectiva en general” y el *habeas data* (art. 43), la participación de los usuarios en la dirección de los órganos de control de los servicios monopólicos (art. 42), con más la publicidad,⁴ antes inexistente, de las sesiones del Senado para brindar acuerdos en la designación de los magistrados de la Corte Suprema (art. 99 inc. cuarto). Profunda es a su vez la múltiple reforma que introdujo la Convención Interamericana contra la Corrupción, en 1997 y la Convención Internacional contra el soborno transnacional (ley 25.319); más diversos fallos de nuestra Corte Suprema y pronunciamientos internacionales, que explicamos en el cap. VI. Cabe luchar por la efectividad de esas reformas: queda todavía por hacer.

a) Es indispensable decuplicar el número de jueces contencioso-administrativos de primera instancia, cuyo número actual es una verdadera denegación de

¹ 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.

² REAL, “Los diversos sistemas de control político y administrativo del Estado,” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXII, enero-diciembre de 1971, 1/4: 324 (Montevideo, 1972).

³ BACHOFF, OTTO, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik*, Tubingen, 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.

⁴ Ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, op. cit.*, comentario al art. 42, § 3.4, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” pp. 377-8.

justicia;⁵ también hace falta dotarlos de los medios adecuados para el desempeño de su magistratura. Existe una increíble desproporción entre el número de profesionales de derecho matriculados solamente en la Capital Federal y el comparativamente inexistente número de juzgados en materia administrativa en los cuales puedan ejercer su profesión. Producir abogados que no tienen tribunales parece un verdadero sinsentido.⁶

Hay que solucionar en la provincia de Buenos Aires la increíble saga del constante incumplimiento de la Constitución y del Código Procesal Administrativo, con la efectiva puesta en funcionamiento de los magistrados designados por concurso y previa intervención del Consejo de la Magistratura.⁷

b) Debe mantenerse el esfuerzo judicial en hacer *cumplir* la Constitución para los derechos de incidencia colectiva⁸ y ejercitar la ley de defensa del usuario y consumidor.⁹

c) Cabe resolver en mayor grado la suspensión judicial de los actos administrativos, medidas cautelares innovativas, autónomas, precautelares innovativas,¹⁰ etc., en defensa de los individuos enfrentados al poder estatal o al poder de titulares de monopolios o exclusividades y privilegios. Mucho se ha hecho en la materia en los primeros meses del 2002, en las causas originadas por la debacle financiera.¹¹

d) Corresponde crear en el orden local y en las diversas reparticiones dotadas de suficiente importancia específica la institución del *Ombudsman* o Defensoría del Pueblo,¹² ya existente en el orden nacional desde 1994 y en el orden

^{5.5} Un ejemplo actual en AHE, DAFNE SOLEDAD, "El desamparo del amparo," *op. cit.*; "La realidad del fuero...", *op. cit.*

^{5.6} Ver también CARRIÓ, GENARO, "Funciones de las facultades de derecho en la República Argentina," *Discrepancias*, 1: 7 (Buenos Aires, FACA, 1983).

^{5.7} Ver nuestro art. "La justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional)," *ED*, 30-XI-01; editado y reproducido en la *REDEp*, Querétaro, FUNDAp, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S.C., 2001-1, número especial a cargo de NAVA NEGRETE, ALFONSO y otros (coord.), "Justicia administrativa en México y en Iberoamérica," pp. 205-26; reproducido, con modificaciones, bajo el título "Administrar sin justicia," *RAP Provincia de Buenos Aires*, 2003, año 1, número 1, pp. 11-25; POLICE, ARISTIDE, *Il processo amministrativo in Argentina. Garanzie dello Stato di diritto ed emergenza economica*, Milán, Giuffrè, 2002, pp. 83-8.

^{5.8} Ello ha tenido un vigoroso desarrollo jurisprudencial: *infra*, t. 2, caps. II a IV.

^{5.9} 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.

^{5.10} 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, en prensa.

^{5.11} Ver nuestro art. «Corralito», Justicia Federal..., *op. cit.*

^{5.12} Ampliar *infra*, cap. XII, "Los órganos del Estado," § 14.1, "El Defensor del Pueblo" y cap. XV, "Los entes reguladores," §14.2, "El Defensor del Pueblo nacional."

local, aisladamente, un poco antes. A partir de su origen nórdico sajón, la experiencia comparada, en países desarrollados o no, es tan abundante que cabe desear su continuada expansión.¹³ Luego de un comienzo incierto en nuestro país,¹⁴ su consagración a nivel nacional en el art. 86 de la Constitución permite abrigar esperanzas sobre su futuro desarrollo a nivel sectorial, provincial y municipal.

e) Reiteramos que es necesario establecer que en todos los órganos colegiados de la administración debe haber representación, aunque sea minoritaria, pero con voz y voto, de los usuarios del servicio y asociaciones intermedias (colegios profesionales, p. ej.). 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;

f) Debe cumplirse con el sistema de audiencias públicas previas a la emisión de toda norma general por la administración y a la aprobación de todo proyecto administrativo que importe la modificación del medio ambiente o las condiciones básicas de prestación de un servicio público, p. ej. tarifas. 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.¹⁵

g) Es conveniente promover mecanismos arbitrales;¹⁶ crear tribunales administrativos¹⁷ a los cuales el particular 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 la justicia, pueden ser instituciones a partir de las cuales fortalecer un nuevo *sistema* integrado de mecanismos de control, con un estándar mínimo, coherente y razonable, de control de *legitimidad y oportunidad*.

^{5.13} 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.

^{5.14} Nuestro art. "An Ombudsman for Argentina: Yes but...," en la *International Review of Administrative Sciences*, Bruselas, vol. L-1984, 3: 230; traducido y reproducido en *RAP*, 105: 16 (Buenos Aires) y *RDP*, 75: 76 (San Pablo).

^{5.15} Ver *infra*, t. 2, *op. cit.* cap. XI, "El procedimiento de audiencia pública;" HUTCHINSON, TOMÁS, "Algunas consideraciones sobre las audiencias públicas (una forma de participación del ciudadano)," en AA.VV., *Jornadas jurídicas sobre servicio público de electricidad*, Buenos Aires, ENRE, 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.

^{5.16} *Infra*, t. 2, caps. XVII y XVIII.

^{5.17} Nos remitimos al cap. XI de *Derechos Humanos*, *op. cit.*

5.3. *El sistema y los intersticios*

El desafío de la época que se avecina no es solamente crear los mecanismos que faltan o mejorar los existentes, sino integrarlos en un sistema interrelacionado y armónico; eliminar contradicciones, superposiciones innecesarias, conflictos y celos superfluos, controversias interpretativas fruto de la diversa formación profesional de quienes al propio tiempo interpretan las mismas normas jurídicas, siendo unos abogados y otros contadores... y los intersticios del control, las "tierras de nadie" por donde puedan filtrarse y lo hacen efectivamente los comportamientos arbitrarios o abusivos del poder.

Por tales intersticios, en efecto, 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.¹⁸ Las consecuencias fueron ineluctables.¹⁹

Al momento de recordarlo, desde luego, la cuestión ya no es materia de órganos de control administrativo, sino de historiadores o de jueces penales. No está allí la clave de la cuestión, pues no siempre se hallará delito en los eventuales errores o incluso desatinos de las autoridades públicas; lo mejor es prevenirlos y evitar su repetición. En todo caso, bueno es tener presente que una contratación o un gasto ineficiente es ahora ilegal, a partir del art. III inc. 5° de la Convención Interamericana contra la Corrupción.²⁰ Puede, entonces, también configurar delito de incumplimiento de los deberes del funcionario público.

^{5.18} Ver nuestro art. "El contrato de crédito externo," *Revista de Administración Pública*, 97: 423 (Madrid, 1982); reproducido en AA. VV., *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. II, cap. XXIII; *Revista de Direito Público*, 70: 5 (San Pablo, 1984); resumido en el cap. IV de nuestro libro *Después de..., op. cit.* Ver también *infra*, cap. XI, § 4.4.3.

^{5.19} Ver nuestro art. "El Estado de Derecho en estado de emergencia," *LL*, 2001-F, 1050.

^{5.20} 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. No es cuestión sólo de procedimientos, lo es también de resultados.